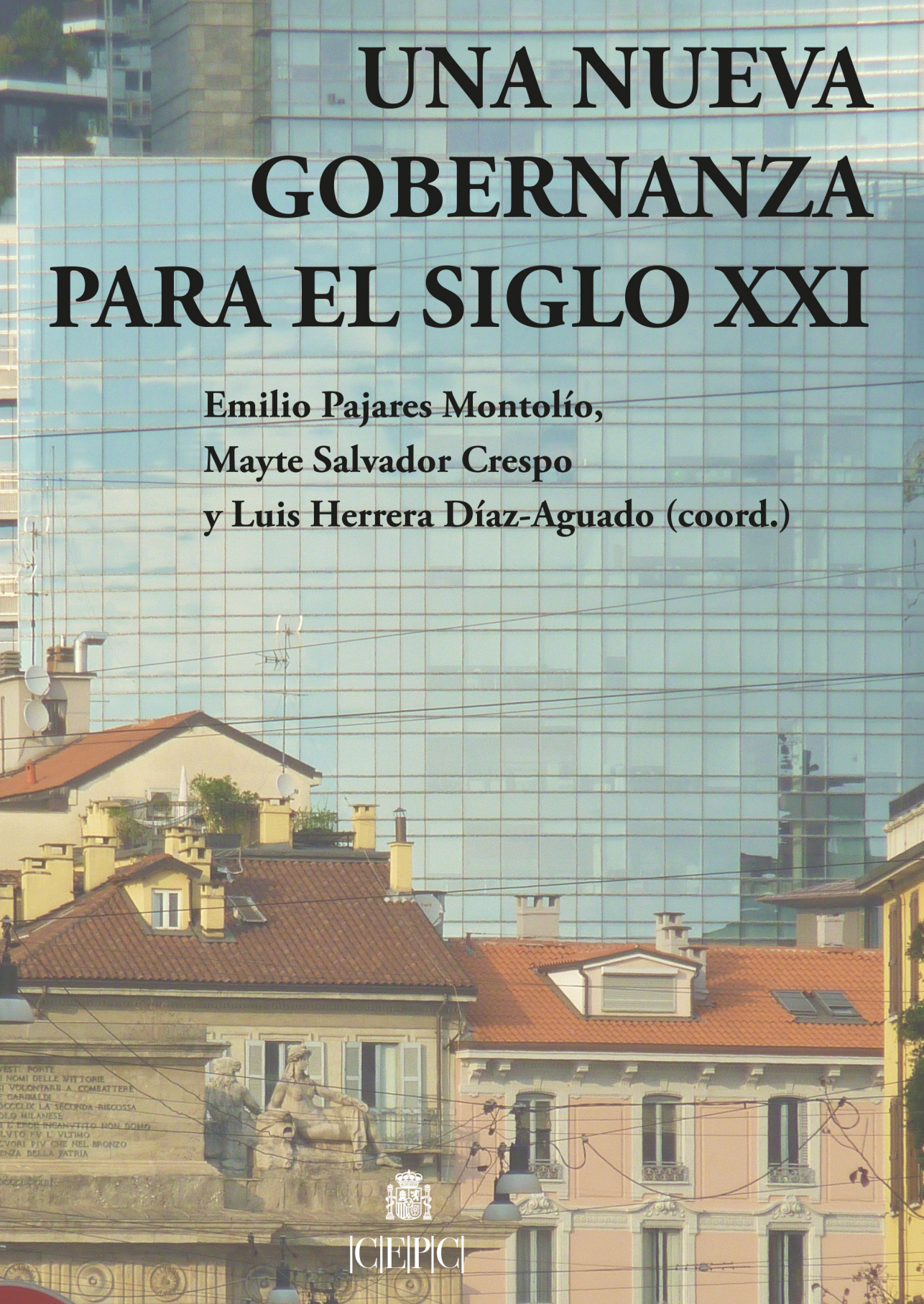
UNA NUEVA GOBERNANZA PARA EL SIGLO XXI

Emilio Pajares Montolío,
Mayte Salvador Crespo
y Luis Herrera Díaz-Aguado (coord.)



|C|E|P|C|

UNA NUEVA GOBERNANZA PARA EL SIGLO XXI

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

consejo editorial

Luis Aguiar de Luque
José Álvarez Junco
Manuel Aragón Reyes
Paloma Biglino Campos
Carlos Closa Montero
Elías Díaz
Arantxa Elizondo Lopetegi
Ricardo García Cárcel
Rosario García Mahamut
Yolanda Gómez Sánchez
Pedro González-Trevijano
Carmen Iglesias
Francisco J. Laporta
Encarnación Lemús López
Emilio Pajares Montolío
Benigno Pendás
Mayte Salvador Crespo
Mónica Sánchez Redonet
Antonio Torres del Moral

UNA NUEVA GOBERNANZA PARA EL SIGLO XXI

Emilio Pajares Montolío,
Mayte Salvador Crespo
y Luis Herrera Díaz-Aguado,
(coord.)

Catálogo general de publicaciones oficiales
https://cpage.mpr.gob.es

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidas la reprografía y el tratamiento informático.

De esta edición, 2024:

© Emilio Pajares Montolío, Mayte Salvador Crespo y Luis Herrera Díaz-Aguado (coord.)

© Imagen de cubierta: CEPC, Vista de Milán, Piazza XXV Aprile

© Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Plaza de la Marina Española, 9
28071 Madrid
http://www.cepc.gob.es
X: @cepcgob
Facebook: CentrodeEstudiosPoliticosyConstitucionales
Instagram: cepc_gob

NIPO CEPC en papel: 145-24-067-0
NIPO CEPC PDF: 145-24-068-6
ISBN CEPC en papel: 978-84-259-2069-1
ISBN CEPC PDF: 978-84-259-2068-4
Depósito legal: M-28203-2024

Realización: Crisol Creación Gráfica, SL
Alejandro Ferrant, 9
28045 Madrid

Impreso en España — *Printed in Spain*

ÍNDICE

Presentación 13
Magdalena Valerio Cordero

Presentación 17
Yolanda Gómez Sánchez

Introducción 21
Luis Herrera Díaz-Aguado, Mayte Salvador Crespo y Emilio Pajares Montolío

I
ARQUITECTURA INSTITUCIONAL

El funcionamiento de la democracia en España: problemas de consenso y gobernabilidad 29
Alberto Penadés de la Cruz

Democracia e instituciones representativas. Una mirada al caso español en los albores del siglo xxi 41
Irene Delgado Sotillos

Arquitectura institucional. Reflexiones desde una perspectiva constitucional 57
Ana Carmona Contreras

Tribunal Constitucional y Poder Judicial, hacia un replanteamiento de sus respectivas funciones 73
Maribel González Pascual

La reubicación de la independencia judicial, o de cómo hacer política desde la indemnidad democrática 89
Francisco Caamaño Domínguez

La función de control y su desempeño por el Consejo de Estado .. 109
Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín

Algunas consideraciones sobre el Defensor del Pueblo 115
Andrés Jiménez Rodríguez

El Tribunal de Cuentas ante los desafíos del siglo xxi para el control externo de los fondos públicos..... 129
Mª Dolores Genaro Moya

II
GOBERNANZA MULTINIVEL

La reforma federal del sistema autonómico: ¿la cuadratura del círculo o un triángulo virtuoso? 143
Alberto López Basaguren

El modelo territorial español: diseño, problemas actuales de articulación y condiciones de una posible reforma..... 161
César Colino

La articulación de la gobernanza autonómica: financiación y relaciones intergubernamentales 179
Sandra León Alfonso

La «obligada» articulación de la gobernanza autonómica en materia de ayudas y subvenciones..... 193
Tomás de la Quadra-Salcedo Janini

Gobernanza y globalización a través del prisma de la integración europea: los grandes retos de un mundo global e interconectado 215
Juan F. López Aguilar

España en Europa. Sobre la presencia de España en la Unión Europea cerca de cuatro décadas tras la adhesión..... 225
Belén Becerril Atienza

La gobernanza española de la pertenencia a la Unión Europea: problemas persistentes y posibles vías de mejora..... 243
Ignacio Molina Á. de Cienfuegos

España y la agenda internacional de desarrollo 265
Iliana Olivié Aldasoro

III
UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ORIENTADA A RESULTADOS

Evaluación de políticas públicas y transparencia: dos instrumentos de la rendición de cuentas útiles para reorientar la gestión pública a resultados 281
Ana Ruiz Martínez

Propuestas de reforma para la regulación e institucionalización de la evaluación *EX POST* 297
José María Jover Gómez-Ferrer

La gestión orientada a resultados en Administraciones centradas en las personas 317
Beatriz Belmonte Acero

La mejora de las intervenciones públicas: incorporación de evidencia orientada a la obtención de resultados 331
Ignacio Moral-Arce

La experimentación como base de una Administración pública orientada a resultados 347
Luis Miller

Desarrollo de capacidades administrativas para el fortalecimiento de la democracia 359
Cristina Ares Castro-Conde

IV
NUEVAS FORMAS DE INTERVENCIÓN PÚBLICA

El Estado ante los retos del siglo xxi: las nuevas formas de colaboración con la sociedad. Desafíos y problemática 373
María Teresa Gómez Condado

De la burocracia a la nueva gestión pública y de ésta a la buena gobernanza, concretada en los principios de buen gobierno y el derecho a una buena administración y a una buena regulación» 385
Juli Ponce Solé

La innovación como nueva aproximación para la intervención pública: ideas para su puesta en marcha en el sector público 403
Francisco Rojas-Martín

«Nudge» en la compra pública: más sombras que luces 417
Daniel Terrón Santos

El régimen jurídico singular (en construcción) de los contratos de prestaciones personales y de la acción concertada: ¿una nueva forma de intervención pública? 437
Mónica Domínguez Martín

Información corporativa en materia de sostenibilidad y el papel de las Administraciones Públicas 455
Herenia Gutiérrez Ponce

V
GOBERNANZA EN RED

La garantía de los derechos fundamentales en el despliegue de la inteligencia artificial 475
Ricard Martínez Martínez

La ciudadanía administrativa digital 501
Eva Mª Menéndez Sebastián

Hacia una cogobernanza de la red 517
Borja Adsuara Varela

El nuevo marco de identidad digital del Reglamento eIDAS 2. La imperiosa necesidad de un marco normativo español de identidad digital 543
Ignacio Alamillo Domingo

VI
LIDERAZGO Y FACTOR HUMANO

La nueva gestión de recursos humanos resiliente en un entorno turbulento 573
Carles Ramió Matas

Liderazgo y factor humano en las Administraciones públicas. Aplicación al proceso selectivo 585
Jorge Crespo González

Una Administración profesional como fundamento de una sociedad democrática y cohesionada 609
Carmen Blanco Gaztañaga

¿Nuestros modelos de empleo público son adecuados a los nuevos tiempos y las nuevas necesidades? 625
Mikel Gorriti Bontigui

La necesidad de revisar el modelo organizativo del acceso a la administración: por una agencia española de selección de personal 643
J. Javier Cuenca Cervera

VII
EL PAPEL DE LA CIENCIA EN EL SIGLO XXI

Ciencia, política y sociedad: una relación compleja 661
Vincenzo Pavone

Ciencia para la gobernanza del siglo XXI. Nutrición y salud sostenibles 673
María Dolores del Castillo Bilbao

Gobernanza para convivir con los incendios forestales 697
Javier Madrigal Olmo

VIII
ÉTICA PÚBLICA Y TRANSPARENCIA

La integridad del sector público en España: avances y retos pendientes 717
Manuel Villoria Mendieta

La transparencia pública: algunos retos para superar sus déficits . 739
Joaquín Meseguer Yebra

PRESENTACIÓN

Quiero agradecer en primer lugar al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales por haber acogido la iniciativa de organizar las diferentes sesiones del seminario *Una nueva gobernanza para el siglo XXI* y publicar ahora las intervenciones que en ellas han tenido lugar, de manera entusiasta y colaborativa, una actividad con la que el Consejo de Estado se ha sentido directamente comprometido como supremo órgano consultivo del Gobierno.

Se trata de una reflexión muy pertinente por cuanto afecta a un asunto de primordial interés para la ciudadanía y el Estado como es la gobernanza, entendida, según las palabras de Agustí Cerrillo en su libro *La gobernanza hoy: diez textos de referencia* (Madrid, INAP, 2005) como «el conjunto de normas, reglas y valores que pautan la interacción entre actores públicos, privados y sociales interdependientes en la definición y gestión de los problemas públicos».

La colaboración entre el Consejo de Estado y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales viene de lejos. Quizás una de las principales manifestaciones de esta colaboración entre ambas instituciones se remonta a octubre de 2005, cuando se registra en el Consejo de Estado la petición del Gobierno, entonces presidido por José Luis Rodríguez Zapatero, para elaborar un informe sobre cuatro posibles reformas constitucionales: la supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono, la recepción en la Constitución del proceso de construcción europea, la inclusión de la denominación de las comunidades autónomas y la reforma del Senado. El informe fue elaborado por la comisión de estudios del Consejo, con la inestimable colaboración del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, que congregó en torno a este encargo del Gobierno la inteligencia de muchas personas expertas nacionales y extranjeras. El informe se aprobó y remitió al Gobierno a finales de febrero de 2006 y se publicó en ese mismo

año conjuntamente por el Consejo de Estado y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Hoy en día la academia, los organismos internacionales y los actores sociales vienen alertando de una crisis de confianza y legitimidad en nuestros actuales modelos de gobernanza democrática. Nada nuevo. En 1985, Norberto Bobbio ya escribía sobre la crisis de la democracia en el libro con ese mismo título que publicó con Giuliano Pontara y Salvatore Veca (Barcelona, Ariel, 1985), que presentaba entonces tres problemas: el de la ingobernabilidad (entendida como consecuencia de la desproporción entre las demandas que provienen cada vez en mayor número de la sociedad civil y la capacidad que tiene el sistema político para responder a las mismas), la privatización de lo público y el poder invisible.

Desde entonces las cosas han evolucionado, en la medida en que algunos retos se han abordado con determinación, como el de la transparencia y la ética pública; en cambio, otros nuevos han aparecido con la evolución social y tecnológica.

En España, si nos remitimos al barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas del mes de febrero de 2023, un 25,4 % de los encuestados consideraba que «los problemas políticos en general» se situaban entre los tres principales problemas de España, solo por detrás de la economía y el paro. Un 11,5 % situaba en este dudoso podio el mal comportamiento de los políticos y las políticas; un 10,6 % al Gobierno y a los partidos o políticos/as concretos/as y un 4,7 % a lo que hacen los partidos políticos.

En general, cualquier institución, modelo o cualquier tipo de arreglo social merece una revisión permanente y continua, máxime en los tiempos actuales, volátiles e inciertos, sometidos a cambios de velocidad vertiginosa, absolutamente desconocida hasta hace no muchas décadas. A modo de ejemplo podría señalar que, poco antes de la inauguración de este seminario tuvimos que dictaminar en el Consejo de Estado el anteproyecto de ley sobre la familia en España: no necesito señalar que un texto de estas características no era ni imaginable tan solo hace una década.

Necesitamos discutir y debatir nuestro modelo de gobernanza, que también es relativamente reciente. Debemos cuestionarlo y, sobre todo, debemos idear soluciones a los nuevos problemas. Este seminario debe ser propositivo, nace con la misión de proporcionar soluciones y respuestas a los nuevos problemas con un enfoque predominantemente innovador. Para ello, qué mejor que recurrir a personas que tienen un reconocimiento incuestionable (entre ellas, letrados y letradas del Consejo de Estado).

Espero que, concluido el seminario y junto con esta publicación, tengamos un producto de conocimiento que por supuesto compartiremos con todas las

personas e instituciones interesadas para mejorar nuestro actual modelo de gobernanza.

De nuevo, muchas gracias al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales por su inestimable contribución en la organización de este seminario.

Magdalena Valerio Cordero
Presidenta del Consejo de Estado 2022-2024

PRESENTACIÓN

Durante los meses de marzo a noviembre de 2023, el CEPC acogió en su sede del Palacio de Godoy la celebración de un ciclo de ocho seminarios que, bajo el título general de *Una nueva gobernanza para el siglo XXI*, reunieron a un elevado número de especialistas con el objetivo de analizar, con un enfoque específico y una metodología singular, la interacción de actores políticos y agentes sociales en la definición y gestión de los asuntos públicos en un mundo altamente globalizado propio de las democracias actuales. Proyecto con un enfoque y una metodología singular, como he indicado, porque se apartó de la sola reflexión teórica para, por el contrario, generar propuestas transformadoras que pudieran servir a órganos y agentes con responsabilidad de decisión en la definición un nuevo modelo de gobernanza acorde con las demandas de una ciudadanía democrática exigente con sus instituciones y agentes sociales.

El objetivo de este ciclo de seminarios comprendía también la posterior publicación de las aportaciones realizadas en esas sesiones. Este libro, que tengo el honor de presentar, de título homónimo al del ciclo de seminarios, es el excelente resultado final del proyecto.

La organización de estos seminarios se debe a una propuesta que la presidenta del Consejo de Estado, Magdalena Valerio Cordero, formuló en las postreras semanas de 2022 al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), con el objetivo no solo de fortalecer la relación de ambas instituciones —no hay que olvidar que quien ocupa la dirección del CEPC es miembro nato del Pleno del Consejo de Estado [art. 8.2 h) de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado]— sino como canalización de la colaboración que un organismo como el CEPC, altamente especializado en el ámbito de la reflexión y la in-

vestigación en materia constitucional y política, puede prestar al más alto órgano consultivo del Gobierno.

La propuesta inicial fue finalmente definida en reuniones de trabajo entre el Consejo de Estado y el CEPC. Es obligado reconocer el trabajo que al respecto realizaron Luis Herrera Díaz-Aguado, jefe de Gabinete de la Presidencia del Consejo de Estado, Mayte Salvador Crespo, subdirectora de Estudios e Investigación y Emilio Pajares, subdirector de Publicaciones y Documentación del CEPC que, además, asumieron tareas de moderación en algunas de las sesiones y han coordinado con gran acierto este libro.

Desde sus inicios el proyecto presentó un alto interés, pero también una alta exigencia, tanto a nivel institucional, como, especialmente, para todas y todos los participantes que, desde la universidad, organismos públicos y privados y desde la propia sociedad civil, hicieron posible la celebración de los sucesivos seminarios con su inestimable y experta colaboración, entre ellos las letradas y letrados del Consejo de Estado que participaron activamente en las sesiones.

Definir los temas que serían objeto de análisis en los diferentes seminarios fue un aspecto esencial en la programación del ciclo. Finalmente, ambas instituciones acordaron que, aun a riesgo de dejar temas pendientes, se deberían centrar los esfuerzos en analizar la *arquitectura institucional* y la *gobernanza multinivel*, temas que fueron objeto de los dos primeros seminarios y que versaron sobre las nuevas formas de gobernanza político-institucional. A estos les siguieron los dedicados a *una Administración pública orientada a resultados* y a *nuevas formas de intervención pública*, en los que se analizaron, respectivamente, los retos de las administraciones públicas respecto del logro de resultados para la solución de problemas en el ámbito público y las diversas formas de intervención de las administraciones con nuevas variantes, como la contratación pública responsable o la colaboración o coproducción público-privada. La importancia de las nuevas tecnologías, la irrupción de la inteligencia artificial y su incidencia transversal en todos los ámbitos de la sociedad fue objeto de análisis en el quinto seminario, dedicado a la *gobernanza en red*. Cuestiones relacionadas con *liderazgo y factor humano* fueron tratadas en el sexto seminario, que permitió poner de manifiesto la esencialidad de ambos factores para la consecución de cualquier objetivo, tanto en el sector privado como en el público.

Los dos últimos seminarios se dedicaron a sendos temas que, por diferentes motivos, generan un justificado interés en los investigadores y en los operadores jurídicos. Por un lado, el *papel de la ciencia en el siglo XXI*, abordando la importancia que un conocimiento científico riguroso debe tener en el proceso de toma de decisiones en el ámbito público. Por otro lado, el último de los seminarios se dedicó a *ética pública y transparencia*, en la medida que constituyen requisitos indispensables en un sistema democrático para evaluar el funcionamiento de los

poderes públicos y para generar la confianza de la ciudadanía en los responsables políticos.

Como ya dije, las expertas aportaciones que se expusieron en los diferentes seminarios han quedado recogidas en este libro, editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, de acceso libre y gratuito, poniendo a disposición de todas las personas interesadas un conjunto de reflexiones y propuestas de gran valor teórico y práctico.

Mi agradecimiento a la presidenta del Consejo de Estado por su iniciativa, al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales por la organización de las jornadas y por la publicación de este libro y a todas las personas participantes por su generosa contribución al proyecto.

Yolanda Gómez Sánchez
Catedrática de Derecho Constitucional. Directora del CEPC 2018-2023

INTRODUCCIÓN

Este libro recoge las ponencias que se presentaron en las ocho sesiones del seminario que con el mismo título organizaron el Consejo de Estado y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, con el objetivo de generar conocimiento transformador que pueda servir a los órganos de decisión en el diseño de un nuevo modelo de gobernanza que ayude a recuperar la confianza de la ciudadanía a lo largo de los próximos decenios de este siglo.

Una de las peculiaridades de este seminario es que se desarrolló a lo largo de ocho sesiones que tuvieron lugar entre el 28 de marzo y el 14 de noviembre de 2023, en el Palacio de Godoy, sede del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, salvo la sesión del 6 de septiembre, organizada con la colaboración del Colegio de Registradores, en cuya sede tuvo lugar ese seminario. También contamos con la colaboración del Consejo Superior de Investigaciones Científicas para organizar la sesión del 7 de octubre. En todas ellas se pretendía discutir, formulando problemas y, en la medida de lo posible, soluciones concretas, sobre diferentes dimensiones de la gobernanza, que se corresponden con los apartados en los que se ha estructurado este libro y también con las diferentes sesiones, que pudieron seguirse presencialmente y también telemáticamente (y están disponibles para su visualización en la sección Multimedia de la página electrónica del CEPC).

El punto de partida común era un concepto de *nueva gobernanza* que se refiere a un enfoque moderno y más inclusivo para la toma de decisiones y la gestión en el ámbito público y privado. Este enfoque se caracteriza por la participación de múltiples actores, incluyendo el gobierno, la sociedad civil, el sector privado y otras entidades relevantes, en un proceso colaborativo y horizontal. La nueva gobernanza busca superar las limitaciones de los modelos tradicionales de

gobernanza, que suelen ser más jerárquicos y centralizados, para crear sistemas de gestión más abiertos, participativos y eficaces.

De esta manera, quisimos que estas reflexiones comenzaran abordando la gobernanza y la arquitectura institucional, ámbito en el que cobran especial protagonismo los principales órganos y funciones constitucionales, en relación con la definición del sistema de gobierno (parlamento y ejecutivo, en el marco de las previsiones sobre participación y representación política que, en su conjunto, permiten llevar a la práctica el principio democrático) y con la impartición de justicia a cargo de un complejo de tribunales que administran esa función (tanto en el ámbito constitucional como el ordinario). Configurados inicialmente a partir de modelos teóricos consolidados y experiencias históricas y comparadas que se trataban, según los casos, de mantener, emular o evitar, han ido evolucionando en mayor o menor medida durante estas últimas décadas, de modo que cabe plantearse si en la actualidad pueden responder adecuadamente a las necesidades presentes.

Junto a esas instituciones que asumen las principales funciones de un Estado constitucional, participan también de esta arquitectura institucional otros organismos con atribuciones más específicas, que pueden contribuir, a partir de la cualificación técnica de quienes los integran, pero también desde su anterior experiencia profesional y en el ejercicio de otros cargos públicos, a mejorar el funcionamiento del Estado. Conviene revisar cuál ha sido la actuación de estos órganos para plantearse la posibilidad de perfilar de manera más adecuada su posición en este complejo orgánico.

Respecto a la gobernanza multinivel, la Constitución de 1978 abrió un proceso de descentralización política bajo los principios de unidad y autonomía política. Transcurridos ya más cuarenta y cinco años, nuestro sistema se configura en un complejo haz de entes territoriales que adoptan decisiones y despliegan políticas públicas sobre un mismo ámbito territorial, que a su vez se completa con el nivel europeo como instancia supraestatal. Esta perspectiva multinivel obliga a evaluar cómo se ha articulado la organización territorial del Estado autonómico a partir de dos ejes: por un lado, el que lleva a describir sus déficits más importantes; por otro, el de plantearse cuáles son sus retos y sus necesidades actuales, definiendo propuestas para la progresiva implantación de mecanismos que permitan mejorar la eficacia del modelo.

Por otra parte, España, en paralelo a la consolidación democrática y a su descentralización territorial, se integró en la Comunidad Europea y la OTAN y ha ido multiplicando su presencia en los foros de gobernanza global. Por eso es necesario incorporar esta dimensión a las reflexiones sobre la nueva gobernanza: España ha desarrollado un papel activo en la Unión Europea (incluyendo la negociación de sus tratados) y ha participado activamente en el diseño y ejecución

de las diversas políticas donde rige la primacía del Derecho Europeo y a las que se han incorporado recientemente otros sectores: transición energética, agenda digital, salud o seguridad y defensa. En paralelo a la integración europea, España participa en el sistema de Naciones Unidas, el G20, OTAN, Consejo de Europa, OSCE, Comunidad iberoamericana… cuya actividad también genera interdependencias público-privadas e incide en grandes ámbitos de la gobernanza interna. Destaca particularmente en este sentido la arquitectura de seguridad euroatlántica y la Agenda 2030, que contiene los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Este nuevo modelo de gobernanza también requiere una administración pública orientada a resultados. Las garantías del estado de derecho son irrenunciables en nuestro modelo de convivencia, pero su escrupuloso respeto por las instituciones administrativas no es suficiente ni bastante para legitimarlas. Las administraciones públicas deben centrar y orientar la planificación y la evaluación de sus intervenciones no en la simple producción y provisión de servicios, sino también en el logro de resultados para la solución de problemas públicos. Las administraciones del futuro, como instrumentos de la gobernanza, deben ser inexcusablemente organizaciones de alto rendimiento y creación de valor.

También ocupa una significativa relevancia en este nuevo marco la gobernanza en red. La inteligencia artificial como tecnología debería ser concebida y aplicada desde la garantía de los derechos fundamentales, lo que obliga a aplicar una metodología de diseño que garantice su cumplimiento. Desde el punto de vista de la ciudadanía, esta nueva gobernanza en red ofrece nuevas oportunidades para mejorar su condición y sus relaciones en el ámbito público y en el privado, pero al mismo tiempo genera la necesidad de prever toda una serie de instrumentos y medidas para acometer la transformación que conlleva una nueva visión del gobierno y especialmente de la administración, con estrategias de gobernanza pública que acompañen al nuevo escenario de una ciudadanía administrativa digital.

En cualquier modelo de gobernanza adquiere un significado crítico el liderazgo y el factor humano para conseguir los resultados de cualquier organización, también en las organizaciones administrativas públicas. En los nuevos escenarios sociales y tecnológicos ¿qué debe cambiar en el liderazgo y la dirección pública? ¿Cómo debemos reclutar y desarrollar a las personas profesionales que se desempeñan en las organizaciones públicas? Nuestros modelos de empleo público deben ser evaluados y en su caso revisados de acuerdo a los nuevos tiempos y a las nuevas necesidades.

En todo el mundo, los gobiernos recurren cada vez más a la comunidad científica en busca de asesoramiento para abordar problemas sociales cruciales, como, por citar solo dos ejemplos muy destacados, la alimentación sostenible o los incendios forestales. La ciencia no sólo busca proporcionar soluciones a estos

desafíos, sino que también aspira a desempeñar un papel activo en los procesos decisorios que dan forma a las políticas públicas en todos los niveles administrativos. Asimismo, la ciencia busca ofrecer asesoramiento gubernamental ante emergencias de cualquier índole. La interacción entre la ciencia, la política y la sociedad adquiere mayor relevancia cuando se reconoce que la ciencia del siglo XXI aboga por una participación más activa, transfiriendo conocimientos técnicos para la gobernanza efectiva de la sociedad.

La confianza en las instituciones públicas y los gobiernos se basa en la percepción ciudadana de que quienes las dirigen y gestionan toman sus decisiones evaluando exclusivamente los intereses de la comunidad. Para preservar esta percepción es necesario prevenir y corregir cualquier tipo de comportamiento indebido que, además de erosionar aquella confianza, tiene consecuencias en el desarrollo económico y social. El establecimiento de criterios sobre ética y transparencia es una estrategia imprescindible para prevenir la corrupción y además constituye un requerimiento indispensable en un sistema político democrático para evaluar socialmente de manera efectiva el funcionamiento de los poderes públicos, disponiendo de la información y los datos relacionados con la administración de los problemas públicos.

Para concluir estas palabras introductorias, queríamos recordar que, además de las instituciones que pusieron en marcha el seminario y su personal (Consejo de Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), esta actividad no habría sido posible sin la colaboración en sendas sesiones del Consejo Superior de Investigaciones Científicas y del Colegio de Registradores. Tuvimos el honor de que en estos dos casos fueran su presidenta, Eloísa del Pino Matute, y su decana, María Emilia Adán García, respectivamente, quienes inauguraran las sesiones. El dinámico y provechoso desarrollo de las estas sesiones no hubiera sido posible tampoco sin el buen hacer de quienes las moderaron: Paz Andrés Sáenz de Santa María (consejera de Estado), Consuelo Sánchez Naranjo (directora del Instituto Nacional de Administración Pública), Raquel Hurtado Soto, Noemí Gámez Moll y Pilar Cuesta de Loño (letradas del Consejo de Estado), Ignacio González Hernández (registrador de la Propiedad) y Susana de la Sierra Morón (profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha). Quienes firmamos esta introducción también desarrollamos esa labor en varias sesiones.

No podemos terminar sin agradecer su esfuerzo, por supuesto, a todas las personas que presentaron ponencias, reclutadas en alguna ocasión con notable premura de tiempo, pero que en todos los casos entendieron perfectamente la finalidad del seminario y se brindaron no solo a realizar ese análisis práctico que les pedimos, señalando los principales problemas detectados y la posibilidad de introducir mejoras en el ámbito tratado, sino también a poner por escrito algunas

de estas reflexiones, con muy pocas excepciones. Nos habría gustado que entre los trabajos que se pueden encontrar a continuación figurara también el de Clara Mapelli Marchena, pero las altas responsabilidades que ocupaba tanto en el momento de su intervención, al frente de la Dirección General de Gobernanza Pública, como en la actualidad, como secretaria de Estado de Función Pública, se lo han impedido. Lo sentimos sobre todo por quienes no pudieron escucharla.

A continuación se podrán encontrar, pues, textos de procedencia muy diversa, como lo es la dedicación de quienes los han elaborado, ya que abarca tanto el mundo académico (y dentro de este, de muy variadas disciplinas) como el profesional, sea al servicio de instituciones públicas, sea en el sector privado. En las páginas que siguen, con formatos y estilos también diferentes, se ha procurado explicar contextos, detectar problemas y plantear posibles alternativas desde perspectivas multidisciplinares, poniendo énfasis en las potencialidades que tiene la gobernanza para avanzar en un modelo de gobierno y una visión de Estado más inclusiva, que haga participes a los diferentes actores en la toma de decisiones y en la actividad directiva. Mejorar en ese terreno exige una actuación coral que no depende únicamente del Estado sino que pasa por el fortalecimiento de las capacidades institucionales, de una sociedad fuerte y autónoma con el propósito de conseguir un cambio consensuado y estratégico que favorezca la continuidad y la estabilidad en este nuevo modelo de relaciones entre el Estado, la sociedad, la ciencia y la economía.

Luis Herrera Díaz-Aguado
*Director t*écnico *del Gabinete de la Presidencia del Consejo de Estado*

Mayte Salvador Crespo
Subdirectora de Estudios e Investigación.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Emilio Pajares Montolío
Subdirector de Publicaciones y Documentación.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

I
ARQUITECTURA INSTITUCIONAL

EL FUNCIONAMIENTO DE LA DEMOCRACIA EN ESPAÑA: PROBLEMAS DE CONSENSO Y GOBERNABILIDAD

Alberto Penadés de la Cruz
Profesor titular de Sociología de la Universidad de Salamanca
penades@usal.es

Cuando se analizan los problemas y las fortalezas de la democracia en España es importante evitar dos trampas comunes. En primer lugar, la tendencia a considerarla como algo excepcional. A menudo, en el debate público se presentan los problemas democráticos como características únicas de España, vinculadas a su pasado, ya sea el consenso de 1978, el franquismo, la guerra civil o los Decretos de Nueva Planta. Sin embargo, la democracia española no es excepcional. Al igual que otras democracias en su entorno, se enfrenta con dificultades y ha experimentado una disminución en la confianza pública en los últimos años. Al igual que todas las democracias, no puede garantizar la felicidad de los ciudadanos, pero ofrece procesos competitivos y abiertos para abordar parcialmente sus problemas. La razón por la que la democracia española está sólidamente clasificada entre las más consolidadas del mundo, según la mayoría de los indicadores internacionales, es precisamente porque, incluso en sus momentos más difíciles, demuestra que los ciudadanos pueden plantear nuevas demandas, que los gobiernos son responsables y que los conflictos se resuelven mediante reglas estables, previsibles y abiertas a la competencia.

El segundo extremo que debe evitase es la conformidad formalista que se basa en la salud de los procedimientos, a veces acompañada de un cierto orgullo casi patriótico por ser considerada una democracia ejemplar. Aunque hay motivos para admirar las transformaciones sociales y políticas logradas en poco más de cuatro décadas de democracia en España, también es importante ser crítico con algunos de sus resultados.

A menudo, la visión de la democracia española como víctima de problemas únicos promueve la agitación a favor de reformas constitucionales a gran escala, por no decir que de borrón y cuenta nueva. Piénsese en todas esas voces que aún

resuenan sobre la España autoritaria, corrupta, centralista, oligárquica y hasta criptofranquista que hemos escuchado en los últimos dos o tres lustros. Sin embargo, en un contexto donde se ha demostrado que las actitudes políticas y sociales de los españoles son tan cívicas y democráticas como las de los ciudadanos de países avanzados, el enfoque debe alejarse de este tipo de excepcionalismo ibérico, que sugiere la necesidad de un régimen o país completamente nuevo para tener una democracia «auténtica».

Las reformas institucionales son deseables cuando existen datos y experiencias suficientes para anticipar beneficios para la sociedad en su conjunto. A veces, los expertos pueden recomendar este tipo de reformas, cuya principal dificultad radica en las resistencias de intereses especiales, más que en la falta de consenso teórico o intelectual. Otras reformas son más difíciles de consensuar porque sus consecuencias son fundamentalmente distributivas, como el caso de la ley electoral o los mecanismos de representación (y financiación) territorial. Algunas reformas, por último, tienen consecuencias mixtas y no se puede llegar a un juicio claro sobre su impacto, o los datos aún no son concluyentes, como puede ser la reforma del procedimiento de investidura, que ha producido dos repeticiones electorales en las dos últimas legislaturas.

En lo que sigue quiero exponer dos grandes cuestiones. La primera es repasar la evidencia de la solidez de la democracia española cuando se mira la cuestión de la forma más objetiva posible, o al menos lo más intersubjetiva posible. Esto no evita, sin embargo, que se manifieste un considerable malestar democrático, que hoy está vinculado a la polarización y a la falta de acuerdo entre las fuerzas políticas sobre cuestiones en las que la sociedad posiblemente no está excesivamente dividida. En segundo lugar, puede que sea llegada la hora de reconocer que los mecanismos tácitos de consenso que apuntalaban la democracia española ya no funcionan y que debamos apoyarnos ahora en reglas más explícitas. Expondré, como ejemplo, el débil respaldo electoral de los gobiernos en España y cómo esto contrasta con la gran concentración de poder en el Ejecutivo. Puede ser la hora de pensar en nuevas reglas que faciliten que las decisiones de gobierno tengan respaldos amplios y que los contrapoderes institucionales y territoriales funcionen en beneficio del interés general.

La evaluación de la calidad de la democracia en España

Desde hace quince años el Laboratorio de la Fundación Alternativas elabora un Índice de calidad democrática que se publica en un informe anual que, desde su edición de 2021, edita el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales junto con la propia fundación. Este año ha obtenido la calificación más alta en

los tres lustros, un 6,4 en una escala de diez puntos. Se trata de la culminación hasta ahora de una tendencia a la mejora en la evaluación, que tuvo sus horas más bajas durante el periodo de la Gran Recesión.

El índice es un instrumento de medición basada en una encuesta a expertos (en el entorno de doscientos en los últimos años) lo que supone una opción original entre los habituales paneles de expertos de los observatorios internacionales y la encuesta ciudadana. El método reúne muchas de las ventajas de ambos: el conocimiento específico de los evaluadores, y la diversidad de una muestra amplia.

La calidad democrática se evalúa en dos facetas fundamentales: aspectos formales y sustantivos, que podrían también denominarse como procedimentales frente a resultados. Los primeros incluyen mecanismos de representación, partidos políticos y derechos civiles y sociales, mientras que los segundos afectan al funcionamiento de la democracia como forma de gobierno y organización social. Más en particular, el índice consta de cinco dimensiones o esferas, evaluadas mediante 57 preguntas en el cuestionario básico que sirve de instrumento de medición. En la última edición correspondiente a 2022, los expertos otorgaron una puntuación global de 6.4 a la calidad de la democracia en España. Los aspectos procedimentales, como representación y ciudadanía, superaron el promedio con puntuaciones por encima de 7, mientras que los aspectos sustantivos, como gobierno y sociedad, no alcanzaron el 6.

En la evaluación se identificaron áreas bien valoradas, como derechos civiles y elecciones transparentes. Dentro de los derechos civiles, se destacan la libertad religiosa y la libertad de expresión, esta última mostrando una recuperación desde su puntuación mínima en 2018. Las elecciones también fueron altamente valoradas debido a la experiencia de más de cuarenta años de procesos electorales limpios. Sin embargo, la participación y la igualdad territorial en el voto no obtuvieron calificaciones tan favorables. Además de estas áreas positivas, otras tres obtuvieron calificaciones por encima de la media global: derechos económicos y sociales, ciudadanía y control gubernamental. El Estado de derecho, aunque mejoró desde el año anterior, se situó justo por debajo de la media, posiblemente influenciado por la falta de renovación del Consejo General del Poder Judicial. Algunas áreas, como la acción del Gobierno y la participación política, experimentaron una disminución desde 2011, aunque mostraron una leve recuperación después de la crisis económica.

La única área que recibió una evaluación negativa fue la ausencia de corrupción, y aunque hubo mejoras ligeras en 2022, aún queda un largo camino por recorrer para equipararse a países con un mejor control de la corrupción.

Si bajamos a cuestiones más concretas, algunas de las cuestiones que reciben una valoración negativa son la influencia del poder económico en las decisiones de gobierno, la independencia de los medios de comunicación y la corrupción.

Se trata de cuestiones eminentemente sustantivas, o de resultados de la democracia más que de reglas del juego.

Los observatorios internacionales más influyentes corroboran la auditoría que lleva a cabo el índice de calidad de la democracia. La valoración general de la democracia en España por parte de estas instituciones y agencias se mantiene estable y en aumento, recuperando algunas calificaciones anteriores. Esto es especialmente destacable dado el contexto global de retroceso democrático que señalan importantes observatorios como el Instituto V-Dem, Freedom House, The Economist e IDEA, afectando a todas las regiones, niveles de renta y culturas, incluyendo Europa.

El índice del V-Dem (Varieties of Democracy) de la Universidad de Goteburgo, ampliamente utilizado en la investigación académica, otorga a España en 2022 una puntuación de 0.79 en su índice de democracia liberal y 0.87 en su índice de democracia electoral. Esto representa una mejora en comparación con el año anterior. En el índice de democracia liberal, España ocupa el puesto 16 a nivel mundial, justo detrás de Francia y por delante de Estados Unidos. A pesar de que la media del índice para la Unión Europea ha descendido desde 2012, España supera esta media y muestra una tendencia positiva.

El informe anual de *The Economist* confirma esta evaluación a través de su Índice de Democracia, situando a España con una calificación de 8.07 sobre 10, en la posición 22, dentro del grupo de «democracias plenas». Este es un grupo selecto, incluyendo solo 24 países, desde Noruega hasta Corea del Sur. La inclusión de España en este grupo es un signo positivo desde la perspectiva de la reputación internacional. Para los jueces de la Unidad de Inteligencia de *The Economist* España había salido de ese grupo el año pasado, la única vez en su historia reciente.

Freedom House, que basa su evaluación en el respeto a los derechos políticos y libertades civiles, también califica a España como «país libre» con 90 puntos sobre 100, la misma puntuación que en 2021. Para considerarse país libre, es necesario superar los 70 puntos, y España está aquí también en el mismo entorno que Francia y por encima de Estados Unidos. Noruega es el único país que reúne los 100 puntos que puede otorgar Freedom House.

Con todo, en los informes cualitativos y comentarios emitidos por los observatorios mencionados sobre España a lo largo de los últimos años pueden destacarse cuatro cuestiones que contribuyen a impedir un incremento mayor en la calificación de la democracia española: 1. Los problemas de gobernabilidad, específicamente las dificultades para formar gobierno. 2. Los conflictos territoriales. 3. La corrupción, cuya incidencia se percibe como alta para el país y como tolerada (o se echan en falta instrumentos legales adecuados). 4. La plena protección de los derechos civiles, con referencias específicas a la llamada «ley mordaza».

Este repaso no puede terminar sin referirnos al diagnóstico ciudadano. Más de un tercio de los ciudadanos (el 35,4 % en el primer barómetro del CIS del año 2023) mencionan a la política y a los políticos como uno de los tres principales problemas del país. Para tener una medida de esta frecuencia, en la encuesta referida el 17,4 % mencionaba la economía y el 11,8 el paro, por lo que ni sumados (29,2) supera la preocupación económica a la preocupación política. Y no es el peor dato, esta cifra ha llegado a estar por encima del 50 %.

Sin embargo, y simultáneamente, la satisfacción con la democracia en su conjunto es alta en general, no hay desmovilización electoral ni tampoco abandono de valores democráticos. En comparación con la crisis de 2008, cuando se produjo un repliegue de muchos ciudadanos hacia el escepticismo, la intención de abstenerse en las elecciones, y la alienación política, ahora no se ha abierto espacio para las soluciones que entonces se encontraban en ascenso en la opinión pública, como el populismo y la tecnocracia. Tampoco se ha abierto camino, ni ahora ni antes, el autoritarismo como solución, la preferencia por líderes fuertes con mano de hierro, como sucede en otros países de Europa.

La hipótesis que me parece razonable aducir es que los ciudadanos quieren que se gobierne bien. Ya no se dejan arrastrar por los fantasmas de «lo llaman democracia y no lo es» o de la necesidad de alcanzar una «verdadera democracia», se dirían que están más bien hartos de pelea, de eso que llamamos polarización y quieren que el gobierno solucione los problemas.

En lo que sigue quiero apuntar algunos hechos relevantes tanto para las apreciaciones de algunos observatorios sobre los problemas de gobernabilidad en España, como para el fondo de malestar democrático que puede producir la falta de consensos amplios y de acuerdos sobre cuestiones de interés general.

La gobernabilidad y el consenso

El problema de fondo de la gobernabilidad en España es este: la alta concentración de poder en el ejecutivo y la falta de consenso sobre su ejercicio.

El cargo de presidente del Gobierno en España es uno de los más estables en los gobiernos de Europa Occidental, después del de canciller en Alemania. Desde 1990, hemos tenido cuatro jefes del ejecutivo, solo un menos que Alemania. Además, España es el único país de la región que ha tenido solo un gobierno de coalición, junto con el Reino Unido, durante este período. Para tener un término de comparación: un país tan estable como Dinamarca ha tenido seis jefes del ejecutivo y diez coaliciones, mientras que países menos estables han tenido alrededor de diez o más primeros ministros.

Lo que esto refleja es poder más que consenso. En los regímenes parlamentarios, los jefes del ejecutivo suelen ser vulnerables a conflictos internos en las coaliciones, a disputas dentro de los partidos, a la pérdida de confianza (no necesariamente constructiva) del parlamento y a cambios modestos en los resultados electorales. El líder del gobierno en España, que también es líder de su partido, es prácticamente inamovible a menos que ocurra un cambio electoral significativo. Además, en comparación con otros países, cuenta con pocos contrapoderes institucionalizados. La concentración de poder en el ejecutivo y, más aún, en su líder, se refleja en la debilidad de los mecanismos para su reemplazo. Es raro encontrar una oposición significativa, ya sea dentro del gobierno, en el Congreso o en su propio partido. Incluso durante la hasta ahora singular experiencia del gobierno de coalición, donde normalmente se esperarían contrapesos internos, el liderazgo del presidente nunca ha sido objetado (aunque, como contrapartida, el presidente tampoco ha destituido a ningún ministro que no perteneciera a su partido). Los ministros rinden cuentas ante el presidente del Gobierno en lugar de hacerlo ante el Congreso, y solo él puede ser sometido a una moción de confianza o censura (constructiva), siguiendo un modelo más parecido al «canciller» alemán que al de primer ministro. Además, la tendencia hacia la organización jerárquica de los partidos en el poder, que generalmente reserva los debates y conflictos internos para los periodos en la oposición, lo protege de rivalidades internas.

La democracia en España comparte con la de Alemania la característica inusual de la moción de censura constructiva, lo que hace que los gobiernos en general y sus presidentes en particular sean muy estables. Sin embargo, a diferencia de Alemania, España no cuenta con los mecanismos institucionales que promueven un mayor consenso en esta figura de gran poder. En Alemania, con un sistema de representación muy proporcional en la Cámara Baja y un proceso de investidura más exigente que el nuestro, los cancilleres siempre cuentan con el respaldo de la mayoría absoluta de los escaños y votos. Esto se debe en parte a que, como contrapartida a la dificultad de destituir al canciller, la entrada en el cargo solo es posible si se obtiene la confianza de la mitad más uno de los parlamentarios. Tiene además el apoyo de la mayoría absoluta de los votantes, lo que se deriva directamente del uso de un sistema de representación proporcional. Como resultado de esta necesidad de consenso, las coaliciones explícitas son siempre necesarias en Alemania, a menudo entre partidos con programas muy diferentes, incluyendo izquierda y derecha. La acción de gobierno se acuerda previamente en pactos minuciosos que se negocian durante un período considerable, en contraste con los plazos más cortos, y hasta apresurados, que se imponen en España. Además, la Cámara Territorial en Alemania tiene poderes mucho más efectivos que el Senado español, lo que agrega otro contrapoder. España ca-

rece de la mayoría de estos elementos, lo que debilita el equilibrio en el liderazgo del gobierno y la necesidad de acuerdos más amplios en la opinión pública para mantener la acción del ejecutivo.

Observemos un signo de bajo consenso en nuestra democracia. Si consideramos la elección del jefe del ejecutivo como una elección indirecta por parte de los ciudadanos a través de sus representantes parlamentarios, durante la mayor parte de su historia democrática, el gobierno de España se ha sostenido sobre una minoría de «votos populares», como los llaman en los Estados Unidos. Aunque los candidatos han obtenido la confianza del Congreso con la mayoría necesaria, ya sea relativa o absoluta, de los votos de la Cámara (mayoría absoluta, excepto en 2008, 2016 y 2019), los votantes representados por los partidos que han votado a favor de la investidura han sido menos que los votantes de los partidos que votaron en contra de la investidura. Específicamente, desde 2011, el gobierno se ha encontrado en una situación donde el número de votantes que apoyaron a los partidos que votaron en contra de la investidura ha superado a los que votaron a favor, con la excepción del período entre la moción de censura de 2018 y las elecciones de 2019. Tener menos «votos populares» que la oposición ha sido una situación común para el ejecutivo en todas las investiduras resultantes de las elecciones del siglo XX, excepto en 1982. Sin embargo, en ese momento, los gobiernos ocupaban una posición más centrada y no se enfrentaban a una oposición capaz de presentar una alternativa unida. Así, aunque solo ha habido tres legislaturas con gobiernos formalmente en minoría, en términos de su apoyo electoral, estar en minoría entre el electorado ha sido la situación más común.

No debemos malinterpretar esta observación para suponer que existe una legitimidad superior ajena a la lógica de la democracia parlamentaria. Todos los gobiernos han contado con la confianza de la cámara; en la única ocasión en que se demostró la pérdida de esa confianza en una moción de censura, en 2018, el gobierno fue sustituido; y todos los gobiernos han sido igualmente legítimos. Sin embargo, este hecho podría contribuir a cierto malestar con el funcionamiento de la democracia en España. Examinémoslo en más detalle.

En siete de los doce procesos de investidura efectiva entre 1979 y 2019, los gobiernos estaban en minoría en cuanto a su apoyo electoral en el momento en que se eligió a su presidente. Salvo en 1982, esto ocurrió en todos los procesos de investidura desde la Transición hasta fin de siglo y, tras lo que ahora parece un paréntesis de consenso bipartidista entre 2000 y 2008, nuevamente en 2011 y en 2019, con la excepción muy particular de 2016. En 1977 no hubo un proceso de investidura, sino una designación real, pero durante la legislatura constituyente, el gobierno también se encontraba en minoría, tanto en el parlamento como en los votos ciudadanos, por lo que podría contarse como otro período. En promedio, en las siete investiduras en minoría electoral (sin contar la constituyente), los

apoyos del gobierno representaban el 44.4 % de los votantes, mientras que los que se oponían expresamente representaban el 48.1 %. En 2019, al comienzo de la última legislatura, la propuesta del gobierno de coalición obtuvo el apoyo del 45.3 % de los votos populares y el voto negativo del 46.8%. Hubo más votos a favor que en contra en el Congreso, pero no entre los votantes.

En los cuatro procesos de investidura en los que hubo una mayoría de votantes alineada con la mayoría de los representantes (1982, 2000, 2004 y 2008), el gobierno se apoyaba en partidos que representaban en promedio al 50.3 % de los votantes, mientras que los votos contrarios a la investidura representaban al 39.7 %. Estos fueron algunos de los momentos de mayor consenso en torno al ejecutivo: las primeras investiduras de los presidentes González y Rodríguez Zapatero y la segunda investidura de Aznar. Los signos de ese consenso se reflejaron en las holgadas mayorías de sus partidos en el caso de González y Aznar, y en las mayorías parlamentarias a favor del gobierno de los tres. Aunque solo González y Rodríguez Zapatero superaron el umbral del 50 % de los votos populares en sus investiduras, Aznar estuvo cerca con el 49.8 %. Como mencioné anteriormente, la segunda investidura de Rodríguez Zapatero en 2008 fue la última en la que se obtuvo una mayoría de votos alineada con sus escaños, aunque fue una mayoría muy ajustada: el 43.9 % de los votantes a favor y el 42.3 % en contra.

La investidura de 2016 fue la más complicada. Como se recordará, la candidatura de Rajoy obtuvo la confianza del Congreso a pesar de que en una primera votación hubo una mayoría absoluta en contra, tanto en votos como en escaños. Esto fue posible gracias a que en la segunda votación, la mayoría de los parlamentarios del PSOE, destinado a ser el principal partido de la oposición, se abstuvieron. Dos años después, este partido presentó una moción de censura y Pedro Sánchez fue elegido por la preceptiva mayoría absoluta parlamentaria, representando también a una mayoría absoluta de votos. Este consenso no se mantuvo después de la convocatoria de elecciones en 2019, que, al igual que en diciembre de 2015, se tuvieron que repetir para lograr el mínimo acuerdo necesario para formar un gobierno. La confianza de la cámara se obtuvo por una diferencia de dos votos; la media en las once investiduras precedentes había sido de 35 votos, y el mínimo hasta entonces, en 2008, había sido de once votos.

El sistema electoral y la polarización

Esta situación se sostiene en primer lugar debido a un sistema electoral que presenta una considerable distorsión en la traducción de los votos en escaños, generalmente a favor de los grandes partidos, aunque de manera desigual (favoreciendo más a las opciones de mayor implantación en provincias del interior,

que suelen ser las más conservadoras), así como a algunos de los partidos pequeños. En sistemas con representación proporcional, es prácticamente imposible que un gobierno obtenga más votos en contra que a favor entre los ciudadanos, incluso si se encuentra en minoría parlamentaria. Esto es aún más difícil en sistemas que requieren una mayoría absoluta parlamentaria para la investidura, como ocurre en Alemania. En cambio, puede suceder en sistemas con elección mayoritaria, como Reino Unido o Francia, donde la vulnerabilidad del gobierno es mayor.

Los gobiernos minoritarios son comunes en las democracias parlamentarias más consolidadas (aproximadamente durante un tercio del tiempo en promedio). Sin embargo, en la situación típica de un gobierno minoritario, este se enfrenta a una mayoría potencial en el parlamento que no es congruente, compuesta por partidos tanto de derecha como de izquierda, o una mayoría que incluye extremistas que son considerados aliados no aceptables. En España, ha habido gobiernos que solo contaban con el respaldo de una minoría de votos y que se encontraban en esta situación. Sin duda, esto fue evidente en los gobiernos de González, excepto en su primera legislatura, que tuvo lugar entre 1981 y 1986. Los partidos de derecha votaban junto con la izquierda radical en la investidura, así como en gran parte de la actividad legislativa (a veces denominada «la pinza»). Se podría argumentar que esta también fue la situación del primer gobierno de Aznar, cuando el PSOE e IU, junto con otros partidos que se oponían al gobierno del PP, no habrían podido cooperar para formar un gobierno alternativo, aunque hubieran tenido escaños suficientes (aunque contaban con más votos que el PP y sus aliados entre la ciudadanía).

Lo que nunca había sucedido hasta fechas mucho más recientes es que una mayoría de votantes estuviera en contra del gobierno y, al mismo tiempo, que sus partidos estuvieran dispuestos a formar un gobierno alternativo... si tuvieran los escaños necesarios. Esta situación comenzó a ocurrir con el primer gobierno de Mariano Rajoy, a pesar de tener una mayoría absoluta de escaños. Continuó siendo el caso en su segundo gobierno, cuando ya estaba en clara minoría y fue tolerado por la abstención de la mayoría del PSOE, y ha continuado con el gobierno de coalición durante la última legislatura. La única excepción desde 2011 fue el gobierno de Pedro Sánchez, surgido de la moción de censura contra Rajoy. En ese momento, el nuevo líder del Ejecutivo obtuvo más votos a favor que en contra tanto en la Cámara como en España en general. No en vano, esta moción de censura ha sido la única exitosa de la democracia.

Así, después de la Transición, se pueden distinguir, de manera aproximada y sin entrar en cifras precisas en un momento dado, tres grandes fases: la centralidad socialista, la competición bipartidista y la fragmentación polarizada. En la primera fase, el gobierno contaba con un amplio consenso inicial (en 1982) y, a

medida que lo perdía, sus oponentes no eran ideológicamente compatibles. Durante la segunda fase (1996-2008), se vivió un auténtico periodo bipartidista, en el que se lograron investiduras con un amplio apoyo, en gran medida debido a la colaboración de los principales partidos autonómicos, así como de IU, en la gobernabilidad. La oposición comenzaba a ser una alternativa, pero era minoritaria en votos y escaños. A partir de 2011, se han alternado gobiernos sostenidos por apoyos más fragmentados en el electorado, en una situación de minoría electoral, lo que se oculta bajo la mayoría absoluta de 2011 pero se hace evidente con la posterior fragmentación del sistema de partidos.

Es en esta circunstancia, cuando la oposición se percibe como una alternativa congruente y en un contexto de competición polarizada, cuando la concentración de poder resulta llamativamente discordante con su limitado apoyo electoral y con el bajo consenso en su ejercicio.

El futuro del consenso

Un correlato evidente de la situación de polarización es el cambio en la actividad legislativa. En la historia parlamentaria española desde 1977, se han aprobado aproximadamente el 80 % de los proyectos de ley presentados en las cámaras. Casi todos los restantes proyectos caducan o se dejan caducar, lo que es su forma natural de dejar de existir. Una pequeña fracción de ellos se retira, se incorpora a otros proyectos o, de hecho, es rechazada por las Cortes. Sin embargo, en la última legislatura, solo se aprobó el 57 % de los proyectos de ley presentados: 89 proyectos fueron aprobados, 69 caducaron y 6 se incorporaron en otros proyectos. Solo durante la relativamente anómala XII legislatura, que comenzó con el gobierno en minoría de Mariano Rajoy y continuó en un cambio de gobierno mediante moción de censura, se aprobaron aún menos, con 18 aprobados frente a 29 que caducaron.

A pesar de ello, los logros legislativos más importantes de la pasada legislatura, algunos de los cuales obtuvieron un consenso transversal, como la reforma laboral, una de las leyes insignia, o la reforma de la ley de libertad sexual, otra de las medidas destacadas, junto con la aprobación de medidas como el salario mínimo vital, la reforma de la seguridad social o los presupuestos, en un contexto parlamentario muy fragmentado, indican que la polarización no lo ha obstruido todo.

La etapa más reciente, aparentemente, comparte algunas características de la Transición, ya que la fragmentación del sistema de partidos y su distribución en votos presentan muchas similitudes. Sin embargo, faltan las circunstancias ambientales. En realidad, durante la mayor parte de la historia democrática de Es-

paña, a partir de la Transición, se han mantenido mecanismos tácitos, pero no debidamente institucionalizados, para fomentar el consenso. Solo en tiempo relativamente reciente, más allá de la Transición, han ido sucumbiendo a la erosión natural. Los avances democráticos fundamentales en cuestiones de derechos, el proyecto europeo (fue inusual que incluso un partido comunista votara a favor de la adhesión a la UE), el desarrollo y perfeccionamiento del modelo territorial (mientras era posible avanzar en ello), la lucha contra ETA, entre otros, son factores de cohesión que se debilitan o desaparecen gradualmente. En ausencia de estos elementos, en la segunda década de este siglo, la hostilidad se ha vuelto más pronunciada, los intentos de deslegitimar las instituciones o las propuestas de reforma radical han ganado mayor visibilidad, y el apoyo al gobierno se ha vuelto más ajustado. La fragmentación y falta de una mayoría clara recuerda a la Transición, donde a veces olvidamos que también la hostilidad política era elevada, pero faltan los resortes de amortiguación subyacentes que empujarían un cierto proyecto de país, con unos mínimos acuerdos, durante algunas décadas.

Es hora tal vez de pensar en reformas institucionales que apuntalen el consenso. En cierto modo, es afortunado no tener que apoyarse para ello en amenazas existenciales o en la inexorable necesidad de la modernización. Pero ahora las peleas salen, en cierto modo, gratis, y dados los incentivos potencialmente perversos de la competición política puede ser la hora de ayudarnos con las normas, diseminando más el poder y haciéndolo más vulnerable. Una posibilidad es reformar el procedimiento de investidura para que los acuerdos sean amplios y negociados de forma más sosegada y transparente, tal vez obligando a la mayoría absoluta. Otra es permitir la moción de censura no constructiva. Una más es reequilibrar el sistema electoral para evitar gobiernos electoralmente minoritarios. Una más, por supuesto, es la indispensable reforma de la Cámara Alta para integrar los contrapoderes territoriales en un foro de cogobernanza…. El problema evidente es que nos enfrentamos a la paradoja de las reformas: cambiar las reglas requiere consenso, y si el objetivo de cambiarlas es facilitar los consensos, pronto entendemos la dificultad.

DEMOCRACIA E INSTITUCIONES REPRESENTATIVAS. UNA MIRADA AL CASO ESPAÑOL EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI

Irene Delgado Sotillos
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

El siglo xxi plantea complejos retos políticos, económicos, sociales y culturales. La forma de gobernar las sociedades ha experimentado profundas transformaciones en las últimas décadas conllevando un cambio de notable envergadura en lo relativo a la dinámica de las instituciones políticas, la valoración de los partidos políticos y, en general a la vida política, afectando al funcionamiento de los modernos sistemas democráticos.

Algunos autores hablan de un «paulatino proceso de degeneración» o de «erosión» de la democracia representativa que vendría produciéndose desde hace dos décadas (Ruiz Miguel y Bovero, 2005: 57); otros autores ya afirmaron a principio del actual siglo que el malestar ante la política y las amenazas sobre el sistema democrático era previsible que se mantuvieran o incluso se acentuaran en el futuro y que lo que cambiaría serían sus causas (Innerarity, 2002: 11; Dahl, Sartori y Vallespín, 1999: 5).

Lo paradójico de esta situación radica en el hecho de que el número de democracias en el mundo se mantiene desde hace años e incluso se incrementa. Una mirada a los datos permite constatar que este hecho se alinea con la idea de que los ciudadanos de la mayoría de los países del mundo afirman que la democracia es el mejor régimen político, y ello a pesar de que se desconfíe de los partidos políticos y de los políticos. No obstante, no se puede negar que el siglo XXI ha venido acompañado de muchas formas de participación no convencional que permiten una relación diferente entre la ciudadanía y la política en el marco de la democracia representativa.

Las demandas que se han escuchado en los más recientes movimientos de protesta es la necesidad de una mejor democracia (Gómez-Limón, 2015: 183). Esto se debe a que no sólo son de interés las cifras, sino que lo que conviene es

destacar la calidad de las democracias de hoy en día, porque se ven atacadas por comportamientos de líderes políticos y de partidos de difícil encaje en el tradicional modelo de actuaciones democráticas.

La mera existencia de estas reivindicaciones da fe de que las instituciones democráticas no consiguen el apego suficiente de los ciudadanos. Una evidencia de ello se viene detectando en los últimos tiempos en los que los niveles de confianza en instituciones con funciones políticas como puedan ser el Gobierno o el Parlamento parecen tocar fondo. Esta crisis que afectaría también de forma específica a los partidos políticos, actores indiscutibles en el marco de la democracia liberal. Los datos nos muestran cómo hoy en día hay más ciudadanos que valoran las instituciones democráticas de forma negativa en vez de positiva. Esta situación es preocupante, y exige reflexionar en torno al problema, tal vez el más grave al que se puede enfrentar un sistema político democrático.

España no ha escapado a las transformaciones de carácter político que atraviesan las democracias del siglo XXI. Cambios de gran calado transforman el escenario político y electoral y traen consecuencias en la dinámica de las instituciones. Los orígenes son diversos y su análisis excede del objetivo de este trabajo. Nuestra intención en las páginas que siguen es compartir algunas reflexiones de carácter general sobre el diagnóstico del sistema político actual y, en particular, evaluar el rendimiento del Congreso de los Diputados cuya fragmentación por la entrada de nuevos partidos políticos provoca un clima político caracterizado por una elevada polarización que se vierte al propio debate parlamentario.

¿Qué traduce el cambio en las preferencias electorales?

Los resultados de las elecciones europeas de 25 de mayo de 2014 supusieron el inicio de un cambio de ciclo político en España constatado posteriormente tanto en las elecciones autonómicas andaluzas de 2015 como en las elecciones generales de ese mismo año. Todos estos procesos lejos de reflejar continuidad o ligeros cambios supusieron una transformación de gran calado en la dinámica política española en todos los niveles de gobierno. El auge y posterior implantación de nuevos partidos antisistema fragmentó la cámara baja, así como numerosas asambleas regionales (García-Escudero, 2015). Los ciudadanos a través de las urnas reclamaban cambios, o lo que algunos han denominado una *regeneración democrática*[1]. Lo cierto es que esta situación ha conducido con el paso del tiempo a un contexto político caracterizado por una elevada fragmentación electoral y parlamentaria, acompañada de altos niveles de polarización que desvelan una

[1] Se puede ver el análisis de varios autores en Llera, 2016.

crítica manifiesta al funcionamiento de las instituciones políticas y de sus actores principales, los partidos políticos. Ello ha tenido como consecuencia cierta parálisis institucional.

Ningún sistema político es completamente legítimo para *todos* los ciudadanos, y la *intensidad del apoyo* positivo hacia sus instituciones muestra indudablemente cambios ligados al devenir del paso del tiempo. No obstante, por encima de ello los ciudadanos denotan un amplio convencimiento de que ningún otro tipo de régimen que no sea democrático podría asegurar un mayor éxito de los objetivos colectivos (Linz, 1978: 18). En este sentido no se pone en duda que, como señaló Linz (1988: 65), «las instituciones políticas existentes, a pesar de sus defectos y fallos, son mejores que otras que pudieran haber sido establecidas». Bajo estos parámetros cabe interpretar que la legitimidad de cualquier sistema democrático no está en entredicho. En España, según los datos de las encuestas publicadas por la Centro de Investigaciones Sociológicas, el 85 por ciento de los españoles considera que la democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno; aunque otra lectura nos ofrece que, a lo largo de la serie histórica de la que proceden estos datos un 5 por ciento de entrevistados sostiene que, en algunas circunstancias, un régimen autoritario, una dictadura, puede ser preferible a un régimen democrático. Aunque esto produzca cierto estupor, las cifras son indudables e inequívocas: los españoles respaldan mayoritariamente la democracia[2].

Los signos que evidencian el malestar en la sociedad, la denominada «desafección política» se aprecian también en otras sociedades de nuestro entorno. Remiten a un déficit representativo de diversa intensidad manifestado no solo a través de la valoración que se realiza respecto de las instituciones parlamentarias, sino que la crítica afecta a los partidos políticos en tanto que son actores indiscutibles del proceso representativo. Los partidos políticos vienen atravesando una «crisis» desde hace décadas, situación que la convierte en un fenómeno cuasi-estructural de las democracias. No obstante, la crítica más feroz en nuestros días la reciben los políticos por cuanto los problemas que identifica la ciudadanía se personalizan sobremanera, como consecuencia de una manifiesta falta de transparencia y de rendición de cuentas.

El distanciamiento entre la actividad del Parlamento y el desempeño de los partidos políticos respecto de la realidad social se encuentra en la raíz de la percepción del déficit de representación. Está claro, si se examinan de nuevo las encuestas de opinión. La institución parlamentaria, si alguna vez lo fue, en este momento no es capaz de mantener viva su conexión con los ciudadanos, lo que genera una impresión negativa hacia la esfera política. Se aprecia un sentimien-

[2] La serie de datos es accesible en www.cis.es

to subjetivo de impotencia, cinismo y falta de confianza en el proceso político, en los políticos y las instituciones democráticas que genera un distanciamiento y alienación respecto a éstos, además de una falta de interés en la política y hacia los asuntos públicos (Torcal y Montero, 2006)[3]. Los efectos de desafección política no son los mismos en todas las democracias. En ocasiones puede tener unos efectos positivos: la presencia de ciudadanos críticos («demócratas desafectos») genera un efecto dinamizador de la vida democrática (Norris, 1999; Torcal, 2002). Lamentablemente predominan los efectos negativos lo que agudiza la presencia de otro tipo de problemas. Aunque la desafección política no supone una crisis de legitimidad democrática ya que este fenómeno es independiente del apoyo al régimen democrático y tiene, por tanto, consecuencias diferentes sobre el comportamiento político (Torcal, 2002; Gunther y Montero, 2000), no es menos cierto que se detectan señales de un cierto debilitamiento vinculado a la confianza y valoración del funcionamiento de la institución parlamentaria.

Esta desafección institucional demanda una profunda reflexión. La confianza hacia las instituciones políticas se ha debilitado prácticamente en todas las democracias del mundo revelando una persistente desconexión entre los ciudadanos y la política. A la vez hay una elevada insatisfacción de los ciudadanos con el desempeño de sus representantes políticos[4] y, por tanto, una actitud que poco tiene que ver con opiniones fluctuantes de corto plazo acerca de las acciones (de los políticos) y las decisiones tomadas en el seno de las instituciones políticas (parlamento y gobierno). Más bien al contrario, esta actitud refleja una crítica nada encubierta hacia ellos. Y esto supone un riesgo o una amenaza importante para el sistema político. Tanto es así, que si atendemos a la opinión pública en lo relativo a la confianza en los parlamentos el panorama es sombrío en Europa[5] y no parece serlo menos en España.

---

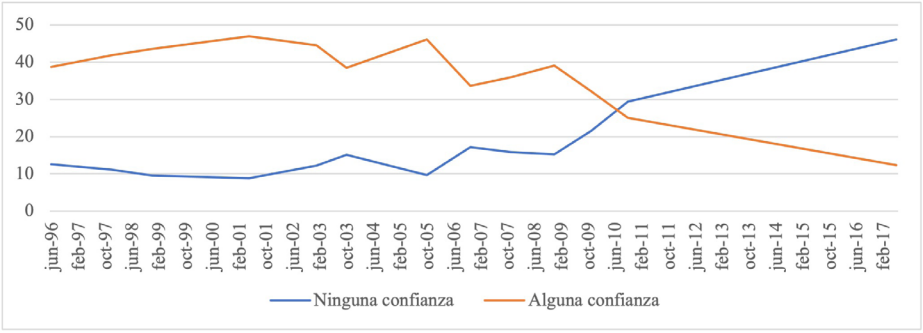
[3] Este fenómeno no cuestiona el régimen democrático. En este sentido es preciso aclarar que el concepto desafección política no es equiparable a la alienación política, a crisis de confianza o a cinismo político, conceptos vinculados con crisis de legitimidad del régimen político.

[4] Easton (1965) identificó dos componentes principales: el «apoyo difuso» y el «apoyo específico». El apoyo difuso atendería a las evaluaciones acerca de lo que un objeto político es o representa al margen de lo que hace, esto es, de cómo lleve a cabo sus tareas y actividades. Este tipo de apoyo se mide atendiendo a la importancia y al grado de necesidad que los ciudadanos otorgan a la institución, manifestado en la *confianza* que tienen en que la institución producirá los resultados esperados o deseados. Por el contrario, el apoyo específico está referido al conjunto de actitudes positivas que los ciudadanos manifiestan tener, y que son resultado de las percepciones acerca de la eficacia con la que se realizan las funciones y se satisface las demandas de los ciudadanos. Este tipo de apoyo surge de la actividad concreta (resultados u *outputs*) o general (gestión o *performance*).

[5] Ver datos de la Encuesta Social Europea: https://ess-search.nsd.no/en/variable/938de-8fc-dc87-4127-8f3f-5231365e675b

Una simple mirada a los datos en España constata que la desconfianza en el Parlamento desde los años noventa del siglo pasado hasta la actualidad se ha mantenido constante: alrededor de un 12 % de los entrevistados manifestaba esta actitud hostil. Muy en particular desde el año 2010, el crecimiento ofrece una tendencia progresiva. Los últimos datos que ofrece la serie del CIS sitúan en el 46 % esta valoración. En otras palabras, el incremento ha sido de 34 puntos porcentuales en apenas siete años; o desde otra perspectiva, sólo un 12 % confía ya en el Parlamento.

Gráfico 1. Evolución de la confianza en el Parlamento español



Fuente: Elaboración propia. Datos del CIS

Lo preocupante es que estas actitudes erosionan al sistema democrático. Como consecuencia de todo ello hoy en día la valoración de la democracia española, la política y los políticos pasan por su peor momento. En el último trimestre del año 2021, un 16 % de los españoles mencionaba entre los tres principales problemas de España «la política» en general; un 14 % de ciudadanos mencionaba el «mal comportamiento» de los políticos como problema; el 8,3 % aludía a la «falta de acuerdo entre los políticos»; un 5,4 % citaba como problema «lo que hacen los partidos»; un 1,6 % se quejaba de «los extremismos» y un 1 % señalaba la falta de confianza en lo que hacen los políticos o las instituciones. Todo cual significa que el 46,3 % de los ciudadanos manifiesta sentimientos de preocupación relacionados con la vida política.

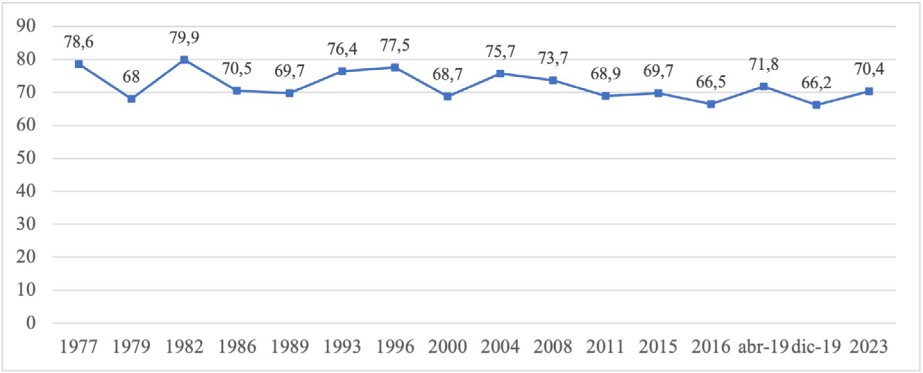
Alarma que estas actitudes lejos de ser puntuales parecen reforzarse con el paso del tiempo. Estas valoraciones ciudadanas contienen un componente partidista que parece ser determinante, trasladan una crítica manifiesta hacia los partidos políticos y advierten consecuencias en los procesos electorales. Pero esto no es nuevo. Los ciudadanos tienen opiniones ambiguas, contradictorias o francamente irracionales respecto a los partidos políticos. Y ello a pesar de la aceptación

generalizada de la necesidad funcional de los partidos en los sistemas democráticos. Encaja con lo ya manifestado hace una década por Linz (2002: 294), quien señalaba que incluso cuando las personas son críticas con estos actores políticos, por lo general están de acuerdo en que los partidos son importantes para la democracia, y ello no disminuye su apego al valor de la democracia como sistema. Pero hoy en día pareciera como si los partidos hubieran perdido vigencia y legitimidad frente a los ciudadanos al no cumplir con su función central de resolver los problemas colectivos. A resultas, los ciudadanos han perdido su conexión formal y sentimental con los partidos políticos.

Esta situación correlaciona con elementos de un contexto complejo en el que se manifiestan distintas formas de expresión y con distinta intensidad. Identificamos algunas evidencias de crisis de las organizaciones partidistas que no son únicas de la actual situación política española, sino que son representativos de un fenómeno más profundo que acontece en las sociedades liberales. Sin ánimo de exhaustividad enumeramos algunas que presentan una notable relevancia y resultan de todo punto incontestables. Por un lado, se advierte una caída sustancial de la participación electoral, variable que, aunque oscila, sin duda, dependiendo del país, del momento y el tipo elección, es apreciable si se comparan las medias de participación en un mismo Estado, y en comicios de igual naturaleza, entre finales de la década de los sesenta y la actualidad. Las elecciones no despiertan interés entre los ciudadanos. La selección de nuestros representantes en el Parlamento es un acontecimiento de segundo orden. Bien desde otra perspectiva se podría argumentar lo señalado por Norris (2202) quien afirmaba que los bajos niveles de participación electoral que, con mayor frecuencia, se observan cada vez que hay unas elecciones, podrían guardar relación con la preferencia que muestran los nuevos votantes por participar en la política de una forma distinta a la de emitir su voto cada cuatro años. Este planteamiento no parece encajar con la realidad española. Si atendemos a la evolución de los niveles de participación en elecciones generales, que son los procesos electorales que despiertan más atención entre los ciudadanos y se consideran de primer orden, la tendencia al inicio del siglo XXI pone de manifiesto que alrededor de un 30 por ciento de los españoles no acude a votar. Si comparamos estos datos con los del siglo anterior, las diferencias son claras por el mero hecho de que ya no parece haber elecciones que despierten un manifiesto interés como sí ocurrió en 1982, 1993 y 1996. En aquellas ocasiones las posibilidades de cambio incentivaron la movilización. Las profundas transformaciones del sistema de partidos que hemos testimoniado recientemente no han sido causa suficiente para estimular la participación electoral.

Las cifras del estudio postelectoral 2019 del CIS (estudio 3253) arrojan datos alarmantes, a saber, un 42 por ciento de los que se abstuvieron en las eleccio-

Gráfico 2. Evolución de la participación en elecciones generales (1977-2023)



Fuente: elaboración propia. Datos de la Junta Electoral Central.

nes generales lo tenía ya decidido antes de la campaña electoral; y el 33 por ciento de los abstencionistas identifica que su motivo para no acudir a votar es «que está harto de política y elecciones».

El elevado grado de descontento ciudadano con los partidos tradicionales (sistémicos) en algunos países europeos (Francia, Grecia, Austria, Reino Unido, Italia, Finlandia, Noruega, Dinamarca, Suiza, Holanda, Hungría, España, Portugal) facilita la emergencia de partidos de nueva creación que se presentan a sí mismos como movimientos no sujetos a la fórmula de los partidos políticos dominantes de la vida democrática en la última centuria. La estrategia de estos partidos nuevos es, por un lado, aprovechar el clima de descontento e inestabilidad electoral y, por el otro, llenar el «vacío» dejado por los «viejos partidos» (Mair, 2015). Se configuran como movimientos sociales y también fuerzas populistas antisistema de extrema derecha o extrema izquierda que, sirviéndose en gran medida de las nuevas tecnologías de la información vinculadas a la Red, amenazan con romper no pocos de los consensos políticos básicos establecidos en las democracias de nuestro continente durante el último medio siglo. Estos nuevos partidos han entrado en el Parlamento fragmentando su composición. Nuevos partidos que, según Mair (1999: 210), sin ser originalmente miembro del sistema que ya estaba consolidado, una vez accede a él son capaces de cambiar las dinámicas de competición establecidas hasta el momento. La conclusión más inmediata, según Mair (2015: 33), es que «los ciudadanos se están retirando y distanciando de la política convencional», de modo que «incluso cuando votan [..] sus preferencias aparecen cada vez más próximas al momento de votación y con menos frecuencia que antes están guiadas por consideraciones partidistas». Esto tiene como consecuencia el aumento de la volatilidad electoral o la incon-

sistencia de los electorados. Se pone de relieve en la rapidez con que líderes (o partidos) que han ganado las elecciones con amplias mayorías pierden en períodos de tiempo muy reducidos —a veces de pocos meses o incluso de semanas— el apoyo de los electores que los llevaron al poder. Un fenómeno, cada vez más frecuente, que, por lo demás, guarda directa relación con el rampante populismo de muchas de las nuevas opciones políticas, sostenidas en electorados sentimentales y no racionales, y también con una de las características que mejor definen a los movimientos populistas: su empeño en ofrecer soluciones simples a los problemas complejos, lo que, a su vez, genera frustración y alejamiento de la política cuando los electores comprueban que esa fórmula suele conducir a la incapacidad para hacer frente a desafíos que los líderes de los nuevos movimientos habían minusvalorado en su dificultad. Como vemos se trata de un círculo vicioso que dificulta sobremanera salir de él.

En el contexto europeo otra expresión de la crisis partidista que hoy estamos viviendo con preocupación es la quiebra electoral de un significativo número de los partidos que vertebraron durante años el funcionamiento de algunas de las más sólidas democracias a ambos lados del Atlántico, partidos que sencillamente han desaparecido del mapa en una determinada elección o han ido perdiendo peso hasta pasar de ser decisivos a convertirse en completamente irrelevantes. De hecho, si a partir de principios de la década de los noventa comenzó a ser apreciable la quiebra de la persistencia referida, las consecuencias sociales de la crisis económica mundial de 2008 lo amplificaron sin ningún género de dudas. En definitiva, cambian las fórmulas de gobierno, porque se abre la estructura de la competición de partidos, que en muchos de los países europeos estaba cerrada (Casal Bértoa y Weber, 2016). Incluso con este panorama del que hemos relatado tan solo algunas pinceladas, hoy no podemos afirmar que en España exista una «crisis de representación». Es cierto que la oferta partidista se ha diversificado y una multiplicidad de partidos están representados en el Parlamento. Hoy no hay mayorías sólidas ni hegemonía bipartidista, aspecto que había sido muy criticado en la década anterior, nos encontramos con una situación tras las elecciones generales de 2023 que exige una reflexión más profunda, lo que excede del objetivo de este trabajo.

¿Es anómalo un parlamento fragmentado?

No es necesario recordar que el cambio en el sistema de partidos en nuestro país se inicia en 2011, se confirma con las elecciones europeas de 2014 y desemboca en las elecciones de 2015 en la que se configura un Congreso de los Diputados fragmentado en términos de representación de grupos políticos: de cuatro

partidos grandes y medianos de ámbito nacional, pasamos a cinco en abril de 2019 que suman 22 millones y medio de votos; y entre ellos PP y PSOE juntos no llegan a 12 millones. En las segundas elecciones de 2019 hacen falta seis partidos para llegar a 20 millones y medio de votos, y son 19 las candidaturas que obtienen escaño en el Congreso de los Diputados. De un Congreso cuasi bipartidista, que apoya a un Gobierno identificado con una mayoría absoluta o suficiente, hemos pasado a una Cámara fragmentada, como muchos Parlamentos autonómicos, lo que afecta de forma evidente no sólo a su funcionamiento, sino al desempeño de las funciones constitucionales de las Cortes Generales.

El sistema parlamentario español sitúa a las Cortes Generales en el centro de la vida política española, y atribuye las más importantes funciones constitucionales: la actualización de la voluntad constituyente mediante la potestad legislativa, la aprobación de las cuentas anuales y el control de la acción del gobierno. Pero también el sistema parlamentario de gobierno se adereza de elementos destinados a dotar de estabilidad al gobierno convirtiendo al Parlamento en un mero ratificador de las políticas gubernamentales. Además, las reglas de funcionamiento interno de las Cámaras contribuyen también a esa doble función de preeminencia del Ejecutivo y fortalecimiento de los partidos políticos haciendo recaer todo el protagonismo en los grupos parlamentarios, frente a los parlamentarios individualmente considerados, que prácticamente no conservan facultades individuales más allá de la facultad de presentar preguntas y solicitudes de información. Todo esto refuerza el control del partido sobre sus representantes parlamentarios que hoy en día tienen que acomodar sus posiciones a las decididas por el partido fuera de las instituciones (Gómez Corona: 2021).

Los avatares electorales que se inician en 2015 y que afectan sobremanera a las dinámicas de funcionamiento del Parlamento generaron un período de parálisis institucional que podría haber finalizado en diciembre de 2019, con el primer gobierno de coalición de nuestra reciente historia democrática. Pero la configuración del Congreso de los Diputados, con casi una veintena de formaciones políticas tras las elecciones de abril de 2019 no ha asegurado un período de tranquilidad demasiado largo. Quizá debido también a las disfunciones internas generadas en el seno del propio gobierno, lo que se agudizará en la futura composición del gobierno de Sánchez en 2023, y en las dinámicas parlamentarias que se generen en la legislatura.

En los últimos años estamos asistiendo a una situación en la que el Parlamento no cumple con normalidad ninguna de sus misiones constitucionales, con el menoscabo que eso supone para el sistema democrático en su conjunto. En lo relativo a la investidura de la presidencia del gobierno, que es la primera misión parlamentaria, pocos podían augurar que íbamos a vivir en un período tan corto la disolución anticipada de las Cámaras en dos ocasiones ante la falta de acuerdo

para la investidura. Además del hecho de la disolución anticipada en sí, resulta relevante la manera en que se desarrollaron ambos procesos.

La primera disolución anticipada se produce en la XI Legislatura, tras las elecciones del 20 de diciembre de 2015. Asistimos al hecho insólito e inédito hasta entonces, de que, tras la primera ronda de consultas del monarca con los representantes de los distintos partidos con representación parlamentaria, el candidato propuesto, Mariano Rajoy, renuncia a someterse al proceso de investidura con el argumento de que no contaba con los votos suficientes. Semanas después el candidato del Partido Socialista, Pedro Sánchez, llega a un acuerdo con Ciudadanos y se postula como candidato. La votación tiene lugar en marzo de 2016 y fracasa. No hay nuevas propuestas ni votaciones y se disuelven las Cámaras el 3 de mayo de ese año. La segunda es más reciente aún, la XIII Legislatura, tras el 28 de abril de 2019, con un proceso en el que el partido mayoritario parece desde el principio más interesado en la repetición electoral que en lograr la investidura de su candidato. Tanto es así que se produce un único intento tras el encargo a Pedro Sánchez por parte del jefe del Estado. El debate y votación de investidura se celebra en julio, sin éxito y las Cámaras se disuelven sin que se produzca un nuevo intento. Lo propio ocurre tras las elecciones generales de 2023. Tras la investidura fallida del candidato del Partido Popular, el monarca encarga a Pedro Sánchez la formación de gobierno a pesar de no tener «a priori» la mayoría suficiente de los escaños. Las futuras negociaciones con todos los grupos parlamentarios a excepción del PP y VOX dibuja un panorama de extrema complejidad institucional que requerirá una valoración futura.

Tampoco ha habido normalidad en lo relativo a la confianza que tiene el Congreso de los Diputados en el Gobierno, en particular la aprobación del programa económico del Gobierno a través de los presupuestos generales. Tras la celebración de elecciones generales y la subsiguiente investidura de la Presidencia del Gobierno, la aprobación del Presupuesto constituye el momento político más importante del Gobierno. Ante la inminencia de unas elecciones en diciembre y lo incierto de los resultados. Rajoy aprueba un presupuesto para el ejercicio 2016, en octubre de 2015. Estos presupuestos tendrían una vigencia inusitada, ya que fueron prorrogados hasta mediados de 2017. A su vez, las cuentas de 2017 se prorrogaron hasta julio de 2018, fecha en la que se aprobaron los nuevos presupuestos que a su vez se prorrogaron en 2019 para 2020. Los presupuestos constituyen la prueba de fuego de los Gobiernos en minoría, pues permite medir el grado de apoyo con que cuentan y las posibilidades de manejar situaciones de geometría variable. En tres ocasiones el gobierno de coalición ha aprobado los presupuestos generales (para 2021, 2022 y 2023) con el respaldo de las 11 formaciones políticas que apoyaron la investidura de Sánchez: PSOE, Unidas Pode-

mos, Esquerra Republicana, el PNV, EH-Bildu, el PDeCAT, Más País-Equo, Compromís, Nueva Canarias, Teruel Existe y el PRC.

Otro efecto de la transformación del escenario parlamentario tiene relación con la disminuida capacidad de legislar sobrevenida por la tendencia generalizada de sustituir las leyes por Decretos-ley gubernamentales. Se posibilita la aprobación de normas con valor de ley al margen tanto del Parlamento como del procedimiento legislativo entrando inmediatamente en vigor a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Si observamos los datos desde la VIII Legislatura (2004-2008) en ninguna ocasión el número de Decretos-Ley aprobados superó al de leyes ordinarias. Sin embargo, desde 2016 hasta la actualidad, constatamos como eso ha pasado sistemáticamente en las tres legislaturas. Independientemente del formato de gobierno (mayoritario, minoritario o de coalición) se ha extendido su uso, llegándose a gobernar en base casi exclusivamente a Decretos-ley en un contexto en el que el número de leyes parlamentarias que se aprueban es reducido. Esto nos lleva a plantear que la capacidad legislativa del Parlamento se ha visto limitada, imponiéndose en este sentido la actividad gubernamental, otorgando un papel protagonista al Gobierno en la elaboración de normas. Advertimos así de lo que supone para un Estado el que el órgano central representante de la ciudadanía no ejerza su tarea legislativa con normalidad.

Tabla 1. Rendimiento parlamentario (2004-2023)

	Gobierno	**Leyes orgánicas**	**Leyes ordinarias**	**Decretos-ley**	**Decretos legislativos**
Legislatura VIII (2004-2008)	Zapatero I	33 (14,3 %)	134 (58,3 %)	52 (22,6 %)	11 (4,8 %)
Legislatura IX (2008-2011)	Zapatero II	26 (13 %)	115 (57,5 %)	54 (27 %)	5 (2,5 %)
Legislatura X (2011-2015)	Rajoy I	41 (16,2 %)	128 (50,6 %)	75 (29,6 %)	9 (3,5 %)
Legislatura XI (2016-2016)					
Legislatura XII (2016-2019)	Rajoy II	6 (7 %)	23 (26,7 %)	56 (65,1 %)	1 (1,2 %)
Legislatura XIII (mayo-septiembre 2019)	Sánchez I	-	-	7 (100 %)	-
Legislatura XIV (2019-2023)	Sánchez-Iglesias	30 (15 %)	76 (25,3 %)	93 (46,5 %)	1 (0,5 %)

Fuente: elaboración propia. Datos del Congreso de los Diputados (www.congreso.es)

El multipartidismo da lugar a una fragmentación parlamentaria en el Congreso, cuyos efectos más evidentes y trascendentes giran en torno a la relación de confianza del Congreso. En un Congreso fragmentado, con un Gobierno en minoría, la visibilidad de los nuevos partidos se persigue mediante un nuevo uso de los instrumentos de control, con la proliferación de comisiones de investigación, y el uso habitual de las reprobaciones de ministros o incluso de otras autoridades. En realidad, puede decirse que las sesiones de control se componen de combates dialécticos, en los que prima el efectismo sobre el contenido de lo que se pregunta o interpela, con lo cual se pierde el sentido de rendición de cuentas de la actuación del Gobierno ante el Parlamento de forma continuada en un régimen parlamentario.

Mencionar también lo relativo a la designación parlamentaria, esto es los nombramientos de las instituciones del Estado. La atribución al Parlamento de la designación de titulares de cargos o miembros de órganos constitucionales —Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial— y de relevancia constitucional —Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo— tiene como consecuencia inmediata la politización de estos nombramientos. De hecho, este es uno de los problemas más acuciantes que se ha visto profundamente afectado por la falta de acuerdo entre las dos mayores formaciones políticas. No voy a extenderme aquí en este aspecto porque se han aportado diversas propuestas para remediar este bloqueo (Santaolalla y Pauner, 2010; García-Escudero, 2012; García Roca, 2012) y ya ha sido resuelto no sin grandes dificultades.

Un tercer fenómeno para señalar es el hecho de que el Congreso de los Diputados se ha convertido en una institución «crispada». La fragmentación antes aludida del Parlamento no es lo alarmante, no deriva necesariamente en inestabilidad política, de hecho, no es novedoso. Lo que es preocupante es que esa fragmentación se mezcle con una elevada dosis de polarización ideológica. Incluso más que diferenciación ideológica lo que preocupa es el aumento del radicalismo, la división de las sociedades en grupos e identidades políticas que se ven enfrentadas y excluyentes entre sí. En términos generales, una alta polarización hace muy difícil que los partidos y los políticos alcancen acuerdos y compromisos, lo que desencadena efectos perniciosos a nivel institucional. Aún más hoy se ha extendido una modalidad de polarización que no se basa tanto en diferencias ideológicas sino en diferencias respecto a los sentimientos que generan los partidos y sus líderes. Esta «polarización afectiva» toma en consideración los sentimientos de las personas hacia los partidos y sus simpatizantes, en lugar del enfoque clásico de la divergencia ideológica. Se trata de una contraposición entre los sentimientos favorables que generan los líderes y los votantes del partido con el que nos identificamos, y los sentimientos desfavorables y de hostilidad hacia los líderes y votantes de otros partidos (Miller, 2021; Arengar et al., 2012; Lelkes, 2016).

Es cierto que en general, el ambiente político se está enrareciendo. La insatisfacción con los políticos es incluso peor que hace diez años. Lo vemos en España, con debates políticos que, crecientemente, violan las normas informales que, según los expertos, son los pilares fundamentales de la democracia, como por ejemplo el respeto al adversario por muchas discrepancias políticas que puedan tener. Ahora, lo descalificamos como moralmente inferior. Este fenómeno no conoce de ideologías. El deterioro de la discusión se extiende a izquierda y derecha del espectro político. Desgraciadamente, es un fenómeno global. Con un epicentro en EE. UU., pero que se ha extendido por Europa y preocupa a los ciudadanos. Una encuesta publicada por el CIS en abril de 2022[6] muestra que el 80 por ciento de los españoles está bastante preocupado por el clima de crispación política que se percibe en la vida política y un 90 por ciento considera necesario reducir este fenómeno. Según esta encuesta, un 63 % considera que son los políticos y los partidos políticos quienes contribuyen a este clima de crispación.

En España, apreciamos el deterioro del debate público en los últimos años. Se ha erosionado el clima de respeto mutuo entre los grandes partidos políticos, que fue la esencia de la Transición, y que, de acuerdo con los expertos, es un intangible esencial para evitar reveses autoritarios. Desde 2012 España ha experimentado una caída en el respeto a los contraargumentos de los rivales políticos en el debate público. Es posible que se acentuara por el comienzo del «proceso» independentista en Cataluña o por la percepción de una recuperación económica desigual.

La intuición nos llevaría a pensar que las actitudes de hostilidad hacia el adversario político se diluyen en los ciudadanos con mayor nivel educativo. Pero es exactamente al revés. Curiosamente, son las personas más formadas las que tienen más tendencia a mostrare más polarización, lo cual conduce a las élites políticas a mostrar de que Haidt y Lukianoff (2019) llaman «señalización de virtud», esto es reforzar la lealtad a su partido y rechazar acuerdos con los adversarios políticos. Además, a nivel social se advierte una separación en grupos de individuos soportada por una desaprobación de carácter moral hacia nuestros adversarios políticos. Lamentablemente esta dinámica del «nosotros» contra «ellos» parece que irá a más en los próximos años: primero, porque los resultados de las elecciones generales de 2023 han diseñado dos bloques en el parlamento enfrentados entre sí; segundo, porque la confianza en las instituciones políticas continúa cayendo, como también ocurre en todo Occidente y España no va a escapar de esta tendencia; y tercero, porque a nivel de ciudadano los votantes de cualquier partido están cada día están más convencidos de que, o su partido toma

[6] Encuesta sobre Cuestiones de Actualidad. Abril 2022 (II). Estudio 3362. Centro de Investigaciones Sociológicas.

el control de las instituciones, o bien el partido rival las utilizará a su favor de forma parcial y sin considerar el interés general. Además, en este sentido determinados discursos de líderes políticos y su quehacer están afectando a la confianza en las instituciones políticas, lo que puede poner en riesgo el funcionamiento democrático.

Un futuro político incierto

Durante décadas, hemos acumulado un importante volumen de publicaciones académicas sobre cómo apuntalar las instituciones representativas y por extensión las democracias liberales. De momento las soluciones no parecen ser fructíferas. Los españoles perciben que la diversidad política se ha convertido en polarización; no es menos cierto que el debate en sede parlamentaria está dominado por la crispación. La solución a los principales problemas de la ciudadanía no parece ser la prioridad de algunos políticos que se ocupan antes de formular críticas al contrario. En pleno siglo XXI debemos requerir instituciones que se justifiquen por su actuación, por su eficacia real, por las funciones que desarrollan y el papel que desempeñan en el juego político.

El análisis apunta a que conviene (re)construir instituciones y entrenar a individuos de tal forma que se comprometan en la consecución del interés público, pero al mismo tiempo, se debe ser críticos con las instituciones ofreciendo soluciones dentro del marco de la democracia representativa y guiados por el respeto al adversario político. Bajo este marco quizás serían necesarias, aunque no suficientes, dos tipos de medidas: por un lado, elementos y/o acciones que extiendan la percepción —porque la percepción importa más que la realidad «objetiva», en caso de que ésta exista—, de que las instituciones políticas desarrollan las funciones que tienen encomendadas en el marco de los sistemas liberales representativos. Para el buen funcionamiento del sistema político habrá que moldear el engranaje, para intentar llegar a un equilibrio entre un Gobierno que se deje controlar realmente por la Oposición y una cámara baja que permita gobernar. Por otro lado, necesitamos respetar unas normas de moral pública, basadas en el respeto a los adversarios políticos y la autocontención en la acción pública; es decir, instar a que los políticos en las instituciones se abstengan de adoptar medidas que sean percibidas como una amenaza al modelo de democracia representativa pivotada en la separación de poderes. Es indudable que existe un conflicto entre los principios normativos de la democracia y la efectividad de la política para resolver algunos problemas colectivos de singular envergadura. Pero se ha de trasladar el mensaje de que las instituciones son parte de la solución, por difícil que esta sea, y no parte del problema.

Referencias

Casal Bértoa, Fernando; Weber, Till (2016). «Restrained change: party systems in times of economic crisis», *The Journal of Politics*, 81 (1).

Dahl, Robert A.; Sartori, Giovanni; Vallespin, Fernando (1999). «El futuro de la democracia», *Claves de Razón Práctica*, núm. 97.

Easton, David (1965). *A systems analysis of political life*. Chicago, University of Chicago Press.

Innerarity, Daniel (2002). *La transformación de la política*. Península, Madrid.

García Roca, Javier (2012). «La selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 15.

García-Escudero, Piedad (2015). «Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36.

García-Escudero, Piedad (2012). «La problemática de la integración de órganos por el Parlamento», *Asamblea*, núm. 27.

Gómez Corona, Esperanza (2021). «La "desparlamentarización" del sistema político español. De parlamentarismo excesivamente racionalizado a un parlamento diluido», *Revista de Derecho Político*, núm. 111.

Gómez-Limón, Mª Teresa (2015). ¿Existe una democracia real en España? Madrid, Akal.

Gunther, Richard; Montero, Jose Ramón (2000). «Legitimacy, Satisfaction and Disaffection in New Democracies», paper presentado en la conferencia Political Disaffection in the European Democracies, Santiago de Compostela, 19-20 de octubre.

Lelkes, Yphtach (2016). «Mass polarization manifestations and measurements», *Public Opinion Quarterly*, 80.

Linz, Juan José (2002). «Parties in Contemporary Democracies: Problems and Paradoxes», en R. Gunther; J.R. Montero; J.J. Linz (ed.): *Political parties: old concepts and new challenges*. Oxford, Oxford University Press (versión en castellano: *Partidos políticos: viejos conceptos y nuevos retos*. Madrid, Trotta, 2007).

Linz, Juan José (1988). «Legitimacy of democracy and the socioeconomic system», en M. Dogan (ed.): *Comparing Pluralist Democracies*. Boulder, Westview Press.

Linz, Juan José (1978). «Legitimidad y eficacia en la evolución de los regímenes políticos», en E. Hytten y otros (ed.): *Problemas del subdesarrollo*. Granada, Caja General de Ahorros y Monte de Piedad de Granada.

Llera, Francisco (2016). *Desafección política y regeneración democrática en la España actual: diagnósticos y propuestas*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Haidt, Jonathan; Lukianoff, Greg (2019). *La transformación de la mente moderna. Cómo las buenas intenciones y las malas ideas están condenando a una generación al fracaso*. Barcelona, Deusto.

Mair, Peter (1999). «New political parties in established party systems: how successful are they?», en E. Beukel; K.K. Klausen; P.E. Mouritzen (ed.): *Elites, Parties and Democracy*. Odense, Odense University Press.

Mair, Peter (2015). *Gobernando el vacío. La banalización de la democracia occidental*. Madrid, Alianza.

Miller, Luis (2021). «La polarización política en España: entre ideologías y sentimientos», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio social*, núm.152.

Norris, Pippa (2022). *Democratic Phoenix: Reinventing Political Activism*. Cambridge, Cambridge University Press.

Norris, Pippa (1999) «Institutional explanations of political support», en P. Norris (ed.): *Critical Citizens: Global Support for Democratic Governance*. Oxford, Oxford University Press..

Ruiz Miguel, Alfonso; Bovero, Michelangelo (2005). «El futuro de la democracia», *Claves de Razón Práctica*, núm. 152.

Santaolalla, Francisco; Pauner, Cristina (2010). *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Torcal, Mariano (2002). «Institutional disaffection and democratic history in new democracies», *Central European Political Science Review* 3(10).

Torcal, Mariano; Montero, José Ramón (2006). *Political Disaffection in Contemporary Democracies. Social Capital, Institutions and Politics*. London, Routledge

Iyengar, Shanto; Sood, Gaurav; Lelkes, Yphtach (2012). «Affect, not ideology. A social identity perspective on polarization», *Public Opinion Quarterly*, 76.

ARQUITECTURA INSTITUCIONAL. REFLEXIONES DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL*

Ana Carmona Contreras
Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla

1. Premisa de partida: aproximación a la arquitectura institucional en clave constitucional

La noción de arquitectura institucional remite a una cuestión central para el Estado, puesto que nos sitúa ante el entramado orgánico establecido por la Constitución y la distribución de funciones que a cada una de las instancias contempladas le corresponde. Centrándonos en la esfera política, y, por lo tanto, dejando al margen el poder judicial, hablar de arquitectura institucional conduce a la toma en consideración de la forma de gobierno, esto es, a la articulación funcional de los poderes legislativo y ejecutivo. Siendo este el punto de referencia que circunscribe nuestro análisis, nos proponemos atender a la regulación que de tales poderes lleva a cabo nuestra Ley Fundamental, prestando una atención señalada a los cauces de relación que se establecen entre los mismos. Pero no solo, puesto que junto al marco normativo resulta imprescindible tener muy presente cuál es la imagen que en la práctica arrojan los mecanismos de interacción entre tales poderes, determinando en qué sentido ha evolucionado nuestro sistema de gobierno. Es precisamente tal aproximación dialéctica la que nos permitirá, atendiendo a la temática que aborda este foro de reflexión sobre una nueva gobernanza para el siglo xxi, afrontar la siguiente pregunta: ¿responde adecuadamente dicha forma de gobierno a las necesidades actual de nuestra sociedad?

En el punto de partida, encontramos que la Constitución española de 1978 (CE) asume el modelo de parlamentarismo racionalizado diseñado por Mirki-

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «La configuración europea del Estado de Derecho: implicaciones en el ámbito nacional» (PID2022-137789NB-I00).

ne-Guetzévitch en los años 30 del siglo pasado, que se impone en el continente europeo tras la segunda guerra mundial. Como reacción a los efectos disfuncionales del sistema parlamentario operativo en la etapa precedente (ejemplo paradigmático en este sentido es la experiencia en Weimar), en el nuevo ciclo constitucional que se inicia a partir de 1945 se formula una doble apuesta: por un lado, el Parlamento, en tanto que representante directo de la soberanía popular, se afirma como centro del sistema institucional. El tenor literal del artículo 66.2 CE así lo confirma: «Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución». Por otro, el Gobierno depende —va a seguir dependiendo— necesariamente de la confianza parlamentaria. Esta debe verificarse desde el principio, confiriéndole legitimidad de origen, a través de la sesión de investidura. El Congreso de los diputados, única instancia llamada a participar, deberá avalar bien por mayoría absoluta (en una primera votación), bien por mayoría simple (en las votaciones sucesivas) a quien se presenta como candidato a presidir el Ejecutivo. Y si en el plazo de dos meses desde que se produjo la primera votación, ninguno de los aspirantes lograra recabar el apoyo requerido, se devuelve la palabra a la ciudadanía, procediéndose a la disolución de las Cámaras y a la convocatoria de elecciones (artículo 99 CE).

El desarrollo de la actividad gubernamental, por su parte, queda siempre condicionado al control parlamentario, que, de este modo, actúa como fuente primigenia de la que se nutre de legitimidad su ejercicio. Así queda patente mediante la afirmación del principio general que establece que «(E)l Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso» (artículo 108 CE). Como derivadas de tal axioma se articulan dos modalidades de fiscalización parlamentaria: por un lado, la ordinaria y cotidiana, mediante preguntas, interpelaciones, mociones (artículo 111 CE) y solicitudes de comparecencia (artículo 110 CE), entre otras, que se predican de ambas Cámaras. Y por otro, la extraordinaria, a través de la moción de censura, residenciada exclusivamente en el Congreso (artículo 113 CE). Como expresión del carácter racionalizado de nuestro régimen parlamentario, la censura es constructiva, esto es, requiere la presentación de un candidato alternativo a presidir el Gobierno. Asimismo, en aras de reforzar la estabilidad gubernamental, su triunfo exige recabar la mayoría absoluta de la Cámara baja.

Esta intrínseca dependencia del Ejecutivo frente al Legislativo se compensa mediante la atribución a aquel de dos facultades que cumplen una importante función de contrapeso, permitiendo bien revalidar la existencia del vínculo inicial de confianza que se verificó en la investidura, planteando ante el Congreso la cuestión de confianza (artículo 112 CE), bien poner fin a la legislatura antes de su conclusión mediante el ejercicio de la potestad de disolución anticipada por

parte del presidente (artículo 115 C). Con respecto a la primera, vuelve a manifestarse la impronta racionalizadora que apuesta por la estabilidad gubernamental, puesto que la prueba planteada se estima superada si la cuestión —que gira en torno al programa del Ejecutivo o a «una declaración de política general»— obtiene el apoyo de la mayoría simple de la Cámara baja. La potestad de disolución anticipada se atribuye al presidente del Gobierno y, previa deliberación del Consejo de ministros, se ejerce «bajo su exclusiva responsabilidad». Se trata, pues, de una facultad discrecional, cuyo ejercicio únicamente aparece limitado al cumplimiento de un requisito de índole sustancial de importancia fundamental como es la fijación de la fecha de las elecciones en el decreto que formaliza la disolución. Pero no solo, puesto que también se contemplan límites circunstanciales (no cabe disolver las Cámaras cuando se esté tramitando una moción de censura) y temporales (la disolución solo es procedente si ha transcurrido un año desde que se produjo la anterior).

Al cuadro sumariamente apuntado debe añadirse como otro de los rasgos configuradores básicos del sistema que el Gobierno se configura como su motor político, según se deduce a partir de las relevantes facultades constitucionalmente atribuidas: «dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes» (artículo 97 CE). Para el desarrollo efectivo de tales competencias genéricas cuenta con una destacada batería de instrumentos específicos mediante los que el referido protagonismo se hace patente. Así, la iniciativa legislativa gubernamental, ejercida mediante proyectos de ley, goza de prioridad en su tramitación frente a la de origen parlamentario (artículo 89.2 CE). Por su parte, en materia presupuestaria cabe reseñar que el Ejecutivo no solo asume en exclusiva «la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado», correspondiéndole a las Cortes Generales «su examen, enmienda y aprobación» (artículo 134.1 CE). Además, una vez definidos los términos de la la ley que incluye cada año «la totalidad de los gastos e ingresos del sector público», aquel sigue conservando la capacidad para mantenerlos o modificarlos, gracias a la disposición que prevé lo siguiente: «Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación» (artículo 134.6). En último lugar, pero no menos importante, se encuentra la atribución de potestad legislativa vinculada a supuestos de extraordinaria y urgente necesidad, mediante la que el Gobierno queda facultado para la aprobación de decretos-leyes (artículo 86.1 CE). Es cierto que la normativa gestada en sede gubernamental ingresa en el ordenamiento jurídico con vocación de provisionalidad, debiendo ser convalidada o derogada en el plazo máximo de 30 días por el Congreso de los diputados (artículo 86.2 CE). También, que no podrá

afectar un nutrido grupo de materias expresamente enumeradas en el primer apartado de dicho precepto: «al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades del Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general». Pero, aun con tales límites, se pone en manos del Ejecutivo una potente herramienta reguladora que le permite afrontar en primera persona y con efectos inmediatos situaciones percibidas como urgentes.

A todo lo expuesto debe añadirse una ulterior consideración de naturaleza fundamental que proyecta una influencia decisiva sobre la comprensión efectiva del sistema de gobierno en cuanto tal: los partidos políticos. Atendiendo a su consideración constitucional, según la cual «expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política» (artículo 6 CE), se erigen en actores principales y protagonistas esenciales del devenir de las instituciones en las que están presentes. La situación apuntada trae consigo la sustitución de la tradicional dialéctica Parlamento-Gobierno (operativa en la etapa del Estado liberal decimonónico) por otra diversa que, por un lado, identifica un bloque configurado por el Gobierno y su mayoría parlamentaria (de apoyo) y por otro, el conglomerado de fuerzas políticas con representación parlamentaria de carácter minoritario (sic, la oposición).

Esta última constatación se perfila como determinante factor explicativo de la profunda transformación que en la práctica ha experimentado el régimen de parlamentarismo racionalizado constitucionalmente diseñado. La aparición del binomio mayoría parlamentaria-Ejecutivo da lugar a un modelo de colaboración funcional entre poderes políticos, que aparece recogido en el Título V CE bajo la rúbrica «De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales», en el que la centralidad orgánica de estas últimas tiende a eclipsarse en beneficio del conglomerado político mayoritario. A pesar de lo afirmado, sin embargo, no puede perderse de vista que, a partir de 2015, el mapa de la representación política en sede parlamentaria ha experimentado un importante efecto de fragmentación como consecuencia de la incorporación de nuevas fuerzas políticas. Con ello, se produce un efecto de reforzamiento del pluralismo en la representación popular, lo que siempre debe valorarse positivamente desde una perspectiva democrática. No obstante, en la práctica, se constata que esta nueva situación va a generar un efecto de intensa y creciente polarización política, lo que plantea severas dificultades para armar la mayoría necesaria que sustente al Gobierno, tanto en el momento de la elección de su presidente, en la sesión de investidura, como en su posterior andadura.

2. Los mecanismos de control parlamentario sobre el Gobierno: sesión de investidura y moción de censura

Empezando por la sesión de investidura, ese mecanismo cuya función es recabar el apoyo mayoritario del Congreso de los diputados por parte del candidato que se postula a la presidencia del Gobierno, debe señalarse cómo, a partir de 2015, abandona el habitual terreno del automatismo en el que se hallaba instalado desde que entrara en vigor la Constitución, adquiriendo una novedosa dimensión de incertidumbre. A resultas de la fragmentación política ya reseñada, unida a la mutación experimentada en el espectro político del nacionalismo tanto catalán (que se torna independentista) como vasco (con el crecimiento experimentado por Bildu), aunque el tradicional bipartidismo persiste (si bien debilitado), se topa con serias dificultades para forjar la mayoría necesaria, resultando una tarea extraordinariamente compleja e, incluso, imposible. Buena prueba de ello son las dos legislaturas fallidas (la XI y la XIII), que condujeron a la repetición electoral ante la constatación de que ningún candidato estaba en condiciones de cumplir en el tiempo constitucionalmente previsto las exigencias relativas a la mayoría necesaria para superar la investidura.

El caso de la XI legislatura (que discurrió del 13 de enero al 19 de julio de 2016) resulta especialmente ilustrativo a ese respecto, dado que se produjo un hecho inédito hasta entonces: Mariano Rajoy declinó la propuesta formulada por el Monarca para asumir la condición de candidato a la presidencia del Gobierno en la sesión de investidura. Aduciendo que carecía de la mayoría necesaria, el rechazo manifestado por el líder del partido que había ganado las elecciones, provocó un impasse institucional que únicamente fue superado cuando Pedro Sánchez, a la sazón lider del Partido Socialista, mostró su disposición a enfrentarse a una sesión de investidura, aun a sabiendas de que su acuerdo con Ciudadanos no le permitiría superarla al no alcanzar la mayoría necesaria. Así sucedió, en efecto, y transcurridos los dos meses preceptivos desde la primera votación fijados por la Constitución hubo que repetir las elecciones. En esta ocasión, con unos resultados sustancialmente similares a los anteriores (con ligeras variantes), Mariano Rajoy sí que aceptó el encargo de Felipe VI y solo superó el examen ante la Cámara baja gracias a la abstención del grupo parlamentario socialista.

Por su parte, la situación concurrente en la XIII legislatura (cuya duración se extendió del 21 de mayo al 3 de diciembre de 2019) presenta un perfil propio distintivo. Tras haber ganado la moción de censura y haber formado Gobierno a principios de junio de 2018, Pedro Sánchez logró mantenerse en el poder, a pesar de no contar con una mayoría parlamentaria suficiente que avalase de modo estable sus iniciativas. Este déficit de fondo (la mayoría absoluta de la moción de censura se armó para expulsar a Mariano Rajoy y a su partido del Ejecutivo tras

la demoledora sentencia emitida por la Audiencia Nacional en el caso Gürtel) llegó a su cenit con el rechazo por el Congreso del proyecto de ley de presupuestos generales del Estado en febrero de 2019, lo que condujo a la disolución anticipada de las Cámaras y a la convocatoria de elecciones generales. Los resultados obtenidos exigían una vez más alcanzar acuerdos para la formación del Ejecutivo, algo que no se consiguió, con lo que España se vio abocada a una nueva reiteración de comicios. Con los resultados cosechados, el Partido Socialista se avino a suscribir un acuerdo con Unidas Podemos para conformar un gobierno de coalición, recabando, asimismo, el apoyo externo de otras fuerzas parlamentarias (los socios independentistas catalanes y vascos). Ahora bien, una vez constatado el respaldo en la investidura, la posterior andadura del Ejecutivo puso en evidencia que ese sustento inicial no aseguraba per se la estabilidad gubernamental a lo largo de la legislatura.

Un escenario similar volverá a perfilarse en la XIV legislatura. En efecto, los resultados arrojados por las elecciones generales celebradas el 23 de julio de 2023 crearon una situación políticamente muy compleja. Por un lado, el Partido Popular, que obtuvo el mayor número de escaños en el Congreso de los Diputados, demostró su incapacidad para forjar amplias alianzas, limitándose únicamente a recabar el apoyo de Vox. La insuficiencia de la mayoría derivada de tal alianza unida a la imposibilidad de alcanzar acuerdos con los independentistas catalanes no fue óbice para que, ante la voluntad manifestada por su líder, el señor Núñez Feijoo, este fuera propuesto por el Rey como candidato a la Presidencia del Gobierno. Tras el fracaso cosechado en la sesión de investidura, los esfuerzos del Partido Socialista por alcanzar acuerdos que permitieran a Pedro Sánchez superar con éxito la investidura se redoblaron. Movidos por esta finalidad prioritaria, el pacto con Sumar vio la luz de modo prácticamente inmediato, reeditándose la coalición de gobierno precedente. Un panorama diametralmente opuesto se constató en relación con los independentistas catalanes —Esquerra y, sobre todo, Junts—. Sin embargo, tras unas negociaciones plagadas de dificultades fue posible cerrar un acuerdo en el que la aprobación de una ley de amnistía se afirma como elemento central. Ahora bien, a pesar de la insistencia de los socialistas, afirmando la existencia de un «pacto de legislatura», sus socios periféricos dejaron muy claro que lo que se suscribió fue únicamente un «pacto de investidura».

Sobre la base de las apreciaciones expuestas, cobra fuerza el ya aludido efecto de escisión que se produce en la práctica entre la mayoría que se verifica en la investidura —que otorga legitimidad de origen al Gobierno— y la mayoría concurrente para sacar adelante su programa de acción política —que le confiere legitimidad de ejercicio—. Una escisión que, por lo demás, no limita sus efectos al ámbito de los socios «externos» del Gobierno, habiéndose detectado momentos de alta tensión también en el seno de las fuerzas políticas integrantes de la coali-

ción. Así sucedió con ciertas iniciativas legislativas gubernamentales dotadas de especial relevancia política en la agenda del Ejecutivo, tales como la vivienda, la garantía de los derechos de las personas LGTBI+ (de forma muy intensa en relación con las personas trans), la reforma de los delitos contra la libertad sexual (la denominada ley del sí es sí) o la regulación del maltrato animal cuya tramitación parlamentaria puso en evidencia la existencia en el seno de la coalición de importantes disensiones sobre cuál debía ser el enfoque regulador preferente. En todo caso, como contrapunto a la existencia de perspectivas políticas contrapuestas, el presidente del Gobierno logró imponer sus criterios, orientando efectivamente el contenido de la acción gubernamental en un sentido acorde con sus planteamientos y esquivando la ruptura de la coalición.

En la actual legislatura se han vuelto a constatar situaciones que vienen a confirmar la dinámica precedente, poniendo en evidencia la inexistencia de una mayoría predeterminada de apoyo al Ejecutivo. Entre otros ejemplos, el más elocuente nos sitúa ante la imposibilidad de sacar adelante la Ley de Presupuestos Generales del Estado. La extraordinaria dificultad concurrente para su aprobación, motivada fundamentalmente por el adelanto electoral en Cataluña decidido por el president Aragonés, llevó al Ejecutivo central a renunciar a la presentación del proyecto de ley presupuestaria ante la cámara baja. Esta decisión, por lo demás, suscitó las críticas de su socio Sumar, que mostró públicamente su discrepancia al respecto.

Tampoco ha escapado la moción de censura al influjo transformador que ha venido de la mano del nuevo ciclo político iniciado en 2015. Aplicando una consideración meramente cuantitativa se constata que, de las seis censuras llevadas a cabo desde la entrada en vigor de la Constitución, cuatro han tenido lugar después de tal año. En 2018, por lo demás, se produjo la única moción que, hasta ahora, ha salido adelante. A este respecto, conviene recordar que, en términos generales, la Constitución de 1978 pone en evidencia una decidida apuesta a favor de la estabilidad gubernamental, lo que se confirma sin ambages en la regulación que recibe la moción de censura, vinculando su éxito a la existencia de una mayoría absoluta de apoyo al candidato presentado. En función de tal exigencia, el que una moción de censura pueda triunfar requiere la concurrencia de situaciones políticas excepcionales. Tal razonamiento de fondo se constata teniendo presente que la única censura victoriosa (2018) vino a encuadrarse en el delicado escenario político derivado de la sentencia de la Audiencia Nacional, en la que se juzgaba la etapa inicial de la trama Gürtel (1999-2005) y que concluyó con la condena por corrupción a sus autores, así como al Partido Popular, considerado partícipe a título lucrativo. La extraordinaria gravedad del caso, cuyos efectos rebasaron el ámbito meramente personal de los condenados para proyectarse sobre la esfera institucional, actuó como

elemento catalizador determinante para el triunfo de la censura, aglutinando en torno al candidato Sánchez el apoyo de la mayoría absoluta del Congreso de los diputados.

Siguiendo adelante en el recorrido propuesto, es necesario aplicar una perspectiva cualitativa, llamando la atención sobre el hecho de que las dos últimas censuras presentadas, ambas por el grupo parlamentario de Vox (en 2020 y 2023), ponen de manifiesto una novedosa y desconocida vertiente finalista de tal instrumento. En efecto, todas las mociones de censura anteriores a 2018 persiguieron un objetivo prioritario más allá del (predecible) fracaso en sede parlamentaria. En la práctica, fueron activadas como un medio dotado de la máxima relevancia de cara a proyectar un programa alternativo de Gobierno ante la ciudadanía. La moción de censura, consecuentemente, se perfila como ocasión que permite al candidato anticipar sus propuestas de acción política. Pero no con la finalidad de conseguir el respaldo de la mayoría absoluta de los diputados sino, antes bien, del electorado que concurrirá a una futura contienda electoral. Esta clave explicativa, como decimos, se quiebra en la XIV Legislatura con las censuras planteadas por el grupo parlamentario de Vox. El elemento a destacar en estos casos es que su desarrollo ha puesto en evidencia como principal virtualidad operativa no tanto la de ser un instrumento para cuestionar la acción del gobierno mediante la presentación de un programa propio, sino sobre todo para desplegar una estrategia parlamentaria cuya orientación preferente es erosionar al principal partido de la oposición y a su líder. En tanto que directo competidor electoral en el ámbito conservador, estas mociones de censura han centrado su discurso de modo prioritario y evidente en marcar diferencias programáticas y de acción política frente a aquellos. La segunda de las mociones ha venido acompañada, por lo demás, de una circunstancia hasta ahora inédita, ya que el candidato propuesto no es, como en la ocasión anterior, el líder de Vox sino Ramón Tamames, una persona ajena a dicha fuerza política y sin conexión ideológica con la misma.

3. El ejercicio de la potestad legislativa: el neto protagonismo del Ejecutivo frente a las Cámaras

Una mirada a los índices de producción normativa de las Cortes Generales desde la entrada en vigor de la Constitución arroja dos resultados especialmente significativos: por un lado, la tendencia fuertemente arraigada que sitúa nuevamente al binomio Gobierno-mayoría parlamentaria en el centro de los procedimientos legislativos, confiriéndoles un rol preponderante no solo en el punto final (cuando la aritmética se impone), sino también en todas sus fases de desarrollo. Por otro, la importancia asumida por el decreto-ley, en tanto que

destacada fuente del derecho en nuestro ordenamiento jurídico. El entendimiento eminentemente laxo que el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo de su presupuesto habilitante —circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad—, unido al débil control político realizado por el Congreso de los diputados en el trámite de convalidación se configuran como fundamentales causas explicativas de esta situación. También, cómo no, la voluntad de los Gobiernos de recurrir a un instrumento regulador cuyo contenido inicial es definido unilateralmente por el Ejecutivo, que entra en vigor con carácter inmediato (desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado) y que, por lo tanto, permite activar respuestas normativas inicialmente al margen de los trámites parlamentarios. Ciertamente, esa normativa es provisional y su incorporación definitiva al ordenamiento jurídico depende de que, en un plazo máximo de 30 días, sea convalidada o derogada por la Cámara baja. Pero, aun así, las ventajas que ofrece esta fuente del derecho están fuera de duda. De hecho, el recurso al decreto-ley se identifica con Gobiernos dotados de una sólida mayoría parlamentaria: es el caso de la X legislatura (2011-2016) en la que la gestión de la grave crisis económica y financiera concurrente se llevó a cabo mediante este instrumento normativo, a pesar de que el Ejecutivo presidido por Mariano Rajoy contaba con mayoría absoluta en el Congreso. También, con aquellos otros que se encuentran en una situación de precariedad aritmética en sede parlamentaria.

Centrando el foco de atención en la perspectiva de la gobernanza y concentrándolo en el pasado inmediato, la XIV legislatura muestra una serie de rasgos diferenciales merecedores de atención específica. Así, por lo que se refiere a los procedimientos legislativos ante las Cámaras, se constata que el Ejecutivo, a pesar de las dificultades tantas veces aludidas, ha hecho gala de una destacada aptitud para sacar adelante iniciativas cruciales para el desarrollo de su programa. Así ha sido porque ha obtenidos el apoyo necesario por parte de distintos actores parlamentarios, entre los que no se han contado siempre y en todo caso sus socios de investidura.

Esta inicial conclusión favorable, sin embargo, no puede pasar por alto, desde la perspectiva de la gobernanza, la concurrencia de un contexto general en el que la aguda confrontación entre los dos partidos mayoritarios ha generado una dinámica de bloqueo e incomunicación que, a la postre, ha impedido llegar a acuerdos sobre temas dotados de indudable relevancia. Unos temas que requieren ser debatidos en profundidad en sede parlamentaria y cuya adopción exige contar con el respaldo de mayorías cualificadas. La no renovación del Consejo General del Poder Judicial, con el mandato caducado desde finales de 2018 (esto es, un período superior al mandato ordinario de cinco años), es un ejemplo paradigmático de la patología política existente, brindando la oportunidad de analizar cuál ha sido la gestión que, en vía legislativa, se ha llevado a cabo. Ante la recalcitran-

te actitud obstruccionista señalada, el bloque de la mayoría puso en marcha distintas iniciativas, proponiendo la reducción de las mayorías necesarias para la elección parlamentaria de los 12 vocales del Consejo de procedencia judicial. Tales intentos resultaron fallidos y, entre las diversas causas que operaron en su contra, destaca especialmente la procedente de la Comisión Europea, señalando su falta de ajuste con los estándares acuñados en dicho ámbito y recordando que (amparándose en lo exigido por la Comisión de Venecia) la reforma de los consejos judiciales no puede hacerse de espaldas a sus destinatarios, los jueces, y sin haberles proporcionado la oportunidad de pronunciarse sobre la misma.

Por otra parte, y volviendo a la arena parlamentaria, también suscitan serias reservas, en clave de calidad normativa y coherencia de los textos legislativos, los cauces utilizados para formalizar tales iniciativas, habiéndose presentado ante el Congreso como proposiciones de ley avaladas por los grupos parlamentarios que sustentan el Gobierno de coalición o incluso como enmiendas incorporadas de modo sobrevenido a la tramitación de iniciativas legislativas ya en curso que versaban sobre cuestiones ajenas. Así sucedió con ocasión de la tramitación en la Cámara baja del proyecto de Ley Orgánica mediante la que se llevaba a cabo la transposición de una serie de directivas europeas incardinadas en el ámbito penal, así como de modificación de determinados delitos. En el curso de la misma, los grupos socialista y de Unidas Podemos presentaron enmiendas para modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en lo relativo al sistema de elección de vocales judiciales del Consejo General del Poder Judicial, así como para introducir reformas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

Estas estrategias ponen de manifiesto, en el primero de los supuestos —recurrir a sus grupos parlamentarios para que presenten bajo la forma de proposiciones de ley iniciativas procedentes, en puridad, del Ejecutivo—, una criticable voluntad gubernamental de eludir la asunción en primera persona de sus diseños normativos. Asimismo, con el recurso a esta vía se consigue esquivar el desarrollo de los preceptivos (aunque no vinculantes) controles técnicos que corresponden a las instancias legalmente habilitadas (Consejo de Estado y Consejo General del Poder Judicial) en relación con los proyectos de ley. Y por lo que a la segunda de las prácticas aludidas —aprovechar la tramitación de una ley para proponer enmiendas intrusas, esto es, que no guardan relación con el objeto de aquella—, pone en evidencia el escaso respeto por preservar la homogeneidad material de las normas en curso de elaboración, contribuyendo a la extensión del reprobable fenómeno de las denominadas leyes ómnibus. El caso referido, por lo demás, presenta una especial relevancia, puesto que las enmiendas propuestas dieron lugar a un grave conflicto institucional, ya que tras ser impugnada mediante recurso de amparo ante el TC su admisión a trámite por diputados de la oposición, aduciendo la vulneración de su derecho fundamental como represen-

tantes populares, aquel concedió las medidas cautelarísimas solicitadas y acordó la suspensión de su tramitación, aunque no en la Cámara baja, dado que el procedimiento ya había concluido, sino en el Senado, donde todavía estaban pendientes de discusión y no pudieron ser discutidas (ATC 177/2022, de 19 de diciembre, acompañado de cinco votos particulares). Pero más allá de este concreto supuesto, ciertamente excepcional, la impronta general que domina la XIV legislatura nos sitúa ante un contexto en el que la dinámica deliberativa que, en teoría, debe caracterizar la discusión parlamentaria y que se orienta a la confrontación y discusión de ideas que conduce a la plasmación de la voluntad general, ha dado paso a una situación en la que el elemento predominante es la autoafirmación del propio discurso político y la descalificación de los otros.

Pasando a continuación a los decretos-leyes, nos topamos con que el recurso a la potestad legislativa de urgencia por parte del Ejecutivo ha sido cuantitativamente muy alto durante la XIV legislatura. Los datos son los siguientes: en 2020, año marcado por la excepcional crisis generada por la pandemia de coronavirus, fueron aprobados 39 decretos-leyes y 14 leyes (3 orgánicas y 11 ordinarias). En 2021, todavía bajo el azote del Covid-19, el balance roza la paridad internormativa, con 33 leyes (11 orgánicas y 22 ordinarias) y 32 decretos-leyes. El año 2022, por el contrario, marca un punto de inflexión que inclina la balanza a favor de las leyes, 54 (15 orgánicas y 39 ordinarias) frente a un total de 20 decretos-leyes. En 2023, hasta la disolución anticipada de las Cámaras a finales de mayo, se aprecia una tendencia similar a la del año anterior, puesto que verán la luz 17 leyes (4 orgánicas y 13 ordinarias) mientras que el número de decretos-leyes se reduce a 5 (el último se aprueba el 28 de junio).

Obtener la imagen precisa sobre el panorama real de la producción normativa de la XIV legislatura exige, sin embargo, un análisis cualitativo que tome en consideración cuál ha sido la actitud del Congreso de los Diputados ante los decretos-leyes, tanto en lo referido a su convalidación como, sobre todo, por lo que a su conversión en ley respecta. Esta perspectiva centrada en la dialéctica convalidación-conversión nos sitúa en un cauce analítico mediante el que se confirma de un modo particularmente significativo esa situación —tantas veces aludida— de precariedad parlamentaria en la que se encontró el Gobierno para alcanzar las mayorías necesarias en sede parlamentaria. En efecto, a pesar de que la tasa de éxito gubernamental roza el pleno absoluto, puesto que de los 96 decretos-leyes remitidos a la cámara baja a lo largo de la legislatura tan solo 1 (el Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales) no superó el trámite de la convalidación, tal conclusión resulta incompleta. Basamos tal aseveración en el hecho de que la referencia cuantitativa ignora las circunstancias políticas en las que se enmarcan dichas cifras: estas apuntan a que una buena parte de las convalidaciones

de los decretos-leyes se va a lograr a cambio de que el Gobierno esté dispuesto a abrir el trámite de conversión en ley reclamado por determinadas fuerzas en el Congreso, cuyo concurso resulta imprescindible para esquivar la derogación. De este modo, la mayoría surge sobre la base de un compromiso político entre el Ejecutivo y sus socios (dependiendo de los casos serán unos u otros) en virtud del cual la norma gubernamental se convalida con la finalidad de que ésta opere como una suerte de proyecto de ley ya en vigor, abierto a la incorporación de enmiendas tanto en el Congreso como en el Senado.

Volviendo nuevamente a los datos, si aplicamos la clave de análisis aludida, emerge el siguiente panorama: en 2020, 1 decreto-ley fue derogado y los 38 restantes superaron el trámite de convalidación. De entre estos, se acordó la conversión en ley de 26 (el 68,4 %). En 2021, sobre un total de 32 decretos-leyes convalidados, fueron «solo» 15 los que iniciaron el trámite de conversión (el porcentaje desciende al 42,8 %). En 2022, la tendencia a la baja se acentúa, ya que siendo 30 los decretos-leyes ratificados por el Congreso la conversión se puso en marcha en relación con 9 (el 30 %). Con el final adelantado de la legislatura, en 2023, se acordó la conversión en ley de 2 de los 3 decretos convalidados. Como se aprecia, el inicio de la andadura gubernamental, precisamente coincidente con la eclosión de la pandemia, resultó especialmente arduo en términos de adhesión parlamentaria, puesto que es en 2020 cuando el índice de conversión es más alto. Con el avance de la legislatura y la progresiva recuperación de la normalidad se percibe un asentamiento de la mayoría que va a reflejarse en el decrecimiento paulatino del porcentaje de conversiones.

Una cuestión relacionada con lo expuesto remite nuestra atención hacia cuál ha sido el desarrollo efectivo de la tramitación parlamentaria de los decretos-leyes con respecto a los que se ha acordado su conversión. Teniendo en cuenta que esta debe llevarse a cabo acudiendo al procedimiento de urgencia, según dispone la Constitución y reiteran los reglamentos de las Cámaras, su conclusión debería llevarse a cabo y finalizar en un tiempo necesariamente más breve que el requerido por el trámite ordinario. La realidad, no obstante, desdice tal premisa. Ello es así como consecuencia de la extendida práctica obstruccionista existente en el Congreso con respecto a la tramitación legislativa, cuyo radio de acción supera el ámbito de la conversión en ley de los decretos-leyes, proyectándose también sobre la tramitación de otras iniciativas legislativas. Dicha práctica consiste en la aprobación de sucesivas y reiteradas prórrogas del plazo de presentación de enmiendas por parte de la Mesa. Actuando de esta manera, la activación efectiva del debate se dilata en el tiempo, trayendo como consecuencia el paulatino retraso en su tramitación. La constatación de esta irregular práctica dilatoria queda claramente de manifiesto a la luz de los procedimientos de conversión inconclusos al término de la XIV legislatura: del total de 62 iniciados llegaron a término solo 27

(esto es, menos de la mitad), habiendo quedo 25 pendientes de tramitación. Consecuentemente, se produce el curioso efecto de que normas ya vigentes, por estar recogidas en decretos-leyes previamente convalidados, que fueron ratificadas bajo la condición de poder modificarlas en el trámite de su conversión en ley se mantienen inalteradas al no haberse activado el referido procedimiento.

Trasladando el foco de atención hacia otro ámbito normativo, una mención especial merece en el presente apartado la comprensión efectiva que en la práctica reciente ha mostrado la facultad de veto presupuestario constitucionalmente atribuida al Ejecutivo. En relación con la misma resulta obligada la referencia a la particular situación planteada durante la XII legislatura (2016-2019), teniendo en cuenta el abuso que de la misma llevó a cabo el Gobierno presidido por Mariano Rajoy, utilizándola no solo en relación a enmiendas planteadas en relación con la ley de presupuestos vigentes (lo que está cubierto por la previsión constitucional del artículo 134.6), sino también frente a propuestas que se estimaba proyectaban sus efectos pro futuro. Razonaba el Ejecutivo en relación con las mismas que, de ser aprobadas, incidirían en ejercicios presupuestarios posteriores, lo que produciría la merma de la capacidad gubernamental a la hora de acometer, llegado el momento, el diseño de las cuentas públicas. Este modo de proceder suscitó serias dudas de constitucionalidad, lo que culminó —ante su recurrente utilización— con el rechazo en dos ocasiones por parte de la Mesa del Congreso del veto formulado por el Gobierno. Este, por su parte, reaccionó planteando conflicto de atribuciones ante el Tribunal Constitucional. En su respuesta, el máximo intérprete de la Constitución (STC 34/2018) desautorizó abiertamente el espurio entendimiento del poder de veto avalado por el Ejecutivo, señalando que la Norma Suprema circunscribe su ejercicio a los Presupuestos vigentes, no a los venideros. La idea fuerza sobre la que el TC basa su razonamiento es la necesidad de vincular el veto de las propuestas parlamentarias de enmienda con una «incidencia real y efectiva» sobre la ley presupuestaria en vigor. Esta exigencia, por lo demás, se traduce en el deber del Gobierno de motivar qué concretos créditos quedan afectados directamente por dichas iniciativas. Asimismo, se atribuye a la Mesa la facultad para pronunciarse sobre el carácter «manifiestamente» infundado del parecer emitido por el Ejecutivo, legitimando en tal caso el rechazo del veto acordado. La referencia a este último supuesto resulta esencial, ya que marca un significativo hito a favor de la posición institucional de las Cortes Generales, circunscribiendo el protagonismo atribuido al Gobierno en materia presupuestaria dentro del radio de acción constitucionalmente previsto y preservando, consecuentemente, el margen de actuación correspondiente a las Cámaras. De este modo, se establece un importante dique de contención a la indebida extensión de la preponderancia gubernamental en detrimento de la parlamentaria en un área tan sensible como es la presupuestaria.

4. Reflexiones conclusivas

Al hilo de las consideraciones expuestas a lo largo de este trabajo se desprende sin dificultad que la forma de gobierno diseñada por la Constitución ha experimentado una significativa transformación práctica, mostrando importantes novedades sobre todo a partir de 2015. El modelo de parlamentarismo racionalizado establecido, de este modo, se muestra cada vez más alejado de su configuración normativa. Según ha quedado de manifiesto, instrumentos medulares para la arquitectura institucional del sistema, como la sesión de investidura o la moción de censura han incorporado importantes elementos hasta entonces inéditos, que generan significativas distorsiones en la práctica. Ejemplo paradigmático en este sentido es la situación de parálisis institucional creada en 2015 cuando Mariano Rajoy, líder de la fuerza política que había ganado las elecciones, rechazó aceptar el encargo del Rey para presentarse como candidato a la presidencia del Gobierno en la sesión de investidura, por no contar con mayoría suficiente. Asimismo, ha quedado de manifiesto cómo las dos últimas mociones de censura planteadas (ambas por el grupo parlamentario de Vox) no se han ajustado a la pauta aplicativa precedente, esto es, mostrar a la ciudadanía un proyecto político alternativo al Ejecutivo. Muy al contrario, su objeto preferente ha sido marcar distancias frente al principal partido de la oposición, poniendo de manifiesto las diferencias frente al mismo. La disputa por la hegemonía en el espacio ideológico que se comparte frente al electorado conservador se erige en elemento central de la censura, desplazando la crítica al Gobierno y la intención de sustituirlo a un innegable segundo plano. De este modo, la censura experimenta un intenso efecto no solo de desvirtuación teórica sino, asimismo, de banalización práctica que merece ser abiertamente criticado.

Por su parte, la preeminencia del Ejecutivo, derivada de su condición de motor político del sistema por voluntad constitucional, se confirma netamente gracias al rol protagonista que, de forma continuada, asume en los procesos de creación normativa. Una circunstancia a reseñar en este sentido es que, en clave de gobernanza, la interacción entre los actores institucionales, vehiculada a través del binomio Gobierno-mayoría parlamentaria *versus* oposición, arroja un balance muy pobre. Y es que el incremento sustancial del pluralismo político representado en las Cámaras a partir de 2015 no ha venido acompañado de un paralelo reforzamiento de la institución parlamentaria frente al Ejecutivo. Las propuestas legislativas salen adelante, ciertamente, pero la situación de creciente polarización que domina el contexto parlamentario se erige en un importante obstáculo de cara a tejer dinámicas de entendimiento que permitan lograr acuerdos. En tales circunstancias, destaca la ausencia de un necesario terreno de convergencia en torno a asuntos de interés general, cuya regulación va más allá de los concretos

intereses partidistas. Cuestiones tan trascendentales como la reforma laboral o los fondos europeos de recuperación, transformación y resiliencia formalizados en Reales Decretos-leyes, solo superaron el trámite de la convalidación en el Congreso gracias a los errores cometidos por la oposición: en el primer caso, por un diputado del grupo popular y, en el segundo, por la equivocación en la que se incurrió por parte de Vox. Consecuentemente, el devenir parlamentario tiende a discurrir a través de narrativas paralelas y rechazos recíprocos, en el que el debate constructivo queda desplazado a un ámbito eminentemente marginal. Todo ello en detrimento del rol institucional que la Constitución atribuye a las Cortes Generales, las cuales quedan en una posición de debilidad frente al Gobierno.

En el ámbito del ejercicio de la potestad gubernamental de urgencia, como se ha expuesto, la novedad detectada no viene de la mano del abundante caudal de decretos-leyes aprobados, ya que esto es algo consustancial a nuestro sistema institucional desde la entrada en vigor de la Constitución. Vivimos en una suerte de urgencia infinita a la que no se sustrae ningún Gobierno. El principal hecho diferencial constatado en tiempos recientes es el incremento exponencial que en el curso de la XIV legislatura experimenta el procedimiento de conversión en ley. Esta circunstancia se justifica en el contexto de la necesidad del Gobierno de coalición de esquivar la derogación de lo previamente aprobado, operando como contraprestación que garantiza la mayoría necesaria para la convalidación. Pero, más allá de cuál sea su justificación específica, el recurso a la tramitación como ley de los decretos-leyes, en teoría, está llamada a actuar como una vía de potenciación de las Cámaras que, de esta forma, recuperan el protagonismo perdido. Porque, como es sabido, con la convalidación no solo se pronuncia el Congreso de los diputados, sino que, además, este limita su actuación a aceptar o rechazar en bloque el contenido de la norma aprobada por el Gobierno. Con la conversión, por el contrario, se abre la puerta a la incorporación de enmiendas y, asimismo, a la intervención del Senado. No obstante, la práctica concurrente nos remite a un panorama muy alejado del planteamiento expuesto, dada la capacidad demostrada por el Ejecutivo para neutralizar en sede parlamentaria (a través de su mayoría en la Mesa del Congreso) la activación de los procedimientos de conversión de normas de urgencia. De esta forma, aunque sobre el papel y en términos cuantitativos resulta indudable el aumento que experimenta el protagonismo parlamentario en relación con la legislación gubernamental de urgencia, de hecho, tal impresión se eclipsa, revelándose inexacta. Nuevamente, el bloque Gobierno/mayoría parlamentaria logra imponerse frente a la oposición, generando un contexto en el que el rol institucional atribuido a las Cámaras tiende a desdibujarse, ubicándose en un terreno predominantemente secundario.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL, HACIA UN REPLANTEAMIENTO DE SUS RESPECTIVAS FUNCIONES[1]

Maribel González Pascual
Profesora agregada de Derecho Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra

1. Funciones en exclusiva y funciones compartidas de la justicia constitucional

La competencia que caracteriza y define a la justicia constitucional es garantizar que las normas con rango de ley son compatibles con nuestra Constitución. El Tribunal Constitucional es, ante todo, un legislador negativo. Ahora bien, la justicia constitucional ha asumido otras funciones centrales para nuestro sistema constitucional. De una parte, el Tribunal Constitucional es el árbitro tanto en los conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, como entre órganos constitucionales. De otra parte, es el garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo. Sin embargo, con la salvedad de los conflictos entre órganos constitucionales, la justicia constitucional está llamada a compartir protagonismo con la jurisdicción ordinaria en aquellos supuestos en los que no se cuestiona la constitucionalidad de una norma con rango de ley.

De hecho, transcurridos casi 45 años desde que la Constitución entró en vigor nuestros jueces y magistrados conocen, y aplican, la jurisprudencia de los derechos fundamentales, tanto la del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, el número de supuestos en los que en 2022 el Tribunal Constitucional concedió el amparo porque el poder judicial «desconoció» el derecho fundamental (la llamada «eventual negativa al acatamiento de doctrina constitucional por resoluciones judiciales») fue de 22 sobre un total de 158 sentencias en recursos de amparo[2].

[1] Publicación realizada en el marco del proyecto «La Constitución como instrumento de integración de la sociedad y el sistema político». Referencia PID2020-117503GB-I00

[2] Todos los datos se han extraído de las memorias del Tribunal Constitucional publicadas en su web.

En cuanto al reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, es necesario destacar el desarrollo de nuestro Estado autonómico. Han pasado ya casi veinte años de las últimas grandes reformas de los Estatutos de Autonomía, que marcaron gran parte del contenido y camino para las reformas más recientes, tenemos una exhaustiva, incluso excesiva, jurisprudencia, más de cuarenta años de actividad de las instituciones de las diecisiete Comunidades Autónomas y las principales leyes orgánicas que afectan al modelo autonómico están plenamente desarrolladas. En definitiva, el despliegue del Estado Autonómico es innegable, por tanto, sus bases deberían estar claras en este momento, cuando menos las claves de nuestro sistema competencial. No solo porque la jurisprudencia al respecto ha sido exhaustiva, sino porque los sistemas de competencias no pueden estar continuamente sometidos a la decisión de la jurisdicción, sea constitucional u ordinaria. Sin embargo, el papel del Tribunal Constitucional sigue siendo demasiado central tanto respecto del recurso de amparo, como respecto de las controversias competenciales. Las siguientes líneas se dedicarán a señalar los problemas que este protagonismo del Tribunal Constitucional puede provocar, así como a las posibles soluciones que podría aportar el poder judicial.

2. El excesivo «éxito» del recurso de amparo constitucional

Resulta una afirmación recurrente entre los expertos en derecho constitucional que el recurso de amparo ha desbordado la jurisdicción constitucional. De hecho, mediante la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo se reformó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para asegurar que la jurisdicción ordinaria se convirtiera en la jurisdicción principal de derechos fundamentales y disminuir el número de asuntos ingresados en el Tribunal Constitucional. La llamada objetivación del recurso de amparo debía permitir que la jurisdicción ordinaria resolviera de manera no solo preferente sino definitiva el grueso de las violaciones de derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional se limitaría, por tanto, a aquellos supuestos en los que su intervención fuera imprescindible para la recta aplicación de la Constitución, supuestos que el Tribunal Constitucional enumeró en la conocida sentencia 155/2009, de 25 de junio.

Esta reforma, que seguía el camino de otros países de nuestro entorno, como la República Federal Alemana, debía conseguir no solo descargar al Tribunal Constitucional de trabajo sino, ante todo, que las personas cuyos derechos fundamentales fueran vulnerados recibieran con celeridad una respuesta definitiva a sus pretensiones. Sin embargo, los datos demuestran que el objetivo marcado por la reforma de 2007 no se consiguió plenamente.

Ciertamente, el número de recursos de amparo presentados ante el Tribunal Constitucional descendió en un primer momento, llegando a reducirse hasta en un 35 % la interposición de recursos de amparo una vez la reforma comenzó a desplegar sus efectos, a partir de 2010 (Padrós Reig, 2019: 314). Sin embargo, en la actualidad, el número de recursos de amparo ingresados es enorme, a pesar de que la tasa de admisibilidad de estos recursos es particularmente baja. Así, en 2022 ingresaron 8528 recursos de amparo, quedando 6312 pendientes de admisión. El Tribunal Constitucional resolvió 7189 recursos de amparo, pero 6788 casos se resolvieron mediante providencia de inadmisión Frente a estos datos tan solo ingresaron 36 recursos de inconstitucionalidad y 27 cuestiones de inconstitucionalidad en 2022. De hecho, al finalizar 2022 se encontraban admitidos a trámite para dictar sentencia del Pleno 120 procesos: 44 recursos de amparo previamente avocados; 63 recursos de inconstitucionalidad; 12 cuestiones de inconstitucionalidad y un conflicto positivo de competencia. En las salas se hallaban pendientes de sentencia 207 recursos de amparo.

Estos datos reflejan que el recurso de amparo, en concreto su inadmisión, concentra la mayor parte del trabajo del Tribunal Constitucional. Además, el número de recursos de amparo ingresados muestra una tendencia creciente al haber pasado de 6977 en 2018 a 8591 en 2022. En este marco sube la acumulación de otros procesos; si en 2018 había 36 recursos de inconstitucionalidad pendientes de sentencia, en 2022 quedaron 63 recursos de inconstitucionalidad pendientes de sentencia.

Resulta, por ello, comprensible la preocupación compartida por la doctrina respecto del encaje del recurso de amparo, ya que drena muchos esfuerzos con resultados escasos. En definitiva, no parece tener mucho sentido que el Tribunal Constitucional y otros profesionales de la justicia, como abogados y procuradores, dediquen tantos esfuerzos a asuntos que fracasan. Enfrentados con el reto de proponer soluciones, es sensato exponer primero los elementos que más concurren en los recursos de amparo que se presentan ante el Tribunal Constitucional.

1. En el 82,04 % de los supuestos, el derecho fundamental alegado es la tutela judicial efectiva.
2. El 53,79 % de los asuntos procede de la jurisdicción penal
3. En el 60,7 % de los asuntos el Tribunal Supremo fue el órgano que dictó la última resolución
4. Los principales motivos de inadmisión fueron:
   — Insuficiente justificación de la trascendencia constitucional: 44, 29 %
   — Falta de especial trascendencia constitucional: 22, 67 %
   — Falta de agotamiento de la vía judicial previa: 11 %
   — Falta de justificación de la especial trascendencia constitucional: 8,57 %

— Falta de subsanación de defectos procesales: 7,8 %
— Extemporaneidad del recurso 3,87 %

Estos datos son clave para proponer soluciones. De ellos se deduce que la especial trascendencia constitucional debe ser mejor comprendida y asumida por los operadores jurídicos, que debe reforzarse la articulación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, que debemos preguntarnos por qué la jurisdicción penal supone más de la mitad de los pasos, por qué tras la sentencia del Tribunal Supremo aún se considera necesario acudir ante el Tribunal Constitucional y si sería preciso revisar el alcance del Artículo 24 CE en la jurisprudencia constitucional. De hecho, estos datos no son nuevos y se han tenido en cuenta en los remedios que, a lo largo de los años, se han ido ensayando: como el reciente plan de choque del Tribunal Constitucional, la explicitación de la especial trascendencia constitucional y el incidente de nulidad de actuaciones.

a) La especial trascendencia constitucional: ¿poco entendida o poco explicada?

Recientemente el Tribunal Constitucional ha intentado agilizar la tramitación en sede constitucional del recurso de amparo, y reducir el número de asuntos ingresados insistiendo particularmente en el requisito de la especial trascendencia constitucional. Con este objetivo, el pasado 15 de marzo de 2023 fue aprobado por el Pleno del Tribunal Constitucional un plan de choque que regula la presentación de la demanda a través de la sede electrónica del Tribunal Constitucional.

Posiblemente la principal novedad de este acuerdo es que exige la cumplimentación de un formulario que permite a los recurrentes exponer con claridad y precisión las lesiones de derechos fundamentales, la especial trascendencia constitucional del asunto y el modo en el que se ha producido el agotamiento de la vía judicial previa. El Tribunal Constitucional aclara que este formulario 'online' no aspira a sustituir a la demanda de amparo, sino a facilitar que los recurrentes no incurran en defectos a la hora de redactarla, así como ayudar al intérprete de la Constitución a identificar los aspectos esenciales del recurso. Este formulario podría paliar los problemas apuntados si permitiera que los abogados se percatasen de la necesidad de justificar la especial trascendencia constitucional. Paralelamente, el formulario puede facilitar que el Tribunal Constitucional se dé cuenta con mayor celeridad de carencias graves de la demanda (como la no justificación de la especial trascendencia constitucional o posibles defectos procesales).

Aún es pronto para valorar su funcionamiento pero, aunque pueda reducir el problema, cabe cuestionar que vaya a resolver la situación. De hecho, el formulario no garantiza una correcta alegación de la especial trascendencia constitucional, sino que se alegue. Por tanto, podría producirse una reducción de los casos de falta alegación de la especial trascendencia constitucional, a cambio de un aumento de casos de inadecuada alegación especial trascendencia constitucional. Es necesario enfatizar que el formulario ni puede ni debe sustituir a la demanda. En los casos en que la especial trascendencia constitucional ha sido alegada y justificada, no cabría aceptar que se inadmitiera la demanda porque el formulario no fuera del todo convincente. En los supuestos de alegación imprecisa o dudosa de la especial trascendencia constitucional, cabe esperar que se entre a analizar la demanda de amparo.

El acuerdo expresamente establece que, basándose en el contenido del formulario el Tribunal Constitucional, se puede descartar «la concurrencia de la lesión constitucional, de la especial trascendencia constitucional del recurso o el debido agotamiento de la vía judicial previa». Ahora bien, siendo que los requisitos del formulario no coinciden con los de la demanda, y que la inadmisión afecta a la demanda, solo aquellas carencias más palmarias (como no alegar la vulneración de la lesión), podrían ser base suficiente para rechazar una demanda de amparo con base en un formulario. De ahí que, si se aplica correctamente, sus efectos tengan que ser necesariamente limitados.

En este sentido, una de las críticas que se ha hecho a este acuerdo es que supone una carga para el recurrente, que debe rellenar el formulario y la demanda, con requisitos de extensión distintos. Además, el acuerdo parte de la premisa de que el ingente número de recursos ingresados e inadmitidos trae causa de la incorrecta comprensión por parte de los abogados de los requisitos para interponer recurso de amparo (Díaz Revorio, 2023), pero quizá sea una explicación demasiado sencilla que solo tiene en cuenta la perspectiva del Tribunal Constitucional.

De hecho, se ha llegado a apuntar que el elevadísimo número de recursos de amparo provenientes de la jurisdicción penal traería causa de que quienes lo interponen son abogados del sistema de justicia gratuita (Padrós Reig, 2019: 324). Al respecto, es necesario comenzar recordando que el derecho penal es particularmente sensible desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Por ello, parece lógico que haya un mayor número de alegaciones de violaciones de derechos fundamentales en la jurisdicción penal. Ello no obsta para que se deba reforzar la formación constitucional de los operadores jurídicos, insistiendo en la jurisdiccional penal. No en vano, en el 44% de los casos el Tribunal Constitucional desestima la demanda de amparo porque la especial trascendencia constitucional se justifica mal. En otros términos, no es que el abogado se olvide de alegarla,

sino que el Tribunal Constitucional no comparte su criterio respecto de la trascendencia constitucional del asunto.

En este punto cabría preguntarse no solo si la abogacía podría mejorar su compresión del recurso de amparo, sino si el Tribunal Constitucional no podría explicarla más y mejor. En otros términos, el plan de choque asume que no se entiende bien cómo se debe plantear un recurso de amparo. Ahora bien, si transcurridos casi veinte años desde la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los operadores jurídicos siguen sin entender la especial trascendencia constitucional quizá no se haya explicado bien. Obviamente siempre cabe reforzar la formación del conjunto de los operadores jurídicos, pero también parece inevitable revisar cómo se están explicando los requisitos del recurso de amparo por la justicia constitucional.

De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llamó la atención sobre la escasa claridad definición de la especial trascendencia constitucional por parte de nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia Arribas Antón, de 20 de enero de 2015, ya que «el principio de seguridad jurídica exige, por una parte, que el Tribunal Constitucional defina el contenido y el alcance del criterio de especial trascendencia constitucional [.] y por otra parte que explicite su aplicación en los asuntos declarados admisibles con el fin de garantizar una buena administración de justicia». Tras esta sentencia el Presidente del Tribunal Constitucional afirmó, en la presentación de la memoria de 2014, que la causa de especial transcendencia constitucional debía expresarse en las providencias de admisión y que la referencia a esta última se contendría en los antecedentes de hecho de la sentencia.

Ciertamente en la mayoría de los casos el Tribunal Constitucional, en ocasiones citando expresamente el caso Arribas Antón, recoge en la sentencia el motivo por el que se admitió el recurso de amparo[3]. Ahora bien, aunque explicite el motivo de admisión no lo explica. Así, habitualmente el Tribunal Constitucional se limita a reiterar en los antecedentes la causa de especial trascendencia que recoge la providencia de admisión, y la reconduce a alguno de los supuestos de la sentencia 155/2009, pero sin desarrollo alguno. Esta práctica es particularmente relevante si tenemos en cuenta la elevada indefinición del requisito de especial trascendencia constitucional de un asunto. Indefinición causada en gran medida por el elevado grado de subjetividad del propio Tribunal Constitucional a la hora de concretar este criterio (Montesinos Padilla, 2023). Evidentemente, si un requisito de admisión de la demanda está abierto a una amplia y dúctil interpretación no disuade a los operadores jurídicos. En definitiva, la tasa de inadmisión

[3] Si bien no siempre se han seguido por el Tribunal Constitucional los oportunos consejos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Hernández Ramos, 2016)

puede ser elevadísima con base en el criterio de especial trascendencia constitucional, pero si los operadores jurídicos tienen alguna expectativa de que su asunto puede prosperar, interpondrán recurso de amparo.

Aún más problemático es que la especial trascendencia constitucional haya acabado convirtiéndose en el criterio más relevante, siendo un mecanismo para reducir el número de recursos de amparo admitidos, que el Tribunal Constitucional solo se plantee si concurre la especial transcendencia constitucional que ha sido expresamente alegada o, incluso, que no entre a examinar si hay lesión del derecho fundamental una vez desestima el caso por falta de trascendencia constitucional (Tenorio Sánchez, 2018: 719).

b) La nula aportación del incidente de nulidad de actuaciones

La ya citada Ley Orgánica 6/2007 reformó el Artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para que el incidente de nulidad de actuaciones actuara como contrapartida a la objetivación del recurso de amparo. El objetivo era que la jurisdicción ordinaria resolviera la mayor parte de los casos relativos a la violación de los derechos fundamentales, sin que se resintiera su protección. En otros términos, el incidente de nulidad de actuaciones debía descargar de trabajo al Tribunal Constitucional, a la par que garantizar los derechos en la vía ordinaria.

Sin embargo, el incidente de nulidad de actuaciones se ha mostrado poco funcional; se interpone contra menos del 1 % de las sentencias y se estima poco más del 3 % (Padrós Reig, 2019: 341). Aún más, incluso puede convertirse en un obstáculo que cierre de manera cuestionable la posibilidad de interponer un recurso de amparo porque es demasiado ambigua la jurisprudencia constitucional relativa a los supuestos en que debe necesariamente interponerse previamente un incidente de nulidad de actuaciones (Gómez Fernández y Montesinos Padilla, 2018: 99). La escasa eficacia del incidente de nulidad es tal que, en general, se aconseja que sencillamente desaparezca[4].

En este marco se han planteado propuestas factibles que ahondan en la protección de los derechos en la jurisdicción ordinaria, para que el recurso de amparo sea realmente subsidiario. En este sentido quizá se podrían explorar fórmulas sencillas pero efectivas como reforzar la exigencia de que se invoque el derecho (Artículo 44.1.c LOTC) (Tenorio Sánchez, 2018: 738). Esta propuesta respeta la subsidiariedad de un amparo constitucional, incide en la necesidad de un adecuado reparto de las tareas entre la jurisdicción ordinaria y constitucional, y no

[4] Llegándose a afirmar por Díez-Picazo (2018) que el incidente de nulidad de actuaciones «no sirve para nada».

supone una excesiva carga para los abogados porque es un requisito sin excesivo margen a la ambigüedad. En esta dirección parece apuntar el citado acuerdo de 15 de marzo de 2023 del Pleno del Tribunal Constitucional al exigir que se adjunte a la presentación por vía telemática del recurso de amparo «la acreditación de que la vulneración se denunció en el proceso tan pronto como hubo oportunidad».

c) El eterno debate sobre el alcance del artículo 24 CE

El artículo 24 CE concentra la gran parte de los recursos de amparo[5]. En 2022 se alegó en 6996 casos la violación del artículo 24 CE (con un porcentaje de invocación del 82% en los recursos de amparo). Sin embargo, el Tribunal Constitucional solo puso 71 sentencias sobre el artículo 24 (sobre un total de 116 sentencias en recursos de amparo). Esta tendencia es constante, siendo lugar común afirmar que en la gran mayoría de los casos el recurso de amparo se interpone porque se busca una sentencia más favorable a los intereses del demandante. Así, son comunes las impugnaciones que atañen al contenido de la decisión judicial que intentan ocultar que se discrepa sobre el fondo de la sentencia y se busca una revisión del caso, alegando, por ejemplo, el derecho a la motivación de las sentencias o la prohibición de incongruencia.

Es comprensible que se intenten agotar las instancias, si se tiene la expectativa de conseguir una sentencia más favorable, pero el recurso de amparo no puede convertirse en una instancia más. Por ello, podría convenir que el Tribunal Constitucional redujera de manera clara y expresa el alcance del Artículo 24 CE. Una reducción que, obviamente, se debería articular a través de una revisión de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto. Obviamente, por mucho que se insista en que el juicio de constitucionalidad es diferente del juicio de legalidad, deslindar ambos planos no es nada sencillo. La interpretación conforme del conjunto de las leyes procesales con la Constitución desemboca en un crecimiento desmesurado del recurso de amparo constitucional ex artículo 24 CE (Cascajo Castro, 2018: 344). Esta tendencia parece inevitable pero posiblemente podría contenerse su fuerza expansiva con una comprensión diferente de la tutela judicial efectiva por parte del Tribunal Constitucional.

Al respecto, cabe preguntarse si un Tribunal Constitucional que dedica decenas de sentencias de amparo a las notificaciones dictales o al uso inadecua-

[5] El artículo 24 CE también concentra la mayor parte de los incidentes de nulidad de actuaciones ante el Tribunal Supremo (Gómez Fernández y Montesinos Padilla, 2018: 80).

do de la dirección electrónica como cauce de comunicación del primer emplazamiento procesal (Montesinos Padilla, 2023) no se está comportando como una instancia más.

En el mismo sentido apunta la propia organización interna del Tribunal Constitucional. Así, llama poderosamente la atención que se organicen los letrados por jurisdicciones, como si fueran un espejo de las salas del Tribunal Supremo, con la única excepción de la Sala de lo Militar. También sorprende que los letrados del Tribunal Constitucional tengan una formación necesariamente conexa a los asuntos que van a informar. En definitiva, desde la misma organización interna del Tribunal Constitucional se sigue la legalidad ordinaria, en lugar de apostar por el juicio de la constitucionalidad horizontal y compartido por todos los órdenes jurisdiccionales.

En definitiva, es evidente que hay un problema que precisa una respuesta en diferentes frentes: mayor pedagogía por el Tribunal Constitucional, insistir en la formación específica de los profesionales respecto del amparo constitucional (particularmente en el orden penal), reforzar la invocación del derecho fundamental alegado ante la jurisdicción ordinario y replantear el artículo 24 CE. Paralelamente habría que derogar el incidente de nulidad de actuaciones.

El objetivo es conseguir que el Tribunal Constitucional sea realmente subsidiario y que su labor no se concentre en inadmitir recursos de amparo en demérito de otras funciones y, sobre todo, del propio recurso de amparo. El excesivo número de casos acaba perjudicando el funcionamiento del propio recurso amparo porque se reduce cada vez más la admisibilidad con criterios no siempre apegados a la protección de los derechos fundamentales, con el consiguiente riesgo de que se acaben inadmitiendo casos que sí supongan violaciones importantes de derechos fundamentales. Casos en los que sí cobraría todo su sentido el recurso de amparo constitucional.

3. El Tribunal Constitucional como árbitro en las controversias competenciales

Es un lugar común poner de relieve el papel absolutamente central que el Tribunal Constitucional ha desempeñado en la configuración y evolución del Estado Autonómico. Una Constitución incompleta y mayormente transitoria en lo que a configuración territorial se refiere, una regulación dispersa y excesivamente heterogénea, la falta de acuerdo político para una construcción global y coherente de un sistema que se ha ido conformando sobre la base de impulsos políticos, un conflicto latente entre algunos de los principales actores, y la imposibilidad de una imprescindible reforma constitucional, son algunos de los facto-

res que han convertido al Tribunal Constitucional en un sujeto principal del Estado Autonómico (López Guerra, 2007: 13-14).

Su papel fue decisivo y, durante las primeras décadas, altamente satisfactorio. Aunque algunas de sus líneas jurisprudenciales fueran puntualmente criticadas, en términos generales la doctrina del Tribunal Constitucional era su principal fuente de legitimidad. Sin embargo, este continuo recurso a la Justicia Constitucional pretendía rellenar el hueco que debía ocupar el acuerdo entre el Estado y las comunidades autónomas, acuerdo clave para la fijación de las competencias y actuaciones de cada una de las partes.

Ahora bien, la construcción de un sistema de reparto de poder entre niveles territoriales genera dos problemas de naturaleza distinta, pero de importancia innegable. De una parte, una labor interpretativa excesiva de la jurisprudencia acaba convirtiendo un marco normativo abierto al debate y los acuerdos entre los actores democráticos, en una exhaustiva y detallada lista de reglas específicas que no sólo impide el debate, sino que crea la ficción de ser una realidad incontestable. De la otra, la intervención de los Tribunales en las decisiones sobre el reparto último del poder puede dañar su propia posición en el sistema.

De hecho, la falta de acuerdo y de confianza entre actores territoriales se ha intentado suplir mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tanto para dirimir cuestiones extremadamente técnicas, que podrían haberse resuelto incluso en una comisión de expertos, como tan complejas y con una carga política tan importante como el conflicto catalán. En definitiva, el Tribunal Constitucional ni tiene, ni puede tener, herramientas adecuadas para configurar el sistema competencial hasta el último detalle, para arbitrar todo tipo de conflictos entre niveles territoriales. A pesar de ello, tradicionalmente ha faltado voluntad de cooperar a la hora de distribuir las competencias y se ha tendido a recurrir al tribunal. Sin embargo, la jurisprudencia tampoco sirve para cerrar el conflicto porque es excesivamente detallada y cambiante. Estas deficiencias hacen que, sistemáticamente, sea preciso acudir otra vez al Tribunal Constitucional.

En definitiva, si bien la resolución de controversias entre actores territoriales es una tarea habitual de los tribunales, el recurso al Tribunal Constitucional ha llegado hasta el punto de que la jurisprudencia constitucional se ha adjetivado de «elemento constituyente del Estado» (Cruz Villalón, 2003: 1174). De hecho, el propio Tribunal Constitucional ha mostrado su profundo desacuerdo con que cuestiones con tanta carga política como el intento de secesión de una parte del territorio se pretendan resolver en sede jurisdiccional (STC 42/2014, de 25 de marzo).

Es necesario señalar que ha habido un marcado descenso de las controversias competenciales ante el TC, tanto en lo relativo a la interposición de recursos de inconstitucionalidad, como de conflictos de competencia. Las controversias se han

reducido en un 70 % en los últimos cinco años[6]. Baste posiblemente con señalar que en 2022 hubo solo siete impugnaciones por motivos competenciales ante el Tribunal Constitucional, mientras que en 2013 hubo 71. Estos datos, sin embargo, no deberían ser una excusa para reflexionar sobre el papel de la jurisprudencia constitucional y ordinaria respecto de las controversias competenciales.

Este descenso de las impugnaciones es posiblemente coyuntural. En definitiva, el hecho de tratarse de un gobierno de coalición en minoría parlamentaria favorece el acuerdo. No en vano, está suficientemente acreditado que las coaliciones de gobierno, si conviven en los diferentes planos territorios, son suelo fértil para el acuerdo (siendo quizá la excepción el sistema federal alemán, por el papel decisivo del Bundesrat)

Carecer de mayoría parlamentaria y ser un gobierno de coalición conlleva que haya una labor mucho más intensa de negociación, tanto de las leyes estatales como de las autonómicas. Ahora bien, esta mayor cooperación ha sido alimentada tanto por la pandemia, como por la gestión del Plan de Recuperación y Resiliencia siendo una práctica política derivada de circunstancias extraordinarias y, como tal, puede cambiar.

Además, más allá de que sea muy precario depender de los resultados electorales para concretar el papel de la jurisdicción en las controversias competenciales, hay razones normativas para impulsar la negociación y reducir el papel del Tribunal Constitucional en política territorial. Ser el árbitro en controversias competenciales significa decidir de manera continua entre dos actores con legitimidad democrática y con herramientas jurídicas particularmente endebles. La mayor dificultad de la interpretación en competencias y la compleja posición de la jurisdicción han sido hace mucho acreditadas. Es necesario impulsar la cooperación, tanto por el Tribunal Constitucional, como sobre todo por la jurisdicción ordinaria, que está llamada a resolver los conflictos derivados por los incumplimientos de los convenios de colaboración. Asimismo, cabe replantear el papel de la cláusula de prevalencia como mecanismo para reducir el continuo cuestionamiento de las bases del sistema competencial ante el Tribunal Constitucional.

a) La colaboración entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Supremo

En los últimos años el Tribunal Supremo ha jugado un papel silencioso pero crucial para potenciar la cooperación. De hecho, la Sala III del Tribunal Supremo

[6] Datos extraídos de los informes del Ministerio de Política Territorial Régimen Jurídico (mpt.gob.es)

ha puesto sentencias clave que insisten en la necesidad de respetar los acuerdos en casos particularmente emblemáticos para las comunidades autónomas. Asuntos en los que Tribunal Supremo conminó a la Administración General del Estado a cumplir los acuerdos firmados, como el convenio de carreteras con la Comunidad Autónoma de Canarias (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2017, 19 de febrero de 2018, 15 de marzo de 2018 y 26 de junio de 2018), el traspaso de funciones en materia de tráfico a la policía foral de la Comunidad Foral de Navarra (sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de marzo de 2018) o los acuerdos adoptados por la conocida como comisión de infraestructuras, prevista por la disposición adicional tercera del Estatuto de Autonomía de Cataluña (sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de noviembre de 2017). Una apuesta que va en la línea de la jurisprudencia constitucional de calificar de lealtad constitucional el alcance de acuerdo entre niveles territoriales, y que particularmente puede instigar la jurisdicción ordinaria.

En realidad, el Tribunal Constitucional poco más puede hacer que apelar a la voluntad de los poderes estatal y autonómicos, para desarrollar foros de discusión y ponderación de los recursos y necesidades de cada parte[7], pero la jurisdicción ordinaria puede y debe entrar en los detalles de los acuerdos alcanzados. De hecho, aunque en algunos casos la Administración General del Estado tardó hasta cinco años en cumplir con la sentencia del Tribunal Supremo[8], los compromisos se vieron finalmente satisfechos.

Impulsar a los entes territoriales a cooperar es la vía, porque es un mecanismo efectivo para reducir los conflictos ante los tribunales y hace mucho más funcional el sistema. No solo la posición de los tribunales es particularmente compleja en las controversias competenciales, sino por la competencia es el presupuesto de la actuación pública y, por tanto, no debe estar continuamente a expensas de una decisión judicial. La jurisprudencia tiene, además, un enorme efecto pedagógico y de legitimización de una vía frente a otra. La labor, por tanto, de la jurisprudencia como impulsora de la cooperación es clave para seguir avanzando en una vía aún poco explorada en nuestro sistema político—constitucional.

[7] Ya en 1982 el Tribunal Constitucional afirmó que no es preciso justificar el deber de colaboración «en preceptos constitucionales, se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución» (STC 18/1982, de 4 de mayo F.J 14º).

[8] Por ejemplo, no se cumplió con el Convenio de Carreteras con la Comunidad Autónoma de Canarias hasta 2022.

b) El potencial futuro de la prevalencia del derecho estatal

El papel que la jurisdicción ordinaria puede llegar a desempeñar en nuestro sistema competencial tiene un enorme potencial en la llamada cláusula de prevalencia (artículo 149.3 CE). Tradicionalmente se ha considerado que esta cláusula, a pesar de su previsión constitucional, no encaja en nuestro sistema competencial ya que hace un claro llamamiento al aplicador del derecho para que aplique una norma estatal, en lugar de una autonómica, sin cuestionar la validez de ninguna de las normas potencialmente en conflicto. Dado que nuestro sistema se ha caracterizado por la separación, el agotamiento de las posibilidades de los títulos competenciales, y el rol hegemónico del Tribunal Constitucional, la prevalencia resultaba irrelevante.

En definitiva, la prevalencia parte de dos premisas; la norma estatal y autonómica son igualmente válidas, ergo han sido aprobadas con base en títulos competenciales que no se excluyen, y el aplicador del derecho tiene un margen de actuación relevante respecto del funcionamiento real del sistema competencial. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha modificado relativamente su jurisprudencia concediendo a la cláusula de prevalencia un espacio propio de actuación. De acuerdo con esta nueva línea jurisprudencial, iniciada con la sentencia del Tribunal Constitucional 102/2006, de 3 de abril, si una norma autonómica de desarrollo deviene incompatible con una norma estatal básica aprobada posteriormente no es necesario que se pronuncie el Tribunal Constitucional, sino que el juez ordinario puede y debe aplicar la norma estatal básica. Esta jurisprudencia, que impulsa el rol del juez de la legalidad en las controversias competenciales es complicada pero, a su vez, responde a una visión posiblemente más acorde con el sistema constitucional actual.

En definitiva, tras cuarenta años de jurisprudencia constitucional exhaustiva en materia competencial, y ante la ingente actividad legislativa de las comunidades autónomas en la actualidad, la cláusula de prevalencia puede evitar que cuando cambie una ley estatal haya recursos ante el Tribunal Constitucional en cascada, daría un tiempo a las comunidades autónomas a modificar su ley, y a los tribunales a depurar el ordenamiento no anulando sino no aplicando.

De hecho, el Consejo de Estado planteó al Gobierno la posibilidad de no recurrir la Ley 4/2021, de 1 de julio, de Caza y de Gestión Sostenible de los Recursos Cinegéticos de Castilla y León, dejando el asunto a su eventual solución vía 149.3 CE. Dado el enorme conflicto que suscitaba la norma autonómica, relativa a la caza del lobo, la cláusula de prevalencia podía desjudicializar el conflicto, teniendo en cuenta la «mayor proximidad de la jurisdicción ordinaria» y todos los intereses en presencia y conseguir una pacificación del conflicto (Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado 297/2022, de 31 de marzo de 2022).

Esta vía, aseguraba el Consejo de Estado, también era más coherente con el impulso a la cooperación como vía para resolver los conflictos entre el Estado y las comunidades autónomas. No obstante, el Consejo de Estado dejaba abierta la puerta al recurso de inconstitucionalidad, camino finalmente seguido por la Administración General del Estado. A pesar de ello, este dictamen planteó un camino que, antes o después, posiblemente siga nuestro Estado Autonómico. En definitiva, es muy cuestionable que la compatibilidad de una ley autonómica de desarrollo con la norma básica estatal precise de la intervención de la jurisdicción constitucional.

4. Conclusiones

Es necesario replantear la relación entre poder judicial y Tribunal Constitucional en procesos constitucionales muy específicos; el recurso de amparo y las controversias competenciales. Reforzar la labor del poder judicial sería beneficioso para el Tribunal Constitucional, para el Estado autonómico y, por supuesto, los derechos fundamentales.

La jurisdicción ordinaria puede proteger de manera definitiva los derechos fundamentales, siendo para ello preciso varias reformas: explicar mejor y con más frecuencia la especial trascendencia constitucional, reforzar la formación en derecho constitucional de los operadores jurídicos, revisar la jurisprudencia relativa al Artículo 24 CE y reforzar el requisito de invocación del derecho fundamental lesionado. Reformas legislativas, y sobre todo jurisprudenciales, que deberían ser paralelas a la derogación del incidente de nulidad de actuaciones.

El poder judicial también tiene una labor que cumplir en el Estado Autonómico. De una parte, debe proseguir en el camino emprendido por la Sala III del Tribunal Supremo de impulso a la cooperación, mediante la exigencia del fiel cumplimiento de los acuerdos entre niveles territoriales. De otra parte, carece de sentido que las contradicciones entre norma básica y norma de desarrollo deban resolverse mediante un recurso de inconstitucionalidad. La jurisprudencia sobre competencias es tan detallada que el poder judicial tiene fuentes y base suficiente para decidir si corresponde aplicar el artículo 149.3 CE.

Referencias

Cascajo Castro, José Luis (2018). «Artículo 53», en P. Pérez Tremps y A. Saiz Arnaiz (dir.): *Comentario a la Constitución Española, 40 Aniversario 1978-2018,* Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo I.

Cruz Villalón, Pedro (2003). «La constitución accidental», en AAVV: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Díaz Revorio, Francisco Javier (2023). «Sobre los retos del recurso de amparo y la eterna tarea pendiente de su agilización sin merma de su eficacia», *Blog del CEPC* (17 de mayo de 2023).

Diez Picazo, Ignacio (2018), «¿Tiene sentido el incidente de nulidad de actuaciones?» en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional: *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales. XXII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Gómez Fernandez, Itziar; Montesinos Padilla, Carmen (2018). «Una década de incidente de nulidad de actuaciones: ¿aclaración, reforma o supresión?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.113.

Hernández Ramos, Mario (2016). «Incumplimiento de la buena administración de justica del Tribunal Constitucional en la admisión del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 108.

López Guerra, Luis (2007). «El futuro del Estado de las Autonomías», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 32.

Montesinos Padilla, Carmen (2023). «El elefante en la habitación. La discrecionalidad en la admisión del recurso de amparo», *Blog del CEPC*» (24 de mayo de 2023).

Padrós Reig, Carlos (2019). «La exigua tasa de admisión del recurso de amparo constitucional», *Revista de Administración Pública,* núm. 209.

Tenorio Sánchez, Pedro J. (2018). «¿Qué fue del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional?», *Revista de Derecho Político,* núm. 101.

LA REUBICACIÓN DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL, O DE CÓMO HACER POLÍTICA DESDE LA INDEMNIDAD DEMOCRÁTICA

Francisco Caamaño Domínguez
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidade da Coruña

1. Cosas que conviene no olvidar

La expresión «Estado de Derecho» ha colonizado el discurso político y las conversaciones cotidianas sobre política. Todo aquello que nos parece repudiable en la escena pública, termina siendo, por una u otra razón, contrario al Estado de Derecho. Tanto uso y maltrato de esas palabras, puede explicarse en términos de crisis, ya sea del concepto, ya del Estado.

Pero no pretendo adentrarme en esa cuestión. Mi propósito es mucho más ligero: la generalización y vulgarización de la fórmula «Estado de Derecho» es un síntoma —uno más— de cómo el poder judicial se está adueñando de la dirección del Estado. De todos los calificativos que lo acompañan (democrático, social, de bienestar, de policía, prestacional, descentralizado…) el «de Derecho» es hoy el que mejor representa el poder del juez y la imagen prístina de lo no contaminado por la política. Invocar el Estado de Derecho, aunque no se tenga clara conciencia de lo que es, significa acogerse a un argumento neutro, rotundo, incuestionable, porque se piensa que el Estado de Derecho es aquel que garantiza, con su independencia, el juez. Si en el Estado democrático el protagonista es el pueblo y el parlamento, en el Estado de Derecho el actor principal es el poder judicial. No fue diseñado para eso, pero es en lo que ha acabado. El legislador ha sido destronado y el juez ya no habla las palabras de la ley: las crea. El juez y el Estado de Derecho serían el prototipo de un anhelado poder público sin ideología.

Solo desde la ingenuidad puede pensarse que el Derecho nada tiene que ver con una acotación política de la realidad expresada a través de mandatos normativos, o que puede existir un poder carente de toda ideología. Con todo, el discurso ha calado, y el Estado de Derecho y los jueces se han instalado en el centro

de la narrativa cívica. Algo que sorprende, pues, si en el Estado de Derecho nadie está por encima de la ley y toda autoridad pública debe rendir cuentas, los jueces son los únicos situados fuera de esa ecuación. Hoy el Estado de Derecho es *de* ellos, pero no *para* ellos.

El *Rechtsstaat* se parece al *rule of law*, aunque no son lo mismo. Ambos se han encontrado, pero sus entornos culturales son lo suficientemente distintos como para impedir su mimetización. El *rule of law* surge en un sistema jurídico en el que se reconocen una pluralidad de fuentes normativas, entre las que se encuentra aquello que dicen los jueces. El control social de los jueces, en cuanto que creadores de derecho, forma parte de las tradiciones y del ecosistema en el que desarrollan su actividad.

En el *Rechtsstaat* la situación es otra. La ley es la principal fuente del derecho y el juez debe limitarse a su estricta aplicación. Como ejecutor de la ley, el juez es un funcionario público al que se le han atribuido ciertas garantías adicionales, vinculadas a su desempeño. Sin embargo, desde finales del pasado siglo, sobre todo tras la generalización de la justicia constitucional y de la europea, el juez del *Rechstaa*t se ha aproximado al del *rule of law*, hasta el punto de que también podríamos decir de él «que el derecho se encuentra en su pecho». El poder de los jueces ha aumentado porque la función de la ley ha cambiado (Bachof, 1979). Su sujeción a la ley es mucho más flexible y hasta cuenta con diversos remedios para combatir sus contenidos. El juez del *Rechtsstaat* se ha convertido en fuente muy principal de derecho, pero su entorno conceptual sigue negando esa realidad, de suerte, que carece de todo control social y, además, cuenta con la pieza dislocada de la independencia, para asegurar la primacía de su posición.

En el modelo de *rule of law* se reconoce sin ambages el *judge-made law* pero al tiempo se tiene clara conciencia de que los jueces «no pueden deliberadamente rechazar, por carentes de sentido, disposiciones incluidas en una ley parlamentaria, aunque simpatizasen con algunas de las opiniones más iconoclastas» (Bingham, 2010: 7). La preocupación por la vinculación del juez a la ley pertenece a un tiempo pasado. Ahora la pregunta es otra: ¿qué hacer con el juez «desvinculado»?

Por eso, conviene no olvidar. Antes que «de derecho», el Estado ha de ser democrático. El juez debiera pensar más en ser pueblo, que en ser Estado; en responder ante la ciudadanía, que en defenderse y consolidarse colectivamente como poder.

2. La imparcialidad del juez, la independencia del poder

No voy a profundizar sobre la diferencia entre imparcialidad e independencia. Tampoco me detendré en explicar cómo este último concepto ha evoluciona-

do en el derecho continental europeo a raíz de la generalización del modelo de juez funcionario creado por Napoleón. De todo ello me he ocupado en otro lugar (Caamaño, 2022). Permítaseme, tan solo recordar tres elementos, con el único fin de aclarar el alcance de estas páginas.

En primer lugar, lo que interesa y preocupa a las personas cuando acceden a la jurisdicción es que el juez sea imparcial, es decir, que no esté predeterminado a favorecer a una de las partes. La cuestión de su independencia es más bien una garantía colateral derivada de la infraestructura de la organización a la que el juez-funcionario pertenece. En las democracias donde los jueces no son funcionarios la independencia del poder judicial es el resultado de su imparcialidad. En los Estados Unidos de América hay actualmente cinco formas distintas de designación de jueces (mediante elección popular, en listas de partidos y sin listas de partidos; nombrados directamente por el poder ejecutivo e, incluso, por el parlamento) y, todos ellos, son igual de independientes en la medida en que, una vez nombrados, son imparciales (Geyh, 2019: 79). En nuestro país, un juez independiente puede ser parcial.

En segundo lugar, la institucionalización de los consejos de la judicatura ha servido para desplazar el concepto de independencia judicial, retirándolo de la esfera subjetiva del juez para convertirlo en un blindaje político de la posición de la judicatura como organización y, en ocasiones, en un arma para horadar un modelo de estado, el de Derecho, que había sido diseñado para asegurar la centralidad del legislador y el dominio de la ley.

Por fortuna, no todos los países de *Rechtsstaat*, han cometido el error de constitucionalizarlos. Como ha escrito Sumption (2019: 102), una «constitución escrita es, por definición, una fuente suprema de derecho. Prevalece sobre la legislación parlamentaria ordinaria (…) pero el poder que pierde el órgano legislativo con esos esquemas no desaparece sin más, sino que pasa a los jueces». En efecto, el poder, como la energía, se transforma y, cuando eso ocurre, la Constitución, si quiere sobrevivir como norma del pueblo, ha de reorientar inteligentemente sus mecanismos de control en lugar de reforzar, si cabe más, al poder judicial, cuya herramienta de trabajo consiste, precisamente, en el dominio efectivo del derecho.

En tercer y último lugar, la articulación natural del poder judicial es marcadamente federativa. El derecho «se dice por el juez» sobre un territorio. El juez territorializa la generalidad del derecho; no puede decidir más allá de su jurisdicción y, a la vez, en ese espacio, nadie puede decidir por él.

La idea del juez natural entronca con el fundamento territorial de la jurisdicción. En el *Ancien Régime*, la justicia necesitaba gestionar una gran diversidad de fuentes normativas dispersas y de alcance territorial limitado. El arraigo social de ese derecho era un inconveninte para la aplicación de un derecho real en expan-

sión que, muchas veces, parecía a los justiciables como traído de otro lugar. La justicia se impartía en nombre del Rey, pero las normas no siempre eran las suyas. Esta situación favoreció el papel del juez natural y su autonomía para seleccionar e interpretar el derecho aplicable. Si es necesario imponer un «derecho foráneo», que, al menos, lo interprete el juez del lugar.

La Iglesia fue la primera en apreciar ese efecto a través del Decreto de Graciano (1139). Allí se disponía que el desconocimiento de la competencia territorial implicaba un vicio de procedimiento que podía conducir a la nulidad de lo juzgado (Müßig, 2014). A esta construcción jurídica subyacía la necesidad de establecer ciertos equilibrios de poder que reforzasen la posición de Roma. En la Carta 45 de Gregorio I se estableció que el sacerdote debe ser juzgado por su obispo. La exclusividad de esta declaración garantizaba al primero que solo podría ser juzgado por «su» obispo y a éste que solo él representaba al Papa en «su» diócesis. Un modelo de refuerzo de la autoridad basado en las relaciones de proximidad, que ofrecía un margen de maniobra a la autoridad local pero que, a través del sistema ordinario de recursos y cláusulas de excepción, permitía el control final del conflicto por la jerarquía eclesiástica.

La competencia territorial es el fundamento primero de la independencia judicial. La imparcialidad del juez nació como presupuesto para su aceptación social. Su independencia, como un cauce para la integración de su poder de decisión en el orden político de la comunidad. El derecho a un proceso justo incorporó el derecho al juez natural que, por próximo, era independiente de quienes hacían el derecho y podía modularlo, acomodándolo a las costumbres de la tierra.

De todo ello resulta que el poder judicial es un poder de naturaleza federativa. Cada juez en su jurisdicción, personaliza el poder del Estado y determina desde la independencia que le confiere esa posición, cuál es el derecho que efectivamente ha de ser aplicado. Visto así, el derecho de acceso al juez es la facultad atribuida a las personas para intentar demostrar que su caso no es exactamente igual al previsto en la ley. Si la ley nos hace iguales, el juez «aporta la modulación adaptativa del derecho, desde la óptica de la justicia que cada persona vive y espera (…). La fortuna me ha dado un juez y tengo la expectativa razonable de que otras personas sujetas a su autoridad, reciban la misma respuesta en circunstancias similares» (Caamaño, 2020a: 242).

La independencia decisoria de cada juez plantea, sin embargo, un serio problema de resultado. La seguridad jurídica se reduce al territorio de su jurisdicción. Fuera de él, otro juez puede realizar una interpretación distinta y crear otro derecho. Este efecto no deseado se ha pretendido corregir a través del sistema de recursos que, en cierto modo, federaliza el proceso de decisión, respetando la independencia de cada uno de los órganos judiciales intervinientes.

Ahora bien, en nuestro país, la exacerbación de la independencia judicial y la progresiva sustitución corporativa de su verdadera razón de ser, ha debilitado ese remedio, hasta el punto de haberse convertido en causa de inseguridad jurídica.

3. El despiece de la ley

Me cuesta compartir el criterio reiteradamente sostenido por el Tribunal Constitucional en relación con la igualdad en la aplicación judicial de la ley. Me parece que descansa en un concepto innecesariamente amplificado de independencia judicial del que se deriva la imposibilidad práctica de que exista un verdadero diálogo entre jueces, que beneficie a la ciudadanía. Es más: conviene que se modifique, para permitir al legislador un margen razonable de intervención en favor de nuestro sistema de justicia y de la creciente demanda de seguridad jurídica. La independencia judicial mal entendida está siendo la causa de una inexplicable desigualdad. Las razones ciudadanas y las de la jurisprudencia constitucional se mueven, desde hace demasiado tiempo, en direcciones difícilmente conciliables.

Cuando se forjó la doctrina del Tribunal Constitucional subsistían motivos para acoger la independencia judicial de forma absoluta y sin especiales matizaciones, reconduciendo la línea más relativista que se reflejaba en sus primeras sentencias. En la STC 8/1981, de 30 de marzo se afirmó que el principio de igualdad «veda soluciones desiguales no fundadas en razones jurídicamente atendibles» y, en relación más directa con el asunto que ahora nos ocupa, en la STC 49/1982, de 15 de julio (FJº 5º), se declaró que «tratándose de órganos plurales, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad, es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene necesariamente que cohonestarse con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la ley, cuando éstos son órganos jurisdiccionales».

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional se esforzaba por compatibilizar la independencia judicial con la vinculación vertical al precedente, de suerte que, en casos sustancialmente idénticos, los órganos judiciales inferiores quedasen, con carácter general, vinculados por lo declarado por sus superiores. La independencia judicial debía armonizarse con la naturaleza federativa de la jurisdicción y ese papel se asigna a la jurisprudencia, cuya observancia permite cohonestar la independencia del juez con el derecho a la igualdad de los justiciables.

El esfuerzo duró poco. En la segunda mitad de la década de los 80 del pasado siglo, el Tribunal Constitucional cerró con siete llaves la puerta que, en un primer momento, había entreabierto. La causa de ese giro está estrechamente relacionada con la naturaleza y condiciones procesales del recurso de amparo, que ofrece un plano de detalle que excluye gran parte de la imagen del derecho. La relación que establece el recurso de amparo entre el poder judicial y el Tribunal Constitucional es un factor que condiciona el contenido y el resultado. Como la jurisprudencia constitucional de amparo es la «ley del derecho», el problema estaba servido. En el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley esa obligada delimitación procesal del plano de observación ha llevado a que la independencia judicial desplace el derecho a la igualdad hacia los márgenes. Así se desprende de un examen elemental de la fotografía de este derecho en la jurisprudencia constitucional.

En la STC 120/1987, de 24 de 10 de julio, el Tribunal fija los cimientos de su nueva posición, a saber: «La igualdad en la aplicación de la Ley (o del Derecho) tiene un carácter predominantemente formal (…), en el sentido de que a los órganos del Poder Judicial —sujetos sólo a la Ley e independientes en el ejercicio de su función (art. 117.1 C.E.)— no les es exigible la tarea de resolver siempre igual en los supuestos que se pretendan iguales, pues cada caso, para el mismo Juez o Tribunal, puede merecer una apreciación diversa, bien por las peculiaridades del mismo, bien por la variación del entendimiento de la norma aplicable operada por el tiempo, o bien, en fin, por la necesidad de corregir errores anteriores en la aplicación. Estas hipótesis es claro que escapan al control de este Tribunal, so pena de interferir en el exclusivo ámbito judicial [arts. 44.1 b) y 54 de la LOTC]» (FJ 1º).

Todavía permanecía una llama de esperanza. Una cosa es que el derecho a la igualdad no obligue a los jueces a resolver igual «en los supuestos que se pretendan iguales» y, otra, bien distinta, que no deban hacerlo cuando esos supuestos sean efectivamente iguales. Pero, pronto se apagó: «La cuestión planteada no es la de una sentencia judicial que se aparta del criterio seguido anteriormente por el mismo tribunal, sino la de dos sentencias de órganos judiciales distintos no susceptibles de ulterior recuso». En este caso, no puede prosperar la invocación del derecho de igualdad «porque, al no existir un término de comparación ajeno a las dos sentencias discrepantes» nuestro juicio tendría que recaer sobre «cuál de las dos interpretaciones consideradas era la más correcta» lo que obligaría a este Tribunal a asumir «una función ajena a sus atribuciones» (STC 134/1998, FJ 3º).

¿Y la jurisprudencia? ¿Es indistinto, a estos efectos, que uno de los órganos judiciales haya aplicado la jurisprudencia de un órgano judicial superior y el otro no? Se comprende que el Tribunal Constitucional no pueda asumir en amparo una función que corresponde al legislador y al propio poder judicial. Lo que se

echa en falta es que no diga expresamente que, para incrementar la seguridad jurídica y favorecer la igualdad en la aplicación de la ley, el legislador y el poder judicial deben implementar fórmulas que, en determinados supuestos y condiciones, garanticen la vinculación del juez a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores, tal como en relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo hace el art. 5 de la LOPJ.

La falta de ese mensaje, como complemento necesario para la realización del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley, generó un automatismo del que se ha inferido, prácticamente sin excepción, que la independencia judicial impide la comparación de resoluciones judiciales distintas dictadas en casos iguales y que, por tanto, las expectativas de seguridad jurídica de la ciudadanía quedan al albur del juez al que se le hubiese asignado el caso. Si a ello sumamos que las Secciones de una misma Sala se consideran, a estos efectos, órganos jurisdiccionales distintos (por todas, SSTC 134/1991 y 183/1991), cabe concluir que el derecho fundamental a la igualdad frente al juez ha sucumbido ante la garantía de su independencia. Una independencia que, por la reiteración y simplificación del razonamiento, acaba siendo sobredimensionada hasta el absurdo, pues, si estiramos ese hilo argumental, resultaría que en aquellos países en los que existe un sistema de *stare decisis*, sus jueces no son independientes. Sostener que un juez anglosajón no es independiente o que lo es menos que un juez español es más una fantasía chovinista que una realidad contrastable.

En una organización de naturaleza federativa la independencia del juez no puede ser, por definición, absoluta. Claro que ha de serlo de los otros poderes del Estado, especialmente del poder ejecutivo, dada la condición de funcionarios públicos que, entre nosotros, tienen los miembros del poder judicial. Pero en ningún lugar de la Constitución está escrito que también tenga que ser independientes, en todo caso y circunstancia, de lo que hayan declarado otros tribunales de orden superior con jurisdicción sobre un territorio más amplio. De hecho, se ha asumido con naturalidad que los jueces y tribunales españoles están vinculados por la jurisprudencia del TJUE. Entonces, ¿por qué no reconocer una comedida vinculación a la jurisprudencia de los tribunales de superior orden, especialmente, cuando ese tribunal es el Tribunal Supremo? Seguir afirmando que la jurisprudencia no completa, sino que «complementa» el ordenamiento jurídico, recordando lo dispuesto en el art. 1.6 del Código Civil, es vivir anclado en el pasado.

El art. 12.3 de la LOPJ («Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional») puede ser interpretado como el cierre corporativo

de la posición del juez. Pero también es posible entender que las «instrucciones» de las que habla no incluyen la jurisprudencia. Cualquier interpretación sensata de la independencia judicial debiera descartar convertir al juez en dios y al poder judicial en un sistema politeísta de creencias sobre el derecho. Sin embargo, este es el mal que nos aqueja. La tesis absoluta de la independencia del juez, promueve la fragmentación de las normas generales, la desigualdad y la creación de un nuevo derecho judicial nacido del despiece de la ley. Si el juez no está razonablemente vinculado a la jurisprudencia, no solo sufre la seguridad jurídica y se reduce la eficacia del derecho a la igualdad, sino que, además, se suprime el único mecanismo efectivo de control de calidad del sistema de justicia[1].

El legislador comenzó a tomar conciencia de la situación, al constatar la desorientación en la que muchas veces la diversidad de criterios judiciales colocaba a las Administraciones públicas. Esto le llevó a retomar, en el año 1992, el recurso de apelación en interés de ley, que figuraba en la vieja regulación procesal del año 1956, aunque ahora como recurso de casación (Alonso Mas, 2012). Los arts. 100 y 101 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, mantuvieron la fórmula procesal, en la que se contiene un mandato expreso de sujeción de los jueces, pertenecientes a ese orden jurisdiccional, a las sentencias estimatorias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo recaídas en recursos de casación en interés de ley (art. 100.7).

La cuestión sobre la licitud de esa vinculación impuesta por el legislador al juez llegó al Tribunal Constitucional. Como era de esperar, el argumento invocado para impetrar la inconstitucionalidad de esa obligación fue el de la independencia judicial. En la STC 37/2012, el Pleno del Tribunal confirmó la validez constitucional del puntual cambio introducido por el legislador, admitiéndolo como una excepción. Sin duda, el hecho de que, en esta ocasión, el Tribunal conociese del asunto en un proceso dirigido contra la ley y no en un procedimiento de amparo ayudó a introducir ese reconocimiento de la excepcionalidad. Lástima que para justificar esa vinculación extremase, sin que, a mi juicio, fuese imprescindible, la idea de que esa vinculación a la jurisprudencia era constitucional, por excepcional: «…la independencia judicial (art. 117.1 CE) permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (art. 1.6 del Código civil), si fuere el caso, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la ley,

[1] En el discurso de inicio del año judicial 2000/2001, el presidente del Tribunal Supremo proclamaba el valor vinculante de la jurisprudencia en línea con un Informe elaborado por una Comisión de Magistrados del Tribunal Supremo titulado «Del modo de arreglar la justicia». Años más tarde, con ocasión de los 25 años de la Constitución, se reiteró aquel mismo criterio. Las referencias las he tomado de Muñoz Aranguren, 2009: 2 y ss.

al tratarse de órganos judiciales diferentes…» (pero)… el legislador, conforme a la libertad de configuración que le corresponde al establecer el régimen jurídico de los recursos y en atención a preservar intereses constitucionalmente garantizados, como lo son el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la aplicación igual del Derecho en todo el territorio nacional (arts. 1.1, 14 y 139.1 CE), ha establecido en el art. 100.7 LJCA el carácter vinculante de la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo al resolver recursos de casación en interés de ley, lo que, aparte de ser ejercicio legítimo de las facultades del legislador, no puede en modo alguno considerarse lesivo para la independencia judicial, que implica la sumisión al imperio de la ley (art. 117.1 CE), y que incluye también, como ya se dijo, el respeto «a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico» (STC 133/1995, FJ 5). Recuérdese, por otra parte, el carácter excepcional del recurso de casación en interés de ley, tanto por la limitación de los legitimados para su interposición, como por su finalidad específica: corregir las sentencias de los Tribunales inferiores que se estiman «gravemente dañosas y erróneas», de manera que el Tribunal Supremo pueda fijar, en su caso, una doctrina legal correctora y vinculante, pero respetando la situación jurídica particular derivada de la Sentencia impugnada (STC 111/1992, FJ 4)».

En un mismo fundamento jurídico, el Tribunal Constitucional intenta conciliar dos argumentos contradictorios. De un parte, que el reconocimiento constitucional de la independencia judicial (art. 117 CE) permite discrepar a los órganos judiciales inferiores de lo declarado por sus superiores. De otra, que el legislador, conforme a su libertad de configuración y en atención a la seguridad jurídica y a la aplicación igual de la ley en todo el territorio, puede imponer obligatoriamente el resultado opuesto, lo que no puede considerarse lesivo «para la independencia judicial, que implica la sumisión al imperio de la ley (art. 117.1 CE)».

El art. 117 CE no puede decir una cosa y la contraria. El Tribunal Constitucional rehúye descender a los detalles en un asunto, el de la vinculación del juez a la jurisprudencia, cargado de matices. Entiendo que no fuese el momento ni el lugar. Pero bien pudo acercarse de otro modo al problema que se le planteaba. Bastaba con argumentar que el concepto de independencia judicial no puede concebirse como una garantía constitucional excluyente, sino que ha de compatibilizarse con la necesaria vinculación del juez al Derecho, la seguridad jurídica y la aplicación igual de la ley, estableciendo, así, el marco constitucional de referencia mediante el que determinar en qué casos o términos el legislador puede ordenar que el juez inferior esté vinculado a la jurisprudencia del superior y cuando éste puede apartarse de aquella. Una vez asentados esos presupuestos que conducen a un concepto mucho más mesurado y relativo de independencia judicial, ya podría profundizar en el recurso de casación en interés de ley y la vinculación del juez a la doctrina del Tribunal Supremo.

Sin embargo, en la STC 37/2012, el recurso de casación en interés de ley se presenta como si fuese la única excepción constitucionalmente admisible a un concepto absoluto de independencia judicial. Es una pena que no pudiésemos celebrar mejor el bicentenario de la Constitución de Cádiz.

Con todo, hubo un momento en el que el legislador intentó girar la situación. Lo hizo de una manera un tanto novedosa, compleja (cuestión prejudicial previa), parcial y excesivamente regulada, a través del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (ALOP) aprobado por el Consejo de Ministros el día 4 de abril de 2014. Aunque la sujeción de los jueces a cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo era un cometido largamente perseguido por éste, lo cierto es que tanto el informe emitido por la Sala de Gobierno de este Tribunal como el evacuado por el CGPJ, fueron sumamente críticos con la pretensión del legislador de articular un sistema parcial de vinculación del juez a la jurisprudencia. A parte de otros aspectos, la lectura de estos Informes permite constatar la persistencia de un concepto expandido de independencia judicial como motivo subyacente de oposición.

Así se aprecia también en el punto 39 del Informe del Pleno del CGPJ (28 de octubre de 2021) sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia, cuando, en relación con la los tribunales de instancia se dice que «la preocupación del prelegislador por fortalecer los mecanismos de unificación de criterios y prácticas (…) le ha llevado a atribuir a las Juntas de Jueces de Sección una función que extravasa la esfera de lo gubernativo, para incidir en los jurisdiccional: los acuerdos de unificación de criterios tomados en Junta de Jueces vincularán a los Jueces y Magistrados que integran la Sección, que deberán justificar su apartamiento del criterio acordado». ¿Dónde está la injerencia en la independencia del juez, si siempre puede apartarse motivadamente del criterio jurisdiccional acordado? La imagen de un órgano judicial que trata igual asuntos iguales es fundamental para la comprensión de la justicia como poder público al servicio de la ciudadanía. Sin embargo, el solo hecho de aproximarse a ese objetivo parece generar dermatitis en la fina piel del juez.

4. El exceso de independencia judicial

La independencia judicial es tan necesaria como imprescindible. Su exceso, sin embargo, es un riesgo inasumible.

La opción por el juez funcionario tuvo consecuencias para la justicia en democracia. La independencia dejó de calibrarse en función de la imparcialidad, el compromiso y la *auctoritas* del juez, para concebirse a partir de un proceso legal de ordenación y normalización con arreglo a estándares burocráticos. Sin embar-

go, la independencia no depende únicamente del diseño legal e institucional que se adopte. Más importante que todo eso, es la imagen que cada juez transmite cuando es evaluado por las partes en el proceso, la audiencia y, en último término, la ciudadanía (Lösing, 2011). Independiente es el juez que se gana el respeto del pueblo. Algo que poco tiene que ver con las garantías jurídicas que configuran su estatuto legal.

Una vez aceptada la condición funcionarial del juez, la credibilidad de su independencia exigía que se estableciesen las necesarias garantías de diferenciación respecto al resto de los funcionaros y servidores públicos. Todos ellos están vinculados jurídicamente al aparato del Estado, pero los jueces, para serlo, han de contar una serie de determinaciones constitucionales y legales que los convierta en «vinculados independientes». La independencia adquiriere, entonces, un nuevo sentido: ya no es el resultado de la posición del juez en el proceso, sino una consecuencia de su articulación burocrática como «funcionario singular». Independiente es el juez inamovible y que no puede recibir instrucciones. El foco de interés se desplaza de la jurisdicción a la organización, y la independencia se desconecta de su razón originaria. No es la naturaleza federativa de la jurisdicción como poder difuso del Estado, la que demanda y modula la independencia del juez, sino, la necesidad de su articulación estatutaria como funcionario público diferenciado.

El «modo judicial de gobernar» (Anderson, 1979:153) no desapareció con la llegada el Estado liberal. La visión burocrática del juez tornó las palabras de Montesquieu (el poder judicial ha de ser «invisible y nulo»[2]), para que las aguas fluyan a favor del nuevo entendimiento de su independencia. El poder judicial queda «permanentemente a la vista» como un cuerpo de funcionarios diferenciados que personifican un poder del Estado, y su función neutralizadora («nulo»), consistente en evitar que ni el legislativo ni el ejecutivo puedan juzgar, se traduce ahora por «poder apolítico», sin ideología. Solo desde la ironía puede sostenerse que el poder judicial teorizado en el Espíritu de las Leyes tiene algo que ver con esta derivada.

Sin embargo, sobre los hombros de Montesquieu se legitimó tan significativo cambio, y los jueces-corporación comenzaron a poner en valor su recién adquirido poder. No ante la ciudadanía, ya que la nueva independencia les concedía un estatuto jurídico que los alejaba de toda responsabilidad ante el pueblo, sino frente a los otros poderes del estado.

---

[2] «El poder judicial no debe darse a un Senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley, para formar un tribunal que solo dure el tiempo que la necesidad lo requiera. De esta manera, el poder de juzgar tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión. Como los jueces no están permanentemente a la vista, se teme a la magistratura, pero no a los magistrados» (*El espíritu de las Leyes*).

El éxito de esa tarea pasaba por desvincularse lenta, pero inexorablemente de la ley, hasta centralizar su posición en el Estado de Derecho.

Frente a la fuerza de los votos, el escudo de la independencia. El Estado de Derecho se convierte paulatinamente en un estado jurisdiccional y el poder judicial, además de resolver conflictos entre particulares o entre éstos y el Estado, interviene directamente en los conflictos políticos, a veces como juez y otras, como juez y parte.

El legislador, siempre parcial y obligado a reconducir en procesos públicos de confrontación ideológica, los múltiples y contrapuestos intereses existentes en la sociedad, ha ido perdiendo crédito ante una ciudadanía cansada de la situación que vive la democracia de partidos. La razón de los votos ha ido cediendo el paso a la razón de las sentencias. Durante un tiempo, ambos procesos deliberativos convivieron en un beneficioso equilibrio para la democracia: la deliberación judicial, permitía la reflexión en una sede y en un contexto distinto y, al tiempo, facilitaba a la ciudadanía otra visión de lo que previamente se había discutido en el circuito de la política, abriendo eventuales espacios al reconocimiento de las minorías (Gargarella, 2011). Pero, en lo que va de siglo, ese equilibrio se ha roto. La capacidad creadora del legislador mira hacia los lados, porque la fuerza de ley ha sucumbido, y es el juez quién le dice cómo y hasta dónde puede llegar. Los tribunales anticipan el marco de actuación de la ley mediante la exégesis de principios y criterios de ponderación positivizados como reglas de derecho en sus sentencias. El derecho judicial ya no es un complemento del derecho que nace del pueblo y habla por la ley. También es el que determina que la ley pueda ser convalidada como derecho. La ley solo llegará a ser norma efectivamente aplicada, si no contradice el acervo de principios y reglas creadas por los jueces. La deferencia al legislador ha muerto antes de nacer.

Los propios jueces se han encargado de asegurar esa posición de dominio añadiendo, a nivel europeo, un nuevo principio: el de no regresión (Sarmiento Ramírez-Escudero y Arnaldos Orts, 2022). Con arreglo al mismo, un Estado miembro «no puede modificar su legislación de modo que dé lugar a una reducción de la protección del valor del Estado de Derecho», por lo que debe «evitar, en relación con este valor, cualquier regresión de su legislación en materia de organización de la Administración de Justicia, absteniéndose de adoptar medidas que puedan menoscabar la independencia judicial» (STJUE de 20 de abril, de 2021, asunto *Repubblika vs Il-Prim Ministru*). La idea de que «podemos crear derechos sin necesidad de eliminarlos del terreno democrático para situarlos bajo la jurisdicción exclusiva de una casta sacerdotal de jueces» (Sumption, 2019: 78), se queda en una mera ensoñación. El legislador democrático tiene las manos atadas por la comprensión que los jueces tienen de su independencia.

5. Lo que pasa en las Vegas…

El primer logro de esta independencia judicial ampliada consistió en doblegar al legislador para que las cosas de los jueces fuesen decididas y resueltas por ellos. Definamos «cosas».

Está en su naturaleza que los jueces y tribunales dispongan de un amplio margen para ordenar el proceso, su relación con las partes y con los profesionales que participan en la Administración de justicia. También lo está que cuenten con facultades de auto organización (normas de reparto, fijación de turnos, suplencias, promover la exigencia de responsabilidades disciplinarias...) y que, como servidores públicos que son, tengan la capacidad para solicitar inspecciones, informar sobre la carga de trabajo o sobre mejoras y reformas. Estas actividades son desempeñadas, en nuestro país, por las Salas de Gobierno (arts. 149 a 159. LOPJ) y las Juntas de Jueces (art.170 LOPJ), desde su primera regulación mediante el Real Decreto de 5 de enero de 1844. En términos generales, la administración por los jueces y tribunales de estos asuntos de carácter gubernativo nunca ha sido problemática y siempre se entendió como algo inherente a su actividad.

Pero no son esas las cosas a las que me refiero. Antes bien, la independencia judicial se ha invocado para obtener otras bien distintas, vinculadas a su naturaleza corporativa y funcionarial. Con ello no se persigue garantizar un juez independiente en el ejercicio de su función jurisdiccional, cuanto asegurar una Administración de justicia independiente, entendiendo por tal, aquella que es gobernada por jueces sin intervención alguna de los otros poderes del Estado.

Desde esta perspectiva, el poder judicial del Estado deja de ser un poder difuso ejercido por cada juez en el ejercicio de su jurisdicción, para convertirse en una estructura política de poder, con una Administración —la de justicia—, que se pretende enteramente a su servicio, dirigida mediante implícitos jerárquicos por una cúpula decisoria («altos cargos» en la nomenclatura de las instituciones europeas) que, además, habla como si lo hiciese en nombre de todos los jueces. La mejor expresión de esta articulación política de la judicatura son las asociaciones judiciales, organizaciones que, en la práctica, además de pronunciarse a diario sobre cuestiones manifiestamente políticas, monopolizan, prácticamente, el control de los nombramientos y ascensos. En España, la situación es verdaderamente singular, pues, las asociaciones judiciales se alinean por tendencias políticas y se autoproclaman conservadoras o progresistas[3].

[3] Según una información facilitada por elDiario.es, las asociaciones conservadora y progresista copan el 60 % de los nombramientos judiciales, aunque solo representan a un tercio de los jueces (5 de diciembre de 2020).

En esta dimensión supraindividual de la independencia, el primer propósito es alimentar un circuito político propio, diferenciado del de la política parlamentaria. Los jueces funcionarios hacen política, pero a su manera. Primero se garantizaron la exclusión del pueblo, después la del poder ejecutivo y, finamente, la del legislador. Cualquier política que no sea «su» política contamina su independencia. Y es, precisamente, desde esa atalaya, cómo contemplan las cosas que verdaderamente les importan: la carrera profesional y el régimen disciplinario y sancionador.

Ambas cuestiones están, habitualmente, en manos del poder ejecutivo. El control de esas codiciadas piezas resultaba imprescindible para que, el judicial, pudiese afianzarse como poder independiente y organizado. No les bastaba con el normal funcionamiento del Estado de Derecho. Si el Gobierno designa a jueces de forma arbitraria, ilegal o interesada, desplazando intencionalmente el principio de mérito y capacidad, las personas preteridas y afectadas siempre pueden impugnar los nombramientos ante el órgano judicial competente. Lo mismo podemos decir en relación con el ejercicio de las potestades disciplinarias y sancionadoras. La última palabra siempre la tendrá un juez o tribunal, que resolverá sobre la licitud de la resolución impugnada.

Pero esta solución —solo jueces pueden resolver las cosas de los jueces— les parecía insuficiente, porque no permite anticipar una posición política. Se hacía necesario recurrir, una vez más, al concepto de independencia. Esta vez para argumentar que solo existirá un poder judicial independiente si todas las decisiones sobre los jueces sólo las toman jueces. Se establecía, así, un doble cordón de seguridad: las políticas de nombramientos y ascensos, y las sanciones disciplinarias son cuestiones que únicamente pueden decidir los jueces y el control de su licitud también a ellos les corresponde. Una inteligente redundancia que conducirá, en algunos países, a la institucionalización de los consejos de la judicatura, como órganos encargados del autogobierno de los jueces.

Con esta figura de cierre, la posición política del poder judicial queda definitivamente asentada. Ahora el poder judicial ya puede batirse en otra liga y hacer valer su voz en los diálogos internacionales, económicos, financieros o mediáticos que se producen en las modernas democracias, sin que nadie pueda cuestionar su independencia. No se trata, como antaño, de proteger a los jueces frente a las tradicionales injerencias de sus superiores o del poder ejecutivo. Se trata, por el contrario, de habilitar una plataforma institucional desde la que hacer política sin que pueda decirse que se hace, y sin tener que responder ante nadie. Influir a coste cero.

Los consejos de la judicatura son órganos políticos que hacen política pero que se apropian de la independencia que corresponde a cada juez en el ejercicio de la jurisdicción.

Una forma de concebir la independencia, que nada tiene que ver con «el escrutinio de las afinidades (ideológicas, políticas, morales, religiosas o de cualquier otro índole) y/o intereses (personales, colectivos, corporativos, económicos) que puedan condicionar la independencia del juez orientando su conducta y sus resoluciones en un sentido o en otro; ya sea en el momento de la decisión sobre el fondo, ya sea en el curso del procedimiento, acelerando, ralentizando, congelando… «encañonando» selectivamente o «disparando» a discreción en una dirección u otra…» (López Aguilar, 2016: 21). La independencia de la que hablamos no es la que protege al juez de todos esos factores. Más bien, es la torre de marfil que habilita a los jueces para que puedan hacer política por encima de la política democrática y con absoluta indemnidad. La política relacionada con lo judicial siempre se presenta como no política.

6. El Consejo General del Poder Judicial: ¿una decisión irreversible?

Es muy difícil encontrar voces que, en estos cuarenta cinco años de Constitución, muestren su satisfacción con el CGPJ. No es de extrañar. Desde su primer día de existencia, el CGPJ no encontró acomodo en el funcionamiento real de nuestras instituciones democráticas y, además, sus tensiones políticas internas han aflorado demasiadas veces ante la opinión pública, contagiando la imagen del poder judicial de nuestro país.

La ciudadanía considera mayoritariamente que el CGPJ es un órgano del poder judicial y que, por tanto, sobre él se proyecta también la garantía de independencia que la Constitución reconoce a cada juez, individualmente considerado, en el ejercicio de su función jurisdiccional. Esta errónea percepción del CGPJ, que ignora su origen y cometido político, ha sido demoledora para la valoración de nuestro sistema de justicia, ya que los males del CGPJ se han transmitido, en la evaluación ciudadana, a los jueces y tribunales, en un movimiento alentado por las disputas partidistas y las declaraciones de las distintas asociaciones judiciales, que han colocado la independencia judicial en el eje de sus discusiones. Abrazando el medio siglo de democracia la cuestión de la independencia judicial, lejos de apaciguarse, capitaliza una buena parte de las discusiones públicas. La causa principal de este indeseado efecto reside en la fallida figura del CGPJ y el circuito político-judicial al que da soporte.

El constituyente de 1978, con la mejor voluntad del mundo importó la figura del Consejo de la Magistratura Italiano, introduciendo en nuestro modelo constitucional una pieza institucional completamente extraña e innecesaria. Sin CGPJ, probablemente, solo habría una asociación profesional de jueces y magis-

trados para todo el país, como ocurre, de sólito, en los Estados de nuestro entorno; el proceso de ascensos y nombramientos de jueces encontraría un cauce alternativo menos politizado en el sentir de la opinión pública; las confrontaciones con el poder ejecutivo y el legislativo se resolverían en ámbitos más discretos y efectivos; y, por último, nos hubiésemos ahorrado los escándalos internos y el deterioro de una institución cuyos miembros, en este momento, han duplicado el mandato que constitucional y legalmente les corresponde, sin escandalizarse.

Todo ello ha dado lugar a situaciones difícilmente comprensibles fuera de nuestras fronteras y que, además, han sido utilizadas en foros internacionales con propósitos puramente políticos (Parlamento Europeo, Comisión de Venecia...). Los jueces y juezas de España no se merecen vivir continuadamente bajo esa tensión constante, avivada por el CGPJ y los juegos de salón de las asociaciones y la alta magistratura. Ese estado de confrontación, no ya con los otros poderes del estado, sino con el Gobierno de turno y su mayoría parlamentaria, ha convertido al CGPJ en un actor político de primer orden, al que no le importa forzar las costuras de la legalidad y que daña la independencia judicial bajo la excusa de defenderla.

Con escaso éxito, el legislador democrático ha intentado reconducir la situación, en distintos momentos y con mayorías parlamentarias de signo político muy diferente, pero me temo que sus intentos serán infructuosos hasta que los autoproclamados defensores de la judicatura consigan alcanzar su principal objetivo: que el CGPJ esté integrado únicamente por miembros procedentes de la carrera judicial. De este modo, la independencia judicial impregnaría por ósmosis a una institución sin cometido jurisdiccional alguno, pero que requiere ser ungida con esa apariencia de objetividad y razón, para asegurarse su indemnidad social en la contienda política.

La ocupación judicial del Estado de Derecho se produce en todos los frentes. En el jurídico, con el desplazamiento de la ley. En el político, al dotarse de un actor movilizador que, sin ser poder judicial, dice hablar por él, y cuyas razones, a diferencia de las de los demás poderes, no están aparentemente contaminadas por la política. El CGPJ sería algo parecido a la concentración política de un poder, por definición, disperso; una entidad política «apolítica», cuya «verdad» reside en la fuerza de una independencia de la que, jurídicamente, carece.

El poder judicial es, en efecto, un actor pasivo. No interviene de oficio, ni adelanta acontecimientos. Su función se circunscribe a la resolución de controversias debidamente formuladas ante los órganos judiciales. El mundo puede venirse abajo, pero sin una demanda o una denuncia previa el poder judicial ha de permanecer en silencio. Sin embargo, el CGPJ anticipa una pretendida respuesta de los jueces a cuestiones que todavía no se han planteado en sede judicial. Cuestiones que pueden tener trascendencia pública y política, pero que aún no

han llegado a los tribunales. El CGPJ opera, en muchos casos, como un agente político movilizador de la opinión pública, colocando sobre la arena el supuesto parecer de los jueces sobre un concreto asunto de relevancia política, antes de que los jueces se hayan pronunciado en derecho, a través de sus sentencias. Manifestar la opinión anticipada sobre un proyecto o proposición de ley, sobre una eventual decisión gubernamental o del parlamento y presentarla ante la ciudadanía como si fuese lo que piensan los jueces ¿no es, acaso, una forma de condicionar su independencia y de posicionarlos antes de que tengan que juzgar?

El posicionamiento político del CGPJ y la falsa creencia de que sus palabras son las de los jueces y juezas que integran el poder judicial del Estado, explica por qué ante iniciativas legislativas en las que es previsible una severa oposición del CGPJ, se opte estratégicamente desde la política, por presentarlas como proposiciones de ley y no como proyectos de ley, evitándose, así, esa anticipación de parecer por parte del CGPJ, cuyo principal impacto es puramente político, pues, jurídicamente, la iniciativa legislativa puede ser objeto de sucesivas enmiendas, sobre las que el CGPJ nada podrá (o nada debiera) decir.

El fundamento democrático del Estado Derecho, el mismo que paulatinamente se está sustituyendo por esta particular gobernanza judicial, debiera ser argumento suficiente para frenar este proceso evolutivo. El Estado de Derecho no es el Estado del juez, es el Estado del Parlamento («imperio de la ley») y ninguna independencia permite a los jueces desvincularse de él. Una cosa es que completen el ordenamiento jurídico creando derecho y otra, bien distinta, que el derecho de creación judicial pueda desconocer el contenido de aquellas leyes que a los jueces no les gustan.

El CGPJ canaliza un activismo judicial de naturaleza marcadamente política y crea la convicción ciudadana de que su voz es la del poder judicial. La funcionalidad de este instrumento, cuando menos en la experiencia de nuestro país, es altamente discutible.

El problema es que, a diferencia de Alemania, Países Bajos, Suecia, Dinamarca, Noruega y Austria (entre otros), hemos cometido el error de constitucionalizar nuestro particular consejo de la judicatura, lo que nos obliga a convivir con un órgano que no ha sabido digerir la democracia y que ha ocasionado múltiples desgarros institucionales, principalmente en relación con el poder judicial al que, teóricamente, debe servir.

El art. 122 de la Constitución es un límite infranqueable, pero también es, en cierto modo, un precepto vacío, pues se centra exclusivamente en la composición del CGPJ y en las incompatibilidades y garantías de sus miembros. Desde un punto de vista, sustantivo, la Constitución nos dice que la LOPJ establecerá las funciones del CGPJ «en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario». Pues bien, quizá haya llegado la hora de

modificar una vez más la LOPJ en este punto, pero no para cambiar aspectos relativos a su composición y organización, sino para reconsiderar las competencias del CGPJ, ajustándolas al mínimo constitucional establecido, lo que comporta suprimir todas aquellas facultades que la experiencia ha demostrado que han sido motivo de fricción política con el ejecutivo o el legislativo. Además, podría introducirse un precepto que reforzase la idea de no intervención del CGPJ más allá de las competencias que expresamente tiene encomendadas.

Una reforma de este tipo podría aliviar la situación, aunque no falten razones para promover su desconstitucionalización. Si algún día fuese posible una reforma de la Constitución no sería inútil abordar este asunto. Aunque la hipótesis resulte difícil de imaginar, cabe preguntarse si sería jurídicamente sería posible.

Vivimos un momento en el que la búsqueda de cláusulas implícitas de intangibilidad es uno de los mayores entretenimientos del derecho público español, a pesar de que la propia Constitución de 1978 reconoce expresamente la posibilidad de su «revisión total». Tal es la desconfianza que algunos tienen en el porvenir que, en un ejercicio de la vanidad redentora, lejos de concebir la Constitución como un marco para la libertad, la necesitan como un chaleco de fuerza con el que sujetar a la generación presente y a las futuras. A veces la democracia duele. Pero la solución no pasa por reprimirla mediante un «derecho constitucional del enemigo» (Caamaño, 2020a).

Pues bien, la doctrina fraguada por la jurisprudencia del TJUE (Bustos Gisbert, 2020) está forjando, sentencia a sentencia, y de modo desapercibido, una especie de cláusula de intangibilidad mediante la que asegurar la posición ganada por la judicatura en la dirección política de nuestras democracias.

Formulo una hipótesis extrema con la única finalidad de realizar un sencillo e inocente ejercicio de situación. Si se aprobase una reforma constitucional mediante la que se suprimiese la figura del CGPJ, ¿Sería absolutamente descabellado pensar que esa reforma sería recurrida ante el Tribunal Constitucional invocando el derecho al juez independiente del art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión y el ya comentado principio de no regresión? No es necesario especular acerca de quién sería el promotor de la impugnación, ni tampoco sobre lo que resolvería el Tribunal Constitucional. Basta con saber que, al inicio del siglo, cuando se firmaba el Tratado de Niza, era imposible imaginar algo semejante, por la completa falta de referencias. Había entonces más democracia y menos juez o hay ahora más juez y un poco menos de la base republicana que mueve la democracia. Si las preguntas te han suscitado alguna lejana duda, habrás comprendido el sentido último de estas palabras.

Bibliografía citada

Alonso Mas, Mª José (2012) «La eficacia vinculante de las sentencias estimatorias del recurso de casación en interés de Ley. A propósito de la STC 37/2012, de 19 de marzo», *Revista de Administración Pública*, núm. 189.

Anderson, Perry (1979). *Transiciones de la antigüedad al feudalismo*, Madrid, Siglo XXI.

Bachof, Otto (1979). *Wege zum Rechsstaa*t, Königstein im Taunus, Athenäum.

Bingham, Tom (2010). *The rule of Law*, London, Allen Lane.

Bustos Gisbert, Rafael (2020). «Comunicación transjudicial en Europa en defensa de la independencia de los jueces», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 33.

Caamaño, Francisco (2022). «El casco de Hades y la independencia judicial». *Revista de Estudios Políticos,* 198.

— (2020a). *Federación y reforma*, Valencia, Tirant lo Blanch.

— (2020b). «El poder judicial en la federación y el gobierno de la judicatura», en R. Punset Blanco; L. Tolivar Alas (coord.): *España: el federalismo necesario*, Madrid, Reus.

Gargarella, Roberto (2011). *La justicia frente al Gobierno*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Geyh, Charles Gardner (2019). *Who is to judge? The Perennial Debate Over Whether to Elect or Appoint America's Judges,* Oxford, Oxford University Press.

López Aguilar, Juan Fernando (2016), «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», *Teoría y realidad constitucional*, num. 38.

Lösing, Norbert (2011). «Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XVII.

Muñoz Aranguren, Arturo (2009). «Comentario sobre las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 y 26 de noviembre de 2007. A vueltas con el valor vinculante de la jurisprudencia», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 17.

Müssig, Ulrike (2014). *El juez legal*, Madrid, Dikynson.

Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel; Arnaldos Orts, Enrique (2022). «La independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 198.

Sumption, Jonathan (2021). *Law in a time of crisis*, London, Hardback.

LA FUNCIÓN DE CONTROL Y SU DESEMPEÑO POR EL CONSEJO DE ESTADO

Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín
Letrado Mayor del Consejo de Estado

1. La naturaleza constitucional del Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo

En uno de los meritorios Cuadernos de Documentación (el número 7) que publicó durante la Transición el Instituto Nacional de Prospectiva, con la colaboración del entonces Centro de Estudios Constitucionales, escribió Rodríguez-Zapata (1989, 41-42): «el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo son, a nuestro juicio, algo más que meros *órganos de relevancia constitucional*. Se trata de entes que completan el esquema de coordinación de poderes, tratando de consolidar el complicado equilibrio político entre los poderes del Estado, a la vez que garantizan la observancia de la Constitución y los valores fundamentales del ordenamiento».

Ciertamente, los órganos citados no participan en la función de dirección política, pero se insertan en el sistema de controles previsto en la Constitución. El concepto de control se debe a la doctrina administrativista, que le asigna el fin de garantizar la integridad de determinados principios, normas o valores. Y un control es constitucional cuando recae sobre un órgano constitucional o sobre una función constitucional, es decir, sobre un objeto que constituya el supuesto de hecho de una norma constitucional (Galeotti, 1962)[1].

En este sentido, y por ejemplo, es constitucional el control que el Consejo de Estado ejerce sobre la potestad reglamentaria del Gobierno, puesto que se

[1] De ahí proceden la mayor parte de los elementos de la teoría del control que se utilizan en este artículo.

trata de una potestad reconocida en el artículo 97 de la Constitución[2]. Cabe añadir que se trata de un control constitucional que viene a conjurar un riesgo políticamente real. Es conocida, en este sentido, la frase del Conde de Romanones (1944, 99): «Con un Reglamento a mi gusto, convierto en ineficaz la Ley que más me disgusta».

2. Las características de la función de control del Consejo de Estado.

a) La clasificación de los fines de la función de control

Según se acaba de ver, la función de control viene guiada por su fin institucional, que consiste en la protección de determinados principios, normas o valores. Según tenga un fin u otro, el control será (o no) propiamente constitucional. De ahí la importancia de la clasificación de los fines de la función de control del Consejo de Estado.

Puede partirse de la clasificación formulada por García de Enterría (1972, 140)[3], quien observa que, más que la función de consejo, «la función garantía y de fiscalización de las decisiones que son consultadas» es «la función más significativa que suelen cumplir los cuerpos colegiados de tipo clásico»[4]. En este sentido, «basta examinar las listas de consultas preceptivas para concluir que la intervención del Consejo de Estado suele orientarse primordialmente a garantizar» el cumplimiento de tres tipos de fines.

El primero es «garantizar el funcionamiento objetivo de la Administración por relación a otros poderes constitucionales». Propone García de Enterría varios ejemplos de consultas preceptivas que quedarían comprendidos en esta categoría. Completando su enumeración con las citas, entre paréntesis, de la vigente Ley Orgánica del Consejo de Estado (LOCE), se trataría, entre otros supuestos, de «propuestas administrativas de modificación de la Ley de Presupuestos» (concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito: artículo 22.14), «desarrollo por el Gobierno de leyes de delegación o de leyes de bases» (proyectos de decretos legislativos: artículo 21.3) y «Reglamentos ejecutivos de las leyes» (regla-

[2] Con arreglo al artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, la Comisión Permanente del Consejo deberá ser consultada en todos los «reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones».

[3] De esta misma fuente proceden las citas que siguen.

[4] Es indudable que la «función de garantía y de fiscalización» es la que cumplen las más importantes observaciones de los dictámenes del Consejo de Estado. Pero la simple «función de consejo» está presente en muchas otras observaciones.

mentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones: artículo 22.3).

Supuestos legales de controles constitucionales no existentes cuando García de Enterría escribía la obra que se viene citando son el control del ejercicio de funciones delegadas por el Estado a las comunidades autónomas (artículo 22.5) y la impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo a la interposición del recurso (artículo 22.6).

El segundo fin institucional al que pueden enderezarse las consultas preceptivas al Consejo de Estado es el de garantizar «la objetividad de la acción administrativa frente a los particulares». Procediendo como en el párrafo anterior, supuestos de consultas que integran esta categoría son, según García de Enterría, la «modificación, interpretación y extinción de contratos y concesiones» (nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos previstos en la legislación de contratos del Estado: artículo 22.11[5]); la «responsabilidad por daños» (reclamaciones que, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, se formulen a la Administración General del Estado en los supuestos establecidos por las leyes: artículo 22.13); «revocaciones de actos administrativos» (revisión de oficio de disposiciones administrativas y de actos administrativos, en los supuestos previstos por las leyes (artículo 22.10); y «recursos» (recursos administrativos de revisión y recursos administrativos de súplica o alzada que deban conocer en virtud de disposición expresa de una Ley el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno o la Presidencia del Gobierno: artículo 22, apartados 9 y 8, respectivamente).

El tercero y último fin que puede corresponder a las consultas al Consejo de Estado sería el de garantizar «la objetividad de la Administración frente a las leyes que limitan —precisamente— su actividad». De los ejemplos propuestos por García de Enterría para esta categoría citaremos solamente el de las transacciones (transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública y sometimiento o arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos: artículo 21.8). Le falta a esta categoría la precisión que acompaña a las otras dos, que se definen por razón de los sujetos (órganos constitucionales, ciudadanos) en cuyo beneficio se establece el control. En realidad, en esta tercera categoría el fin del control no es otro que el general de garantía del principio de legalidad de la Administración.

Como se deduce de lo que antes se dijo, sólo los supuestos de consultas preceptivas que integran la primera categoría constituyen controles constitucionales

[5] A este precepto habría que añadir, en materia de concesiones, el artículo 22.12, que tiene una estructura muy semejante.

en sentido estricto. Sin embargo, las consultas que componen las otras dos categorías tienen al menos una relevancia constitucional indirecta, en cuanto que el principio de legalidad y los demás principios que rigen la actuación de la Administración pública se reconocen en la Constitución, principalmente en sus artículos 9.1 y 3 y 103.1.

b) El valor añadido de la función de control del Consejo de Estado

Junto con el Consejo de Estado, otros órganos, constitucionales o de relevancia constitucional, ejercen asimismo funciones de control. Es el caso del Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo, así como de los órganos que integran las Cortes Generales y el Poder Judicial.

En este marco de concurrencia de controles ¿cuál es el valor añadido de la función de control del Consejo de Estado? Una serie de notas características contribuyen a contestar esta pregunta.

En primer lugar, se trata de un control necesario —preceptivo en la terminología española— que se ejerce imperativamente cuando el objeto controlado entra en la esfera del sujeto controlante. Por lo demás, las normas legales que ordenan las consultas se cumplen prácticamente siempre. Utilizando una metáfora coloquial, son controles que se ejercen en régimen de «piloto automático», y así son percibidos y vividos en la práctica administrativa.

En segundo lugar, el control que desempeña el Consejo de Estado es un control frecuente, de ejercicio cotidiano, o, por mejor decir, semanal[6]. Son muchos los supuestos en los que la ley prevé el control y muchos los casos en que el control efectivamente se ejerce.

Por último, el control consultivo del Consejo de Estado es un control generalista, que cubre todas las ramas del Derecho. Un órgano consultivo generalista es capaz de sentir mejor el peso del conjunto del ordenamiento jurídico y de repartirlo adecuadamente, con el correspondiente reflejo en el contenido y en la estructura de los dictámenes que aprueba. Es oportuna aquí una cita de Santi Romano sobre el Consejo de Estado italiano, que recoge Rodríguez-Zapata, traduciéndola sin duda del original: «El Alto Cuerpo asegura la continuidad de los principios directivos que deben presidir la obra administrativa; su carácter general garantiza la coordinación de los actos administrativos entre sí, a la vez que con el resto del ordenamiento jurídico» (Romano: 1932, 14ss)[7].

[6] Sabido es que la Comisión Permanente del Consejo de Estado se reúne todos los jueves. De ahí que junto al lema latino oficial del Consejo (*Praevidet Providet*) pudiera proponerse uno informal, aunando calendario y patrocinio: *Dies Jovis et Mater Boni Consilii*.

[7] La cita de Rodríguez-Zapata en 1980: 43.

Además de estas razones conceptuales, están las que derivan de la naturaleza, la historia y las tradiciones de la institución, que también contribuyen a realzar el valor de la actividad del Consejo de Estado. Como veremos, se trata de factores que vienen a ensanchar los límites de los dictámenes en los que cristaliza la labor consultiva del Consejo.

En este sentido, el control ejercido por el Consejo de Estado no tiene la rigidez ni los condicionamientos que trae consigo el enfrentamiento que es propio de la actividad política democrática y que afectan a la función parlamentaria de control. Por otra parte, la tradición institucional impide que el Consejo quede o aparezca dividido en «sectores» políticos o ideológicos.

También se beneficia el procedimiento consultivo de la flexibilidad que deriva de la ausencia en su seno de todo conflicto entre partes, que es lo que caracteriza y define a la actividad jurisdiccional de control. Los límites del proceso vienen estrictamente trazados por el principio de congruencia: no puede ir más allá de lo alegado y pedido por las partes.

En cambio, en las reuniones de las Secciones, de la Comisión Permanente y del Pleno del Consejo de Estado, las partes que puedan existir en el expediente que se despache ni siquiera están representadas. El contenido de los dictámenes tampoco está rígidamente predeterminado por los términos de la consulta, sino que puede extenderse a todo aquello que suscite el expediente, incluyendo «los aspectos de oportunidad y conveniencia» (artículo 2.1 LOCE). Es más, si el Consejo estima que los márgenes de la consulta deben ampliarse, «puede solicitar del órgano consultante que se complete el expediente con cuantos antecedentes, informes y pruebas estime necesarios» (artículo 18.3 LOCE).

Por último, los debates que tienen lugar en el Consejo de Estado se caracterizan también por su flexibilidad. Los debates entre consejeros, tanto en la Comisión Permanente como en el Pleno, gozan de una libertad que se ve protegida por el secreto de las deliberaciones. Con la misma libertad se desarrollan los debates que pueden llamarse interjerárquicos, es decir, los que se dan entre consejeros y letrados en las Secciones[8] y también en la Comisión Permanente y en el Pleno. En orden al contenido de los debates, no se da en el Consejo de Estado la deferencia jerárquica que existe en otras organizaciones, lo cual, por supuesto, se entiende sin perjuicio de que la decisión final corresponda a los consejeros.

[8] La libertad de la posición de los letrados ponentes en la Sección se ve indirectamente protegida por lo previsto en el artículo 66.1.3ª del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, que encomienda a los Letrados Mayores «redactar los proyectos de dictamen en aquellos expedientes en que hubiese sido desechado el del Letrado encargado de su despacho, para lo cual el Letrado Mayor seguirá las instrucciones que el Consejero le diere». Se sobrentiende que el Letrado ponente autor del dictamen desechado no está obligado a redactar uno nuevo de acuerdo con el criterio sostenido por el consejero.

En suma, el Consejo de Estado desempeña una función de garantía cuya calidad se ve reforzada porque se ejerce a través de un sistema de consultas preceptivas y frecuentes, que el Consejo despacha con una perspectiva generalista mediante dictámenes cuyo contenido se determina tras una preparación y unos debates que se caracterizan por la flexibilidad y la libertad.

Referencias bibliográficas

Galeotti, Sergio (1962). «Controlli costituzionali», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo X. Milano, Giuffrè.

García de Enterría, Eduardo (1972). *La Administración española*, Madrid, Alianza Editorial.

Rodríguez-Zapata, Jorge (1980): *Ley Orgánica del Consejo de Estado*, Madrid, Instituto Nacional de Prospectiva.

Romano, Santi (1932): «Le funzioni ed caratteri del Consiglio di Stato», en *Studi in occasione del centenario*. Roma, Istituto poligráfico dello Stato.

Romanones, Conde de (1944): *Breviario de política experimental*, Madrid, Espasa-Calpe.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DEFENSOR DEL PUEBLO[1]

Andrés Jiménez Rodríguez
Director del Área de Seguridad y Justicia del Defensor del Pueblo

1. Origen y denominación

El Defensor del Pueblo es una institución que nace con la Constitución de 1978 como garantía extrajudicial de los derechos fundamentales sin precedentes en el constitucionalismo español. Hay otras instituciones que se renuevan con la Constitución de 1978 y en este caso nace. Y lo hace con un nombre que es tan hermoso como equívoco: Defensor del Pueblo.

Llamarse así, en sí mismo, genera enormes expectativas: el Defensor del Pueblo, el tribuno de la plebe (López, 2018), el Ombudsman[2]. Pero al mismo tiempo esa hermosura es equívoca porque si se tienen en cuenta las palabras que figuran en la denominación de la institución aparece la palabra «defensor», que tiene reminiscencias de defensa jurídica, pero no es una defensa jurídica, por eso es

[1] Plasmo en este texto una dilatada experiencia como funcionario de la institución del Defensor del Pueblo: técnico del Área de Justicia (2002-2003), director del Área de Defensa e Interior (2003-2010), coordinador del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (2010-2017) y director del Área de Seguridad y Justicia (desde 2010 hasta la actualidad).

[2] La Real Academia Española, en el *Diccionario panhispánico de dudas*, dice: «Voz sueca que significa 'alto funcionario público encargado de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos ante los poderes públicos'. Debe sustituirse en español por las denominaciones propias de cada país: *defensor del pueblo*, en España y en la mayor parte de América del Sur; *defensor de los derechos humanos*, en México y algunos países centroamericanos; *defensor de los habitantes*, en Costa Rica; y *procurador de los derechos humanos*, en Guatemala. Si el cargo lo desempeña una mujer, deben usarse las formas femeninas de las distintas denominaciones: *la defensora del pueblo, la procuradora de los derechos humanos*, etc. Para los usos extensivos en que esta palabra se refiere a la figura que defiende los derechos de otros colectivos, se recomienda emplear la voz *defensor*, seguida del complemento especificativo correspondiente: *defensor del lector, defensor del consumidor*, etc».

equívoco; y naturalmente la palabra «pueblo» que tiene un significado político enorme, pues la soberanía nacional reside en el pueblo. Y eso más confunde que aclara la naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo.

El Defensor del Pueblo está recogido en la Constitución en el artículo 54: «Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo como Alto Comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales». Suficiente para explicar algunas características definitorias de la institución. El verbo clave es «supervisar». El sujeto pasivo de la supervisión, las administraciones públicas españolas. El objetivo, defender los derechos del Título Primero de la Constitución.

Este es el marco constitucional y con él y muy poco más (en concreto, la Ley orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo –LODP—, promulgada antes de que existiera la institución en la vida real), tras su nombramiento como primer defensor, Joaquín Ruiz-Giménez tuvo que construir la Oficina el mes de enero de 1983, hace ahora cuarenta años.

La lectura del Informe anual 1983 del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales, el primero realizado, permite comprender bien aquellos momentos fundacionales, las decisiones que se tomaron (que en cierta medida subsisten hoy) y las reflexiones de la ilustre personalidad que estuvo al frente en los inicios.

2. Institución del Estado

Del Defensor del Pueblo podría decirse, siguiendo el artículo 54 de la Constitución, que es una organización de derechos humanos, pero no es solo eso, ni es definitorio eso, porque hay muchas organizaciones de derechos humanos de ámbito nacional o internacional, particularmente en la llamada «sociedad civil».

El Defensor del Pueblo es una institución del Estado. Si se preguntase a quien trabaja en la Oficina sobre lo que es el Defensor del Pueblo, probablemente diría por de pronto (aunque no sea suficiente para definirlo) que es una institución del Estado al servicio del perfeccionamiento del propio Estado que actúa con independencia y flexibilidad teniendo como norte los derechos fundamentales y, debe añadirse, el buen funcionamiento de las administraciones públicas; lo que es mucho más que los derechos fundamentales.

Y esto es lo que ha resultado del paso del tiempo y no solo del paso del tiempo. Si se examina la ley orgánica del Defensor del Pueblo se observa que el artículo 9.1 dice que «el Defensor del Pueblo podrá iniciar o proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los

actos y resoluciones de la administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución, y el respeto debido a los derechos proclamados en su Título Primero».

El artículo 103.1 de la Constitución no está en el bloque de los derechos fundamentales. ¿Por qué aparece el artículo 103.1 de la Constitución? Porque ahí están los principios de lo que pudiéramos denominar «buen funcionamiento administrativo». Principios de eficacia y coordinación, por ejemplo. Y eso hace que desde el primer momento el Defensor del Pueblo no se ocupe tan solo de los derechos fundamentales (del Título Primero de la Constitución), yendo más allá de lo que dice estrictamente el artículo 54 de la misma.

La oficina del Defensor, en su día a día, no es que se ocupe permanentemente de ver, de supervisar, si se respetan o no los derechos fundamentales —aunque también— sino que se preocupa por el buen funcionamiento (coordinado si es necesario, eficaz siempre...) de las administraciones públicas, de todas las Administraciones públicas, territoriales y corporativas.

Una de las características de la institución es que no está en una relación de naturaleza competencial con los defensores del pueblo autonómicos. El Defensor del Pueblo conoce en toda España y con respecto a todas las administraciones públicas. Y lo que sucede es que si hay un defensor autonómico es mejor para el ciudadano porque el ciudadano tiene dos vías. Pero una vía *ab initio* no excluye la otra, luego ya sí, si va por una vía luego no puede ir por la otra, pero *ab initio* tiene el ciudadano dos «ventanillas» en el caso de Cataluña o de la Comunidad Valenciana, por ejemplo, no en el caso de Madrid u otras comunidades donde no hay defensor autonómico.

Otra cosa que suele decirse sobre el Defensor, sobre lo que no es, es que no tiene poder ejecutivo. Es una organización de derechos humanos pero no es una ONG porque es una institución del Estado. Pero *de contrario* tampoco es una organización gubernamental porque no está en la estructura del poder ejecutivo; ni es una ONG ni es una OG, si es que eso se pudiera decir de esa manera, si existiese esa sigla. Es una organización constitucional, Alto Comisionado de las Cortes Generales, nombrado por éstas.

También se podría hablar mucho sobre el significado de ser Alto Comisionado o sobre el significado de *supervisión* y sus diferencias con el concepto de *control*. Hay mucha doctrina científica que se viene ocupando del Defensor del Pueblo desde su creación[3].

[3] Así, Rovira Viñas (2002), comentarios que tienen un especial interés —además de por su contenido, calidad y extensión— porque buena parte de sus autores trabajaban —y, en algún caso, continúa trabajando— en el Defensor del Pueblo. Ver la amplia bibliografía que en este libro se cita (páginas 1059 y siguientes), con especial atención a los comentarios a la Constitución (por el artículo 54). Se trata además de los únicos comentarios existentes (salvo error u omisión) a la LODP, si bien

Por supuesto no es poder legislativo, como tampoco es poder judicial ni ministerio fiscal[4]. Habría que desbrozar los rasgos definitorios de varias instituciones y las analogías y diferencias entre ellas y el Defensor del Pueblo. En particular, se tiene mucha relación con la fiscalía pero en términos no de supervisión sino de cooperación, de colaboración entre instituciones[5].

Se ha dicho por La Pergola (1979) que es una «magistratura de persuasión». En efecto, lo que se pretende es la influencia, no por el prurito de influir sino para cumplir la misión encomendada de ayudar a perfeccionar el Estado, en concreto el funcionamiento de las administraciones públicas y ello al servicio de los ciudadanos.

3. Crítica política y Defensor del Pueblo

Al Defensor del Pueblo llega, precisamente por el nombre equívoco, mucha crítica política: «Me parece mal tal ley, me parece mal lo que ha dicho tal diputado en tal contexto» etcétera, y han de hacerse muchos escritos que pudieran denominarse *pedagógicos,* escritos que pueden llamarse *de orientación*. A la distinción tradicional entre queja de admisión a trámite y queja de inadmisión, hay que añadir el matiz de que una queja puede ser de inadmisión a trámite en el sentido de que no genera un escrito a la Administración, pero dado que uno de los deberes de la Oficina es escribir al ciudadano siempre, sea en admisión a trámite sea en no admisión también, muchas veces, adicionalmente, hay que orien-

sobre el artículo 54 de la Constitución sí es amplia la bibliografía. Trabajos más recientes pueden consultarse en la biblioteca del Defensor del Pueblo.

[4] El Defensor del Pueblo respeta la independencia judicial y la autonomía funcional del Ministerio Fiscal. El artículo 13 de la ley orgánica dispone que «cuando el Defensor del Pueblo reciba quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia, deberá dirigirlas al Ministerio Fiscal para que éste investigue su realidad y adopte las medidas oportunas con arreglo a la ley, o bien dé traslado de las mismas al Consejo General del Poder Judicial, según el tipo de reclamación de que se trate; todo ello sin perjuicio de la referencia que en su informe general a las Cortes Generales pueda hacer al tema». Por su parte, el artículo 17.2 dispone que «el Defensor del Pueblo no entrará en el examen individual de aquellas quejas sobre las que esté pendiente resolución judicial y lo suspenderá si, iniciada su actuación, se interpusiere por persona interesada demanda o recurso ante los Tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional. Ello no impedirá, sin embargo, la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas. En cualquier caso velará por que la Administración resuelva expresamente, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados». Estos preceptos se han vendo interpretando —dicho sea en términos muy generales— en el sentido de que el Defensor del Pueblo puede intervenir sobre lo que se denomina «administración de la administración de justicia» (expresión acuñada por la STC 56/1990), así como sobre los problemas generales de la justicia y las dilaciones indebidas de juzgados y tribunales.

[5] Sobre las relaciones entre el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, Fernández Marugán (2021), contribución del entonces Defensor del Pueblo en funciones al libro conmemorativo que se publicó con motivo del XL aniversario del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

tar, o indicar dónde debe ir el compareciente. Hoy en día casi siempre donde debe ir es una dirección de internet o un registro electrónico, además (o en lugar de) la tradicional sede física.

En ocasiones se hace pedagogía sobre lo que es y sobre lo que no es el Defensor del Pueblo. Y ha de explicarse en escritos que de lo que se trata es de supervisar a la Administración. Parece una obviedad, pero no lo es para el compareciente.

Aquí ha de entrar en juego una distinción clásica que en España la doctrina comienza a configurar en los años cincuenta del pasado siglo, la distinción entre Gobierno y Administración, algo que, como se ha dicho, puede parecer evidente pero no lo es para el ciudadano.

El Derecho administrativo se construye teniendo en cuenta que una cosa es el Gobierno, con unos controles, y otra cosa son las administraciones públicas. El ciudadano muchas veces escribe como si el Defensor fuera un sujeto político. Como un actor del que se espera alabanza o crítica al Gobierno central o autonómico, o a un alcalde.

El marco constitucional y legal es la supervisión de las administraciones públicas. Se hace por ello mucho «apostolado» de la distinción apuntada, que es una distinción sana y es una distinción muy democrática; un país democrático distingue bien entre el Gobierno o los gobiernos y las administraciones públicas.

4. Auctoritas y potestas

En el Defensor del Pueblo cobra sentido aquella vieja distinción entre *auctoritas* y *potestas* del Derecho Romano. Aquí no hay *potestas*. Aquí existe la *auctoritas* de la que la institución sea capaz. Y para eso es muy importante la *auctoritas* personal del titular de la institución. Todos los defensores son personas de prestigio[6], y eso es muy importante para tener la capacidad de influir; y luego naturalmente que los funcionarios ayuden al titular de la institución a hacer propuestas razonadas, constructivas, eficaces y que mejoren, que es lo que se pretende, el funcionamiento del estado de derecho.

5. Espíritu constructivo

La información que se obtiene en las tramitaciones ha de emplearse para mejorar el funcionamiento de las administraciones. No de manera irresponsable,

[6] Baste citar sus nombres: Joaquín Ruiz-Giménez Cortés (1982-1987), Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado (1988-1993), Fernando Álvarez de Miranda y Torres (1994-1999), Enrique Múgica Herzog (2000-2010), Soledad Becerril Bustamante (2012-2017) y Ángel Gabilondo Pujol (desde 2021).

improvisada o voluntarista. Hay que intentar ser enormemente reflexivos, constructivos y realistas.

En el año 2012 y 2013 hubo muchos problemas en la vía pública en España, hubo muchas manifestaciones con incidentes. El Defensor del Pueblo defendió el derecho de los ciudadanos a poder identificar mediante un número al policía «antidisturbios» que estaba en la calle.

Sobre el tema de la identificación mediante placas u otros elementos, en la tesitura entre identificación mediante un número fijo (que podría conducir a la identificación indirecta del policía, que tiene derecho a preservar su nombre y apellidos) y no identificación (que era inaceptable) se decidió que el funcionario estuviera identificado y que ese número cambiara cada día. Que fuera un número aleatorio. Eso compatibilizaba la seguridad del funcionario con el derecho del ciudadano a identificar por un número a un miembro del Cuerpo Nacional de Policía.

Fue un ejemplo de solución constructiva a los problemas, pues la solución ni era no identificarse ni era llevar siempre el mismo número; esto último podía terminar siendo inadecuado para la seguridad del funcionario concernido.

Se procuró llevar a la práctica un rasgo que ha de destacarse de la actividad que pudiéramos denominar *defensorial:* es el diálogo constructivo con las administraciones públicas. Además de las quejas, además de las inspecciones, se hacen muchísimas reuniones con administraciones. A título de ejemplo, el Área de Seguridad y Justicia ha celebrado recientemente reuniones con la Secretaría de Estado de Justicia, la Dirección General de Tráfico, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública o la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, entre otras. Ha de hablarse con la Administración. Y la Administración tiene que saber que el horizonte *defensorial* es ayudar a la mejora de su funcionamiento.

6. La frontera entre la supervisión del Defensor del Pueblo y otros controles

Es interesante reflexionar sobre las situaciones de mal funcionamiento de los servicios o mala administración y sobre la relación entre la supervisión propia del Defensor del Pueblo y los controles administrativos y jurisdiccionales orientados al remedio jurídico de los problemas.

Por un lado, puede haber un caso de mala administración, de mala gestión. Por ejemplo, ha de recordarse que cuando se implantó en Estaña el documento nacional de identidad electrónico, el tiempo necesario en las comisarías del Cuerpo Nacional de Policía para expedir o renovar cada documento se triplicó. Es decir, en emitir un DNI electrónico se tardaba tres veces más que en emitir un

DNI tradicional. Y había dilaciones y esperas porque todos los ciudadanos españoles tienen que acudir varias veces en su vida a una comisaría de policía. Entonces hubo un problema de gestión enorme. Eso sería un caso de mala administración, no se tomaron las previsiones necesarias para afrontar (reforzando los medios personales y materiales) la limitación de que se podían emitir sólo cuatro documentos nacionales de identidad a la hora por los funcionarios en vez de doce. Un caso de mala administración, sobre el que el Defensor del Pueblo se ocupó profusamente en su día.

Por su parte, en el marco de los remedios jurídicos clásicos (proceso contencioso-administrativo y procedimiento administrativo), teniendo en cuenta la ubicación sistemática del Defensor del Pueblo en la Constitución ha de afirmarse que es una garantía o remedio extrajudicial[7]. Y además tal y como está configurada la ley orgánica se repelen. Si el ciudadano acude a la jurisdicción no puede acudir al Defensor del Pueblo. Puede afirmarse que una frontera del Defensor del Pueblo es el respeto a las decisiones judiciales, en expectativa o ya producidas (casos *sub iudice* y en situación de cosa juzgada).

Entonces lo que sucede en la práctica es que el ciudadano puede decidir presentar una queja al Defensor del Pueblo. Pasa mucho con los internos en centros penitenciarios. Los internos tienen un remedio judicial, que se llama curiosamente recurso de queja al juez de vigilancia penitenciaria. Y la persona privada de libertad, colectivo que se cita en el art. 16 LODP, puede dirigirse al Defensor del Pueblo, en sobre cerrado[8].

Si el Defensor del Pueblo dijera, en su práctica cotidiana, que como los internos en prisión pueden acudir al juez de vigilancia penitenciaria porque disponen de un remedio judicial que es el recurso de queja, sin abogado, sin procurador, sencillo, muy parecido en su factura formal a la queja al Defensor del Pueblo[9] no pueden acudir a éste, no se admitiría a trámite ninguna queja de esas personas y es muy evidente que la filosofía de la Ley orgánica 3/1981 es clarísima en sentido contrario. Tan clara que se refiere a tales personas (junto a las demás privadas de libertad) en el artículo 16 LODP.

Por tanto, en conclusión, el ciudadano tiene que elegir; si va a la vía judicial ya sabe que al Defensor no debe venir, pero no por tener teóricamente

[7] El capítulo IV del título I de la Constitución se denomina «de las garantías de las libertades y derechos fundamentales» y consta de dos artículos, el 53 y el 54. Si el primero se ocupa de la reserva de ley y la garantía judicial, el segundo se refiere al Defensor del Pueblo.

[8] Obsérvese que se trata de personas privadas de libertad en sentido amplio, concepto no circunscrito a quienes se hallan en una cárcel.

[9] Los recursos de queja a jueces de vigilancia penitenciaria a veces se envían al Defensor del Pueblo como documentación complementaria y son muy parecidos a las quejas típicas dirigidas al Defensor del Pueblo desde las prisiones, generalmente sin una gran arquitectura jurídica como es natural, pues no se exige abogado.

abierta una vía judicial está excluido de acudir al Defensor, por analogía a lo que se ha dicho de los internos en prisión: pueden dirigirse al Defensor del Pueblo aun cuando puedan hacerlo, en su lugar, al juez de vigilancia penitenciaria.

En el caso de la vía administrativa, no jurisdiccional, el tema es más dudoso y plantea muchos problemas prácticos. De hecho se podrían poner ejemplos de dos corrientes en la institución al respecto. Por un lado, si una persona puede agotar la vía administrativa se le puede decir, y eso es legítimo, dentro de la flexibilidad a que después se aludirá[10], que debe intentar agotar las posibilidades de remedio dentro de la vía administrativa, luego ya elegirá si acudir al contencioso-administrativo o al Defensor del Pueblo; o por el contrario, si ha habido ya una actuación administrativa puede acudir al Defensor del Pueblo aunque no haya agotado la vía administrativa.

Lo que sí es más frecuente (aunque también hay opiniones sobre esta cuestión) es considerar que hay que dar la oportunidad a la Administración de actuar. Si una persona se queja, por ejemplo, porque le parece que un registro civil no gestiona bien las peticiones de nacionalidad española lo que tiene que hacer es intentarlo. Luego ya si fracasa entonces podrá decirlo con fundamento y dirigirse al Defensor del Pueblo.

7. El principio de flexibilidad

La ley orgánica del Defensor del Pueblo es una ley, si se permite la expresión, muy de la transición política. Se está construyendo entonces el Estado democrático mediante unas leyes muy importantes por su potencial transformador y al mismo tiempo unas leyes que son incluso en su factura formal más bien cortas y desde luego claras. La brevedad y claridad de las normas contribuyen a la eficacia del Derecho.

Quien escribe estas líneas suele acudir a las conferencias con una edición que promovió Enrique Múgica con motivo del veinticinco aniversario de la Ley orgánica del Defensor del Pueblo en el año 2006[11]. Son 116 páginas. Al estar en inglés una parte, el texto castellano termina en la página 86. Un texto relativamente

[10] El artículo 18.1 primer inciso LODP dice: «1. Admitida la queja, el Defensor del Pueblo promoverá la oportuna investigación sumaria e informal para el esclarecimiento de los supuestos de la misma». Los términos sumario e informal parecen aludir a una cierta rapidez y a la ausencia de forma procedimental predeterminada por la ley, respectivamente. Al final la forma es una práctica, es lo consuetudinario en la institución que además puede cambiar con cierta facilidad, mayor desde luego que si el procedimiento estuviera legalmente predeterminado.

[11] *Defensor del Pueblo. Normas reguladoras.* Cizur Menor, Aranzadi, 2006.

corto. Con lo que al final se ha tenido un marco normativo por un lado muy claro y también enormemente flexible.

Puede traerse a colación aquella frase del capítulo LI de la segunda parte de «El Quijote», cuando Don Quijote está aconsejando a Sancho Panza sobre cómo tiene que actuar en su calidad de Gobernador de la Ínsula Barataria y dice: «No hagas muchas pragmáticas y si las hicieres procura que sean buenas y sobre todo que se guarden y cumplan».

El Defensor del Pueblo se ha visto como institución —puede decirse analizando las cosas en la perspectiva de cuatro décadas— favorecido por esa filosofía de tener pocas normas. Evidentemente, como es el Defensor del Pueblo, todo aquello que regula la Administración General del Estado no le resulta de aplicación, piénsese por ejemplo en los plazos.

Lo que regula las Cortes en alguna medida sí, pues el Presupuesto es una sección del Presupuesto de las Cortes Generales y se da cuenta a las Cortes Generales, hay una regulación de la comparecencia del Defensor, hay una Comisión Mixta Congreso-Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo, hay una conexión derivada, en última medida, de que el Defensor del Pueblo es elegido por el Congreso de los Diputados y por el Senado. Pero en términos orgánicos y funcionales no depende de las Cortes Generales.

De manera que se ha, por decirlo así, disfrutado de una flexibilidad que ha hecho sentirse cómoda a la institución para actuar con una enorme libertad.

Por ejemplo, la Ley del Síndic de Greuges de Cataluña (Ley del Parlamento de Cataluña 24/2009, de 23 de diciembre) se aprobó hace quince años. Y se nota que es una ley de 2009 porque es una ley que se hace desde una experiencia de muchos años y hay una tendencia diríase que reglamentista en esa ley reguladora. Mientras que la ley del Defensor del Pueblo es una ley de 1981. El Defensor del Pueblo no existía porque empezó a funcionar en enero de 1983. Por tanto, es una ley que podría calificarse de puramente teórica, pero es una ley que es satisfactoria y que ha resultado eficaz precisamente por ser clara, corta y flexible.

8. Fuentes de conocimiento y facultades del Defensor del Pueblo

Antes de reflexionar y proponer, se ha de conocer. Para esto último se necesitan fuentes. La queja, por supuesto, es la fuente fundamental de conocimiento de los problemas. Por ella el Defensor del Pueblo accede a la parte negativa de la realidad administrativa desde la perspectiva del ciudadano. Se esperan en torno a 40.000 en 2023. Fueron más de 31.000 en 2022. Puede decirse que el público acude mucho al Defensor del Pueblo y habría de analizarse por qué es así. El

conocimiento de la institución, la facilidad de acceso, las tensiones en la sociedad y las insuficiencias de las administraciones, conjuntamente, son explicaciones plausibles de esta realidad.

Pero además de la queja el Defensor del Pueblo tiene tres facultades enormemente importantes, derivadas del artículo 19 LODP, que tras enunciar el deber de colaboración de «todos los poderes públicos» (lo que va más allá del concepto de administraciones públicas, sin que ello signifique que se pueda supervisar a tales poderes), se refiere al acceso a las instalaciones, las personas y los documentos.

En primer lugar, el Defensor del Pueblo puede acceder a cualquier documento emitido por cualquier administración pública, en los términos más amplios. Hasta el punto de que el artículo 22 LODP dice que para negar un documento al Defensor del Pueblo, aun clasificado como secreto, deberá haber un acuerdo del Consejo de Ministros, que se acompañará de una certificación acreditativa del acuerdo denegatorio. Esto no ha sucedido nunca[12]. Quiere decirse que es una capacidad de acceso a documentos total en la práctica.

En segundo lugar, una capacidad de acceso a las instalaciones. Cualquier instalación de titularidad de una Administración pública. Esto es muy importante cuando se trata de labores inspectoras sobre lugares.

El Defensor del Pueblo tiene una función adicional a la originaria en virtud de una reforma de 2009: el artículo 3 de la Ley orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, añade a la LODP una Disposición Final Única para que el Defensor del Pueblo ejerza las funciones del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura «de conformidad con la Constitución, la presente Ley y el Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes». El Protocolo Facultativo de la mencionada convención obliga a los Estados signatarios a crear un Mecanismo Nacional de Prevención, que incluye una función, llamémosle, de *supervisión* de instalaciones de privación de libertad, es decir, cárceles, calabozos y un largo etcétera. Aunque en realidad se puede acceder a todas esas instalaciones no en virtud de la reforma de 2009 sino desde el comienzo, en virtud de la LODP (artículo 19) y de manera práctica desde 1983.

Además de documentos e instalaciones, las personas. Es decir, existe la posibilidad de hablar reservadamente con funcionarios. O con cualquier persona que se encuentre en una instalación cuyo titular sea una administración pública.

[12] Tampoco se negó el acceso a documentos con motivo de la actuación de oficio desarrollada ante el Centro Nacional de Inteligencia en abril y mayo de 2022. Ver *Informe anual del Defensor del Pueblo 2022*, páginas 146 y 147.

9. Un archivo de información

El Defensor del Pueblo es también un archivo de información: las quejas, su análisis, las resoluciones (recomendaciones, sugerencias, recordatorios de deberes legales, advertencias) y demás escritos que se generan. A título comparativo, el Consejo de Estado recibe peticiones de dictamen: por ello hay un archivo de normas y de dictámenes sobre ellas. El Defensor del Pueblo tiene información de otro tipo.

Cuando se celebró en 2021 el cuadragésimo aniversario de la ley orgánica 3/1981 se comprobó cuántas quejas se habían recibido en el Defensor del Pueblo en toda su historia. Ese mes de abril de 2021 se alcanzó la queja un millón. Todo eso está en los archivos, desde el primer año de actividad.

Y eso es un acervo de información. ¿Sobre qué?, sobre lo que desde la perspectiva del ciudadano[13] ha funcionado mal o funciona mal en cualquier Administración pública desde 1983 y la tramitación que de ello se ha derivado. Porque nadie viene al Defensor del Pueblo a felicitar a la Administración. La institución sí que lo hace: hay que felicitar a los funcionarios y constatar las muchas cosas que funcionan bien. Pero el ciudadano no lo hace ante el Defensor, el ciudadano cuando presenta una queja constata lo que funcional mal.

Y todas las actas de las inspecciones. O los frutos de las reuniones con ciudadanos, entidades y administraciones. Un volumen de información que permite conocer bien la realidad.

10. Los tiempos del Defensor y de la Administración

Hay plazos de la Administración con respecto al Defensor y plazos del Defensor con respecto a los ciudadanos.

La ley de 1981 establece un plazo para la Administración que ha quedado generalmente superado por la realidad[14].

Cuando el Defensor se dirige a las administraciones, pasado un tiempo que es variable, depende de qué Administración sea, o del asunto que sea, más

[13] También se llevan a cabo actuaciones de oficio en el marco del artículo 9.1: «El Defensor del Pueblo podrá iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación...». En consecuencia, la perspectiva del Defensor, además de la del ciudadano, puede conducir al inicio de una actuación.

[14] El plazo de quince días al que se refiere el artículo 18.1, segundo y tercer inciso, LODP («En todo caso dará cuenta del contenido sustancial de la solicitud al Organismo o a la Dependencia administrativa procedente con el fin de que por su Jefe, en el plazo máximo de quince días, se remita informe escrito. Tal plazo será ampliable cuando concurran circunstancias que lo aconsejen a juicio del Defensor del Pueblo») resulta insuficiente para la Administración en la práctica en la mayoría de los casos, aunque tampoco es excepcional que se cumpla.

días o menos[15], si no se recibe contestación se formulan sucesivamente requerimientos.

La Administración en términos generales —puede decirse que más que generales prácticamente unánimes— atiende al Defensor del Pueblo; todas las administraciones.

El Defensor del Pueblo es una institución respetada, las administraciones responden. Pueden tardar más o menos. Los pequeños ayuntamientos tienen muchos problemas. Ya se entiende que pueden tener un problema de funcionarios. Pero finalmente la experiencia es buena. Sólo unas pocas no responden.

Soledad Becerril, Defensora del Pueblo entre 2012 y 2017, quiso que se publicaran los tiempos de respuesta excesivos de algunas administraciones en la página web de la institución (www.defensordelpueblo.es).

Con respecto a las cifras de la propia institución, evidentemente no es igual cual sea el volumen de quejas. En el año 2016 se cerró el ejercicio en torno a 13.000 quejas. Ahora se reciben 13.000 quejas en algo más de tres meses. Y no ha pasado un siglo. Se está comparando 2016 con 2023. Entonces es claro que la Oficina, por esta razón, padece el tensionamiento propio de la alta demanda. Y eso repercute en los plazos de tramitación.

Conclusión

Las breves consideraciones expuestas pueden contribuir a que el lector alcance un mejor conocimiento de una institución tan interesante como novedosa en el ordenamiento constitucional español. En sus cuatro décadas de vida ha impulsado el perfeccionamiento de las administraciones públicas y procurado el respeto de los derechos de los ciudadanos. Será un actor relevante, sin duda, de la *nueva gobernanza* que es objeto del seminario organizado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Consejo de Estado.

Referencias

Fernández Marugán, Francisco M. (2021). «Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal», en VV.AA.: *40 años del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Al servicio de la sociedad*, Madrid, Fiscalía General del Estado.

[15] El plazo de quince días es ampliable, como se indica en el tercer inciso del artículo 18.1 de la ley orgánica 3/1981. Han de tenerse en cuenta las dificultades objetivas de los asuntos o la posible intervención de más de un sujeto para elaborar (y/o validar) las respuestas al Defensor del Pueblo.

La Pergola, Antonio (1979). «Ombudsman y Defensor del Pueblo. Apuntes para una investigación comparada», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7.

López, Luis Manuel (2018). «El tribunado de la plebe. Los defensores del pueblo en la antigua Roma», *Portal Clásico*, 26 de noviembre de 2018.

Rovira Viñas, Antonio (coord.) (2002). *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, Cizur Menor, Aranzadi.

EL TRIBUNAL DE CUENTAS ANTE LOS DESAFÍOS DEL SIGLO XXI PARA EL CONTROL EXTERNO DE LOS FONDOS PÚBLICOS

Mª Dolores Genaro Moya
Presidenta de la Sección de Fiscalización del Tribunal de Cuentas

1. Funciones constitucionales del Tribunal de Cuentas: fiscalización y enjuiciamiento contable

Vienen recogidas en la Constitución Española, en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (en adelante LOTCu) y en la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante LFTCu), que desarrolla la anterior. Así, el artículo 136 de la Constitución atribuye al Tribunal de Cuentas el papel de «supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público», desarrollando la función de fiscalización de forma muy amplia tanto en lo que respecta al ámbito objetivo como al ámbito subjetivo[1] del control. Asimismo, y respecto de la Cuenta General del Estado, se le atribuye el examen y comprobación de esta por delegación directa de las Cortes Generales. El apartado 2 del mencionado artículo 136 establece que tanto las Cuentas del Estado como del conjunto del sector público estatal deben ser rendidas al Tribunal de Cuentas y censuradas por éste.

Además, la Constitución asigna, en su artículo 153, al Tribunal de Cuentas el control de la actividad de los órganos de las comunidades autónomas en su vertiente económica y presupuestaria, quedando este extremo, asimismo, recogido en la Ley Orgánica 8/1980 de 22, de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas.

Por su parte, los artículos Primero y Segundo de la LOTCu recogen los aspectos básicos establecidos en el artículo 136 de la Constitución, en cuanto al carácter supre-

[1] El ámbito objetivo constituye el alcance, es decir, el programa o la actividad fiscalizada y el ámbito subjetivo, la entidad o entidades fiscalizadas.

mo del Tribunal en la fiscalización de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, añadiendo que la fiscalización realizada por el Tribunal es **externa** (al no estar el control relacionado con el entorno de los gestores o responsables de la gestión ni depender de éstos, ubicándose la dependencia directa de las Cortes Generales), **permanente** (puesto que se trata de un control que se ejerce de manera continuada en el tiempo) y **consuntiva** (ya que se trata de un control técnico e independiente cuya valoración se realiza sobre una gestión ya efectuada, esto es, un control *ex post)*. A pesar de este carácter supremo en lo que respecta a la función del control externo, la misma se ejerce en permanente coordinación y colaboración con los trece órganos de control externo de las comunidades autónomas (OCEx)[2] con los que, entre otras actuaciones, se elaboran actuaciones coordinadas relativas al sector público local y al sector público autonómico, y respecto a este, incluso, se aprueba anualmente un informe que muestra de forma conjunta, agregada y comparativa los resultados de fiscalización ya expuestos en informes sobre las materias objeto de fiscalización, aprobados por el Tribunal y los OCEx[3]. Todos estos informes que deben enviarse cada año a las Cortes Generales junto a otros informes de fiscalización horizontales cuyo ámbito objetivo sea de interés común. Un ejemplo reciente lo constituyen los informes relacionados con el control de los fondos del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia, elaborados en coordinación con los OCEx[4].

La mencionada LOTCu recoge, asimismo, en su artículo segundo, la otra función propia del Tribunal de Cuentas: **el enjuiciamiento de la responsabilidad contable**, que, pese a ser más desconocida que la función fiscalizadora, no deja de ser igualmente relevante por cuanto implica una jurisdicción propia del Tribunal, ejercida «respecto a las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos» (artículo 15.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas). Además, esta jurisdicción se extiende a todo el territorio nacional, siendo el Tribunal de Cuentas único en su orden.

Esta jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas se establece igualmente en el artículo 136 de la Constitución, en el que, además, se otorga a los miembros del Pleno la misma independencia e inamovilidad que a los jueces, estando sometidos a las mismas incompatibilidades.

---

[2] Las Comunidades Autónomas de Extremadura, Cantabria, Murcia y La Rioja no cuentan con un órgano de control externo propio por lo que es el Tribunal el que ejerce dicha función de control del sector público autonómico y local.

[3] Informe de fiscalización del Sector Público Autonómico, ejercicios 2019 y 2020.

[4] Informe de fiscalización de los planes antifraude aprobados por las entidades locales que participen en la ejecución de las medidas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia e Informe de fiscalización sobre las medidas adoptadas en el ámbito autonómico para la implementación del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Por otra parte, desde 1987, conforme al artículo 11 de la derogada Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos y a la vigente normativa de partidos políticos, el Tribunal de Cuentas es el responsable, en exclusiva desde 2015[5], de llevar a cabo el control de la **actividad económico-financiera de los partidos políticos** según se establece en la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio sobre financiación de los partidos políticos —LOFPP—, lo que comprende verificar, para cada ejercicio económico, la legalidad de los recursos públicos y privados de los partidos, la regularidad contable, el cumplimiento de la normativa en materia de ingresos y gastos; así como de la regularidad de las contabilidades de los procesos electorales, de acuerdo con la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG). Por tanto, se realiza una fiscalización recurrente y permanente sobre la contabilidad anual de los partidos políticos (al menos sobre aquellos que reciban las subvenciones públicas para su funcionamiento recogidas en el artículo 3 de la LOFPP y respecto de las cuentas de los procesos electorales durante aquellos ejercicios en los que se hayan producido. Además, a la vista de las infracciones o prácticas irregulares que pudieran ser detectadas por el Tribunal de Cuentas durante las fiscalizaciones, este puede imponer sanciones a los partidos que hayan cometido alguna de las infracciones recogidas en la mencionada LOFPP y proponer la no adjudicación o la reducción de la subvención electoral correspondiente en el caso de las infracciones relacionadas con los procesos electorales.

La atribución de esta competencia fiscalizadora sobre las formaciones políticas no ha estado exenta de polémica y debates internos y externos a la Institución, si bien en 2015 la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos (en adelante LO 3/2015), modificó, entre otras, la LOTCu por primera y única vez para recoger en los artículos 1 y 4 que corresponde al Tribunal de Cuentas la fiscalización de la actividad económico-financiera de los partidos políticos inscritos en el Registro de Partidos Políticos del Ministerio del Interior, así como la de las fundaciones y demás entidades vinculadas o dependientes de ellos. No habiéndose producido previamente un debate o un análisis de derecho comparado que hubiera permitido considerar un modelo alternativo respecto de la atribución de la competencia del control de la contabilidad electoral y de la ordinaria de las formaciones políticas en nuestro país. Este cambio en la LOTCu supuso la confirmación en la atribución de esta competencia al Tribunal que, hasta entonces, únicamente se recogía en la normativa electoral o de financiación de partidos políticos, e internamente llevó a una serie de cambios dirigidos a reforzar el departamento encar-

[5] Sin perjuicio de las competencias atribuidas a los órganos de fiscalización de las comunidades autónomas respecto a los procesos electorales de su ámbito.

gado de fiscalizar a las formaciones políticas, equiparándolo al resto de departamentos del Tribunal.

Otros cambios significativos introducidos en la LOTCu por la LO 3/2015 fueron los siguientes:

— La modificación de los artículos 3 y 21 para introducir la competencia del Pleno para aprobar y modificar los reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el estatuto de su personal y servicios dentro del ámbito de su normativa, que se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado*. Se refuerza de esta forma la autonomía organizativa del Tribunal de Cuentas.
— La introducción en el artículo 7 de la posibilidad de celebrar convenios de colaboración con la Administración General del Estado y demás órganos, organismos y entidades para el acceso a la información de que estos dispongan de conformidad con la normativa especial que regule la información a suministrar con la finalidad de agilizar y facilitar el ejercicio de su función fiscalizadora y jurisdiccional.

Asimismo, se introdujo la obligación de las entidades de crédito a colaborar con el Tribunal facilitando la documentación e información que les sea requerida, incluyéndose además una referencia específica a la información relacionada con los partidos políticos, y fundaciones y entidades vinculadas a los mismos o dependientes de ellos.

De esta forma se dio solución a ciertas dificultades que impedían al Tribunal de Cuentas obtener, de ciertos organismos públicos y entidades de crédito, toda la información necesaria para la realización de las fiscalizaciones.

— La modificación del artículo 9 añadió como principios a los que debe someterse la actividad económico-financiera del sector público los de **transparencia, sostenibilidad ambiental e igualdad de género**, sumándose a los principios de legalidad, eficiencia y economía que ya figuraban en dicho artículo. Por ello, todas las fiscalizaciones iniciadas a partir de enero de 2016 incluyen como objetivos transversales comunes a todas ellas la comprobación del cumplimiento de la normativa de transparencia, de igualdad y de sostenibilidad ambiental. Si bien esto no impide la realización de informes específicos sobre estas materias[6].

[6] Algunos ejemplos son: Informe de fiscalización del cumplimiento de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en las entidades locales; Informe de Fiscalización operativa de la igualdad entre mujeres y hombres en el desarrollo de la carrera profesional del personal del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, ejercicios 2017 a 2019.

Por otra parte, en 2014 (artículo 22 de la Ley 15/2014 de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa) se atribuyó al Tribunal una **función consultiva con carácter limitado**, de forma que los anteproyectos de ley y los proyectos de disposiciones reglamentarias que afecten a su régimen jurídico o al ejercicio de sus funciones deberán someterse a informe previo del Tribunal. En este caso, se trata de emitir un informe preceptivo no vinculante.

2. Elementos de la normativa del Tribunal de Cuentas que definen un diseño institucional robusto

Como se ha puesto de manifiesto hasta el momento, la normativa del Tribunal de Cuentas solo ha sido modificada puntualmente en 40 años para introducir aspectos muy concretos, pero no se ha abordado una reforma suficientemente profunda que permitiera una correcta adaptación de la Institución a los cambios que se han producido en el sector público y en la sociedad en general.

A pesar de ello, tanto la LOTCu como la LFTCu contienen elementos esenciales que hacen que se pueda afirmar que el diseño institucional del Tribunal es robusto, en la medida en que respeta los principios que se recogen en la **Declaración de Lima de Criterios sobre las Normas de Auditoría,** que fue firmada en 1978 por las Entidades Fiscalizadoras Superiores miembros de la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI). El propósito esencial de esta declaración consiste en defender la independencia en la auditoría de la Administración pública, una independencia que debe estar garantizada por ley y que se fundamenta en el cumplimiento de determinados principios que debe observar cualquier entidad fiscalizadora superior.

Esos principios o pilares en los que se fundamenta la mencionada independencia, los encontramos, en el caso del Tribunal de Cuentas de España, tanto en el artículo 136 de la Constitución como en su propia normativa, tal y como se expone a continuación.

En primer lugar, **el sistema de elección de los órganos de gobierno** de la institución, en este caso de los miembros del Pleno como principal órgano colegiado, donde reside la función fiscalizadora entre otras funciones de gobierno relevantes. Los doce consejeros y consejeras del Tribunal de Cuentas son elegidos por las Cortes Generales con una mayoría reforzada de tres quintos a propuesta de los distintos grupos parlamentarios, tras un proceso de comparecencias de los candidatos en el Congreso y en el Senado. Dichos candidatos deben reunir los requisitos de formación y experiencia profesional recogidos en la LOTCu. Este sistema puede no ser perfecto, pero garantiza la independencia de la institución

respecto del Gobierno que, como cabeza de la Administración Pública Estatal, va a ser fiscalizado, ya que, además, el periodo de mandato de nueve años de cada Pleno evita la coincidencia con los periodos de cuatro años de cada Gobierno. Junto al sistema de elección, resulta relevante la independencia e inamovilidad de los miembros del Pleno que, como ya se ha mencionado anteriormente, será la misma que la de los jueces, estando sometidos los consejeros al mismo régimen de incompatibilidades que estos.

Además de los doce consejeros de Cuentas, el fiscal también forma parte del Pleno, circunstancia largamente debatida (entre otras razones porque es el único miembro del Pleno no elegido por las Cortes Generales) y que probablemente sea resultado de un modelo de Tribunal de Cuentas que sigue los propios de otros tribunales de cuentas europeos. Esta permanencia en el Pleno pudiera reconsiderarse en una hipotética reforma de nuestra normativa.

En segundo lugar, resulta relevante la **dependencia directa de las Cortes Generales,** recogida asimismo en nuestra Constitución, así como la delegación en el Tribunal de Cuentas del examen y comprobación de la Cuenta General del Estado. En este sentido, la presidenta debe comparecer ante la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas cada vez que es citada para presentar los resultados de los informes de fiscalización aprobados por el Pleno, emitiendo dicha Comisión las correspondientes resoluciones en relación con esos informes, coincidentes en la mayor parte de los casos con las recomendaciones del Tribunal. En el caso concreto de la declaración de la Cuenta General del Estado, debe, además, ser aprobada por los Plenos del Congreso y del Senado (artículo 45 LOTCu).

En tercer lugar, el Tribunal goza de **completa independencia funcional y organizativa** en el desempeño de sus funciones y así se establece en el artículo 3 LOTCu al reconocerle competencia para todo lo relativo a su gobierno y su régimen interior, en lo que se refiere a la institución y al personal a su servicio, pudiendo dictar reglamentos en desarrollo, aplicación y ejecución de su propia normativa[7]. Adicionalmente, cada año se elabora el presupuesto con total independencia y el proyecto se remite al Ministerio de Hacienda para su incorporación a los presupuestos generales del Estado, en una sección diferenciada y sin ninguna limitación excepto las derivadas del obligado respeto a las normas presupuestarias vigentes. Esta autonomía financiera también se recoge en la mencionada Declaración de Lima como un pilar esencial para una entidad fiscalizadora superior independiente.

[7] El artículo 5 de la Declaración de Lima reconoce que «una independencia absoluta respecto de los demás órganos estatales es imposible, por estar ella misma inserta en la totalidad estatal», pero a pesar de ello «las Entidades Fiscalizadoras Superiores deben gozar de la independencia funcional y organizativa necesaria para el cumplimiento de sus funciones».

Un cuarto elemento fundamental es la autonomía en la elaboración del **programa de fiscalizaciones** para cada año, que elabora y aprueba el Pleno cada mes de diciembre, a partir de las propuestas que se realizan por parte de sus miembros (incluido el fiscal) y que puede ser nutrido también con propuestas que procedan únicamente de las Cortes Generales o de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas u organismos representativos análogos. Por tanto, ningún gobierno (estatal o autonómico) ni los ciudadanos pueden realizar sugerencias acerca de posibles fiscalizaciones a incluir en los programas anuales. De hecho, en el Tribunal, con cierta frecuencia, se reciben peticiones que proponen la realización de fiscalizaciones a distintas entidades o instituciones públicas, así como a determinados partidos políticos, que suelen ser rechazadas ya que las personas que lo demandan carecen de la competencia para ello (sin perjuicio de que puedan ser tenidas en cuenta, cuando se consideren de interés, para la formulación de propuestas de actuaciones a iniciativa del propio Tribunal).

El hecho de contar con este diseño institucional robusto equipara al Tribunal de Cuentas al resto de entidades fiscalizadoras superiores, por cuanto garantiza los elementos esenciales para su independencia. Sin embargo, el sector público y la sociedad española han cambiado notablemente en estas cuatro décadas, desde la entrada en vigor de la norma básica del Tribunal, no habiendo sido modificada para acomodar su funcionamiento a dichos cambios. Por ello cabe plantearse la cuestión que encabeza el siguiente epígrafe.

3. ¿Cómo afrontar con una normativa de los años 80 los desafíos del siglo XXI para el ejercicio de la función fiscalizadora?

Desde hace algo más de una década el Tribunal de Cuentas se encuentra inmerso en un proceso de adaptación a los cambios que se están produciendo en la sociedad y que vienen impulsados por la extensión del uso de la tecnología en todos los ámbitos de nuestra vida, por la necesidad de informar y de estar informados, por la exigencia de estar preparados para afrontar situaciones de emergencia y riesgos emergentes (pandemia, catástrofes naturales derivadas del cambio climático o conflictos bélicos, entre otros). Este proceso de adaptación del Tribunal se ha intensificado desde la renovación del Pleno en el año 2021, ya que ha propiciado la adopción de una serie de decisiones que permiten, dentro del marco jurídico vigente, hacer frente a un conjunto de retos que propicien que el trabajo que se realiza en el Tribunal sea relevante para sus destinatarios naturales: los gestores públicos, las Cortes Generales y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, los plenos de las corporaciones locales y, en definitiva, la sociedad.

En el ejercicio de la función fiscalizadora, la flexibilidad para poder aplicar los cambios necesarios para adaptarnos es mayor que en la función de enjuiciamiento, al contar con mayor autonomía para modificar nuestras normas internas de fiscalización y adaptarlas cada cierto tiempo. En efecto, los procedimientos de fiscalización se recogen en las Normas de Fiscalización del Tribunal vigentes desde 2013, que se basan en las Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI) incluidas en el Marco de Pronunciamientos Profesionales de la INTOSAI, y que están en proceso de modificación, precisamente, para adaptarlas a los cambios que se han producido en esta última década. Lógicamente dichas normas internas deben respetar siempre los límites que impone nuestra normativa: por ejemplo, la función fiscalizadora debe ser, según el artículo 2 LOTCu *externa, permanente y consuntiva*, por lo que debe realizarse siempre a posteriori, nunca con carácter previo a la gestión o concomitante con ella y «se referirá al sometimiento de la actividad económico financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía en relación con la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos» (artículo 27 LFTCu, que debería ser actualizado para incorporar los principios de transparencia, igualdad y sostenibilidad ambiental).

No obstante, dentro de estos límites, el margen sigue siendo lo suficientemente amplio como para mejorar los resultados de las fiscalizaciones y acercarlos más a las partes interesadas.

Por ejemplo, se ha comenzado ya a realizar **fiscalizaciones exprés o focalizadas**[8], para abordar aspectos de gestión muy concretos que demandan trabajos de auditoría con una duración muy corta en el tiempo, lo que contribuye a finalizar las fiscalizaciones en momentos más cercanos a la gestión y centrar los objetivos en determinadas cuestiones de actualidad, maximizando su impacto. En todo caso, la inmediatez siempre está necesariamente limitada por la existencia de trámites obligatorios, tanto externos (de alegaciones de los fiscalizados, recogidas en el artículo 44 LFTCu) como internos (recogidos en las Normas de Fiscalización) que son inevitables y pueden extenderse durante un mínimo de dos meses.

También en los últimos años se viene poniendo énfasis en el **seguimiento de las recomendaciones** realizadas por el Tribunal, que se incluyen prácticamente en todos los informes de fiscalización y que, en la mayor parte de los casos, son reiteradas en las resoluciones de la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas. En este sentido, la normativa no establece el carácter obligatorio de las recomendaciones realizadas, por lo que llevar a cabo un seguimien-

[8] Informe de fiscalización ¿Han adaptado las Comunidades Autónomas de Cantabria y Extremadura sus planes de prevención, vigilancia y extinción de incendios forestales a las condiciones actuales de expansión y de desestacionalización de los incendios?

to del grado de cumplimiento de estas resulta más que pertinente para analizar si esas medidas recomendadas al gestor han sido adoptadas y, en su caso, cuál ha sido su efecto sobre la gestión o si, por el contrario, han devenido en no aplicables. Un posible cambio en la normativa podría, quizás, dirigirse a establecer la obligatoriedad de cumplir las recomendaciones del Tribunal, si bien esto aconsejaría acordarlas o modularlas, de acuerdo con los propios gestores, al finalizar la fiscalización y con carácter previo a la aprobación del informe. Esto último constituye ya una práctica habitual en otras entidades fiscalizadoras superiores de nuestro entorno.

Por otra parte, en los últimos años se viene impulsando la realización de la **evaluación de políticas públicas** o la aplicación de métodos de evaluación de políticas públicas en las fiscalizaciones. Este enfoque evaluador es posible dentro de las fiscalizaciones operativas o de gestión, si bien las modificaciones realizadas en las competencias de los departamentos sectoriales del Tribunal[9] propician este tipo de actuaciones al pasar de un sistema de competencias por organismos a uno basado en programas de ingresos y gastos que permite un enfoque más transversal. Así, en el programa anual de 2023 se incorporaron fiscalizaciones referidas a programas públicos de carácter social (Ayuda alimentaria a los desfavorecidos y lucha contra la pobreza infantil; Reto demográfico y lucha contra la despoblación; Fondo de Garantía del Pago de Alimentos; Sistema de Acogida de Protección Internacional; Ingreso mínimo vital) o tecnológico (Investigación y desarrollo de la Sociedad de la Información; Actuaciones de las comunidades autónomas para cumplir los objetivos del Programa para la digitalización del sistema educativo fijados para 2023 en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia). También constituye un área de fiscalización prioritaria la prestación de los servicios públicos: por ejemplo, cómo está afectando la digitalización a la prestación de servicios que requieren de atención al público. En este sentido se han aprobado fiscalizaciones sobre el impacto del trabajo a distancia en la gestión de la Agencia Estatal de Administración Tributaria o el control municipal sobre la prestación de los servicios de limpieza viaria, recogida y tratamiento de residuos y mantenimiento de parques y jardines de los ayuntamientos de municipios de población entre 50.000 y 100.000 habitantes[10].

Todo ello con el fin de acercarse a lo que pudiera interesar a la ciudadanía, algo que, de momento, únicamente se intuye. En este sentido, en el Plan Estratégico 2024-27 aprobado por el Pleno se incorporan diversas actuaciones dirigi-

[9] La organización de la Sección de Fiscalización en departamentos territoriales y sectoriales se recoge en el artículo 8 LFTCu.

[10] En la web del Tribunal de Cuentas (www.tcu.es) se puede acceder a todos los informes aprobados y a su resumen.

das a diseñar un sistema que permita recoger el sentir de la sociedad para hacerlo propio y, en la medida de las posibilidades de la Institución, intentar plasmarlo en los programas de fiscalización de cada año. En este caso, la normativa no impediría hacer propias aquellas propuestas que se consideren relevantes de entre las recibidas a través del mecanismo establecido al efecto. En definitiva, se trata de mantener una comunicación continua con las partes interesadas del Tribunal de Cuentas, que son las Cortes Generales, las Asambleas Legislativas y los Plenos de las Corporaciones Locales, pero también los gestores y la sociedad en general.

Precisamente la **comunicación** es uno de los ámbitos en que, sin duda, más se ha transformado nuestra sociedad en estos últimos años, por lo que es un área a la que deben dedicarse grandes esfuerzos y recursos. En la actualidad, el Tribunal está desplegando una amplia estrategia de apertura y de presencia en los medios de comunicación y, especialmente, en las redes sociales (YouTube, X, Instagram, Linkedin), que nos permita trasladar los resultados de las funciones de fiscalización y de enjuiciamiento. Porque ya no resulta suficiente tener los informes o las sentencias disponibles en una página web: la comunicación debe adaptarse en medios y extensión para llegar a los destinatarios de nuestra labor, haciendo comprensibles y accesibles los contenidos y acercando la institución a los ciudadanos.

Por otra parte, **la digitalización** ha transformado, sin duda, la administración pública y la prestación de servicios al ciudadano y plantea importantes retos al Tribunal de Cuentas en el ejercicio de la función fiscalizadora desde diferentes perspectivas. Por ejemplo, obliga a fiscalizar los sistemas de información de los que disponen las entidades y organismos públicos para poder pronunciarse, no solamente sobre el cumplimiento de la normativa (como el Esquema Nacional de Seguridad o el Esquema Nacional de Interoperabilidad) sino también sobre la fiabilidad de la información de la que disponen o las medidas con las que garantizan la seguridad de sus sistemas y sus datos. Por otra parte, en la medida en que la administración está empleando con más frecuencia la inteligencia artificial en la gestión, se deben analizar esas herramientas y procedimientos cada vez más complejos para comprobar su adecuación a la normativa, la protección de los datos de carácter personal o la estructura de los algoritmos para garantizar que no implica sesgos que no respeten los derechos fundamentales de los ciudadanos. Afortunadamente, el Tribunal de Cuentas en este sentido ha avanzado notablemente en la última década en lo que se refiere al uso de la tecnología como herramienta de trabajo, especialmente en el ámbito de la fiscalización. Estos avances han abarcado tanto la rendición telemática de las cuentas y los contratos públicos como el desarrollo de todo el proceso de fiscalización y la propia gestión de los procedimientos internos. Sin embargo, en los próximos años deberá producirse un salto cualitativo más relevante en la utilización de la tecnología para, por ejemplo, el

análisis de grandes volúmenes de información o para el uso de la inteligencia artificial, de tal forma que nos permita la identificación de áreas de riesgo o la automatización de algunos procesos de escaso valor añadido en la auditoría. Todo ello nos conduciría, como un aspecto más, no solo a incrementar la eficiencia y eficacia de la auditoría, sino también a poder auditar procesos y servicios en el sector público que ya utilizan inteligencia artificial o RPA (*Robotic Process Automation*).

Ante este escenario de grandes cambios y desafíos, en el centro de la estrategia de cualquier institución pública (y, por tanto, también del Tribunal de Cuentas) debe situarse la **formación del personal** a su servicio. Para conseguir ese objetivo la actual normativa no constituye impedimento alguno: al contrario, en el caso del Tribunal la autonomía en todo lo concerniente a su personal facilita la realización de acciones formativas dirigidas a la actualización de conocimientos y a su especialización. Las funciones constitucionales del Tribunal de Cuentas solo podrán realizarse con eficacia y eficiencia si se dispone de equipos suficientemente dotados, en continua adaptación y cualificación, familiarizados con el uso intensivo de la tecnología y receptivos a la innovación.

Por otra parte, como se ha mencionado al principio, la existencia de OCEx en trece de las diecisiete comunidades autónomas, que realizan también una función fiscalizadora sobre los respectivos sectores públicos, nos obliga a mantener una coordinación en diversos ámbitos para aunar y no duplicar esfuerzos, enfrentando los retos comunes en el ámbito del control externo. Un claro ejemplo es la puesta en común de los programas de fiscalización de cada año y la realización de fiscalizaciones coordinadas en diversos ámbitos, pero recientemente ha cobrado gran relevancia la colaboración y coordinación en materia de administración electrónica, con la creación de una Comisión Tribunal de Cuentas-OCEx dedicada a este fin, logrando sinergias para poder avanzar juntos en este campo.

4. A modo de conclusión

La composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas se encuentran reguladas en una normativa que entró en vigor en los años ochenta y ha sido modificada en aspectos muy puntuales. A pesar de que sería conveniente actualizarla y adaptarla para que facilite y posibilite enfrentar los desafíos que plantean los cambios que están teniendo lugar en el sector público y en la sociedad en su conjunto, el Tribunal afronta dichos desafíos y busca la forma de seguir avanzando para lograr un objetivo esencial de cualquier entidad fiscalizadora superior: SER RELEVANTE.

En este sentido, la INTOSAI P-12 (*El Valor y Beneficio de las Entidades Fiscalizadoras Superiores — marcando la diferencia en la vida de los ciudadanos*), otra

de nuestras normas internacionales, recoge la importancia para cualquier entidad fiscalizadora superior de ser relevante para la sociedad a la que servimos y para los destinatarios últimos de nuestros informes de fiscalización. De hecho, «una Entidad Fiscalizadora Superior independiente, eficaz y creíble resulta un componente esencial dentro de un sistema democrático en el que la rendición de cuentas, la transparencia y la integridad son partes indispensables para una democracia estable». Para ello deben responder «de manera acertada a los retos de los ciudadanos, a las expectativas de los actores interesados y a los riesgos emergentes y entornos cambiantes en los que se lleva a cabo la auditoría». Asimismo, resulta relevante mantener «un diálogo significativo con las partes interesadas sobre cómo el trabajo de las EFS puede facilitar la mejora en el sector público».

En definitiva, **ser relevante** para la sociedad no es una opción para una institución con funciones constitucionales como es el Tribunal de Cuentas: muy al contrario, debe ser su principal objetivo en este siglo XXI. Mientras llega el momento de modificar la normativa, que propiciaría algunos cambios necesarios en el gobierno de la institución y en las funciones fiscalizadora y jurisdiccional, el Tribunal está adoptando las medidas oportunas para tratar de alcanzar dicho objetivo.

Recomendación bibliográfica

Revista Española de Control Externo, núm. 20 extraordinario (2018), conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Constitución Española.

Revista Española de Control Externo, núm. 71 especial (2022), 40 años de la Ley Orgánica 1982.

II
GOBERNANZA MULTINIVEL

LA REFORMA FEDERAL DEL SISTEMA AUTONÓMICO: ¿LA CUADRATURA DEL CÍRCULO O UN TRIÁNGULO VIRTUOSO?

Alberto López Basaguren[1]
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU)
alberto.lopez@ehu.eus

1. La opción constitucional sobre el sistema autonómico: su éxito y su corolario

La regulación constitucional del sistema autonómico reproduce, sustancialmente, el modelo que estableció la Constitución de 1931. Como es conocido, esto significa, en primer lugar, que la Constitución no instituye, directamente, la existencia de territorios autónomos, sino que, simplemente, establece los procedimientos para permitir, cumpliendo determinados requisitos, la creación de comunidades autónomas en los territorios que así lo deseen sus habitantes, creación a la que seguirá la aprobación de su respectivo Estatuto de autonomía, a iniciativa del territorio. Es lo que, en relación a una y otra cuestión, se conoce como «principio dispositivo».

Ha habido voces que han criticado esta opción constitucional. Al contrario, yo vengo defendiendo que se trata de un gran acierto por parte de quienes elaboraron la Constitución. Creo, en este sentido, que era la opción más sensata —la única sensata— en aquel momento. España había sido incapaz, históricamente, de despejar incógnitas esenciales que impedían —o hacían insensato— establecer directamente en la Constitución un modelo concreto, cerrado y completo, de distribución territorial del poder. Era necesario establecer los procedimientos que hiciesen posible despejar esas incógnitas y, en consecuencia, resolver la ecuación de qué sistema autonómico se iba a establecer en España: ¿todos o solo algunos

[1] Grupo de Investigación consolidado IT1733-22, del Sistema Vasco de Ciencia y Tecnología (Departamento de Educación. Gobierno Vasco). Proyecto de investigación PID2021-128599NB-I00 (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades)

territorios autónomos? ¿Todos los territorios con las mismas competencias o distintos niveles competenciales? Es lo que, acertadamente, hace, sustancialmente, la Constitución. Y es lo que, gracias a los cuarenta y cinco años ininterrumpidos de estabilidad política democrática, de los que hemos gozado por primera vez en nuestra historia, ha permitido, por fin, aclarar y fijar esos elementos básicos.

La Constitución contiene algunas opciones de apertura: prioridad y extrema facilidad a tres territorios en su constitución como comunidad, frente a la dificultad del procedimiento en los demás casos, quizás con la pretensión de que no todos los territorios accediesen a la autonomía; dos niveles diferenciados de techos competenciales —transitoriamente, cuando menos— entre (pretendidamente) esos tres territorios y los demás que se constituyesen como comunidades, a los que se les dificultaba hasta el extremo acceder desde el primer momento al máximo nivel de autonomía. Opciones que los partidos mayoritarios enseguida hicieron explícitos, en primer lugar, al resistirse al acceso directo de Andalucía a la autonomía «plena» e, inmediatamente después, con los Pactos autonómicos (1981).

La realidad, sin embargo, rompió muy pronto —parcialmente, cuando menos— los límites que parecían estar implícitos en la voluntad de quienes elaboraron la Constitución. Andalucía accedió a la autonomía plena o de primer grado, superando los límites competenciales del artículo 148 de la Constitución; hubo que completar las competencias de la Comunidad Valenciana y de Canarias con sendas leyes orgánicas de transferencias (artículo 150.2), para equiparar sus competencias a las de las comunidades de primer grado; se generalizó el acceso a la autonomía en todos los territorios del Estado; y, finalmente, tras las reformas de los estatutos de las comunidades autónomas de segundo grado u «ordinarias» —por utilizar la terminología italiana— a principios de los años noventa, se produjo una igualación —salvo excepciones puntuales— de las competencias de todas ellas.

El proceso de generalización a todo el territorio y la sustancial igualación, salvo excepción, de los poderes de todas ellas no ha sido siempre valorado positivamente e, incluso, es objeto de descalificación por parte de ciertos sectores con la referencia despectiva al *café para todos*. Con las matizaciones que haré más adelante, cuando exponga el reto que, a mi juicio, debe afrontar el desarrollo futuro del sistema autonómico, creo que el resultado de este proceso es uno de los grandes aciertos de la evolución de nuestro sistema territorial. La experiencia de los países que han optado por no generalizar la estructura de territorios autónomos a la totalidad del Estado o por establecer distintos niveles de autogobierno, claramente diferenciados, no han evitado ninguno de los problemas que se achacan a esta generalización e igualación, añadiendo significativos problemas de gobierno del conjunto del sistema que en nuestro caso se han evitado o se han atenuado de forma muy importante.

La culminación de este proceso de clarificación del sistema autonómico es la manifestación del rotundo éxito de la opción constitucional, en la medida en que ha permitido aclarar definitivamente lo que hasta ahora España no había sido capaz de aclarar. Pero el corolario de este éxito es que la mayor parte de las disposiciones constitucionales sobre el sistema autonómico (Título VIII) han cumplido ya su función. Por su condición de normas transitorias, ya no tienen ninguna función que cumplir, han quedado fosilizadas, por lo que, en estos momentos, la regulación constitucional del sistema autonómico es puramente esquelética, con muy pocas disposiciones con un papel significativo que desempeñar. Sustancialmente, la regulación constitucional se reduce, en este ámbito, a un instrumento ordinario —la lista de competencias reservadas al Estado (artículo 149.1)—, no exento de problemas, y un instrumento extraordinario —la coerción estatal (artículo 155)—, que, no sin sorpresa, ha tenido un protagonismo que nadie esperaba. Y poco más.

Como conclusión, la Constitución, en la actualidad, no contiene la necesaria ordenación del sistema autonómico, que queda, fundamentalmente, fuera de ella.

2. Las limitaciones de la regulación constitucional del sistema autonómico: la necesidad de la reforma

La práctica ausencia de una regulación del sistema autonómico en la Constitución ha sido sustituida por tres vías diferentes.

Por una parte, se ha tratado de que esa ausencia sea cubierta por los Estatutos de autonomía. Los Estatutos de última generación —siguiendo, en gran medida, el modelo del Estatuto de Cataluña (2006)— son el ejemplo paradigmático de esa pretensión (Cruz Villalón, 2009: 26ss; Colino, 2009: 262ss). La función constitucional del Estatuto es una característica particular de nuestro sistema constitucional (Fossas Espadaler, 2007: 49ss). En los sistemas federales, la constitución territorial es una norma puramente interna del territorio, cuya función es articular el sistema institucional y político interno del territorio; sus propios pactos políticos. La constitución territorial es válida solamente en cuanto sea compatible con la constitución federal y no juega ninguna función en la determinación de las competencias del territorio, que se deducen directamente de la Constitución federal. Por el contrario, en nuestro sistema, el Estatuto, además de las funciones propias de toda Constitución territorial, asume la función de determinar las competencias del territorio, como consecuencia del formalmente complicado sistema por el que opta la Constitución (artículo 149.3) (Cruz Villalón, 2009: 23ss). Pero, en la operación de tratar de llenar con el Estatuto el vacío de

la regulación constitucional, se produjo una extralimitación de lo que es propio de esa función constitucional, como ocurrió, en concreto, en el caso catalán ya señalado. Porque esa función, de acuerdo con la Constitución, se limita a la determinación de las competencias que asume la comunidad, respetando las competencias que se reservan al Estado en el artículo 149.1 (López Basaguren, 2011: 27ss). Es lo que vino a restablecer la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Cataluña, aunque no siempre con las formas más idóneas (López Basaguren, 2011, 43ss.). Un intento, por tanto, el de llenar el vacío constitucional desde los Estatutos de autonomía, que, sustancialmente, ha acabado en fracaso.

El vacío constitucional ha sido rellenado, sustancialmente, a través de la actividad del Tribunal Constitucional. Para ello, se ha visto obligado a asumir una carga excesiva, hasta el punto de que se ha podido llegar a definir nuestro sistema como «Estado jurisdiccional autonómico», que, inicialmente, se veía como una solución no idónea (Aragón Reyes, 1986: 7ss), pero que, a la vista de la evolución del sistema autonómico se ha acabado aceptando como una realidad incontestable. La labor del Tribunal Constitucional ha sido indispensable, precisamente, ante el vacío regulatorio de la Constitución. Pero la creación por vía interpretativa en sede jurisdiccional, con los escasísimos mimbres constitucionales de que disponía, no es una solución adecuada en nuestra cultura jurídico-política –tan alejada de la anglosajona, en este sentido—. Por el contrario, la experiencia de los federalismos europeos hace descansar el peso fundamental de la configuración del sistema de distribución territorial del poder en su expresa regulación normativa; razón por la que afrontan, con relativa asiduidad, procesos de reforma constitucional.

No se trata de una crítica al Tribunal, sino a la ausencia, especialmente en la Constitución, de una regulación normativa suficiente de los fundamentos de la organización territorial y la distribución del poder de acuerdo a ella. Porque debía ser la Constitución, complementada con determinadas leyes, fundamentales, la que asumiera la responsabilidad de una regulación más completa del sistema autonómico. El TC ha actuado casi siempre con sensatez en esa labor interpretativa. Pero la necesidad de asumir esa tarea lo ha dejado excesivamente expuesto a la desacreditación política, precisamente en un contexto de fuerte descalificación del sistema autonómico por parte de relevantes fuerzas políticas. Una descalificación que, en estas circunstancias, necesariamente iba a tomar al Tribunal Constitucional como destinatario principal, dado su destacado protagonismo en esa configuración o desarrollo práctico del sistema autonómico.

En tercer lugar, el sistema autonómico se ha ido desarrollando, en algunos ámbitos, a través de pactos entre determinadas fuerzas políticas a impulso de las necesidades de gobierno. Se ha tratado de la aceptación de demandas en el ámbito autonómico planteadas por parte de fuerzas políticas con importante arraigo en determinadas comunidades —en ocasiones, incluso, sin estar en el gobierno

de aquellas—, a cambio de apoyos puntuales a la actividad de gobierno —presupuestos, convalidación de Decretos-Ley, respaldo a iniciativas legislativas u otras— o a la propia investidura del presidente del gobierno. Es decir, se ha tratado de acuerdos que han afectado al desarrollo autonómico sobre la base de mayorías coyunturales, insuficientes en una cuestión de esta trascendencia estructural, sin responder a ningún modelo o diseño coherente del sistema autonómico que se desea establecer, aceptándose hoy, como contraprestación a ese respaldo, demandas que ayer se declaraban inasumibles.

Hay quien no ve problema en una desconstitucionalización semejante del sistema autonómico, especialmente desde perspectivas o mentalidades administrativistas. Desde una perspectiva constitucionalista, sin embargo, parece muy arriesgado renunciar a lo que significa que la regulación de los elementos fundamentales del sistema autonómico esté contenida en la Constitución. Porque estaríamos renunciando a la legitimación que aporta la Constitución (Grimm, 2015: 460ss), especialmente esencial en un ámbito como el del sistema autonómico en nuestro país, sometido a tensiones y descalificaciones de mucha importancia por parte de relevantes fuerzas políticas. Porque la Constitución presupone un amplio pacto político sobre el que es posible la integración política de la sociedad, esencial para garantizar la estabilidad democrática; es decir, la paz política.

La reforma es, en nuestro caso, indispensable, en primer lugar, por las singularidades de origen a que se ha hecho referencia, que han derivado en un vacío constitucional respecto a la regulación del sistema autonómico; reforma que, por ello, de forma significativa, aunque no exclusivamente, debe ser de naturaleza constitucional.

Pero, además, más allá de este vacío constitucional, el funcionamiento del sistema autonómico ha mostrado problemas que es necesario resolver. Nuestro sistema tiene una conflictividad extremadamente elevada, incomparable con la de cualquier sistema federal —o similar— de nuestro entorno. La conflictividad, ciertamente, es consustancial a todo sistema de esta naturaleza —Ryan (2011) ha calificado el federal como un sistema de *soka-tira* (*Tug of War*)—, pero la existente en el nuestro alcanza niveles patológicos. Una conflictividad, por tanto, que pone de manifiesto que hay cosas que no funcionan bien en nuestro sistema y que, por tanto, deben ser reformadas.

Es necesario afrontar las reformas por dos razones: conseguir un mejor funcionamiento del sistema y dificultar su descalificación por quienes sueñan con alternativas incompatibles con la integración política. Tras cuarenta y cinco años de funcionamiento del sistema autonómico tenemos una experiencia práctica que el país nunca antes había logrado tener. Es el momento de recurrir a la experiencia, que es, como decía Alexander Hamilton (1787-1788), el mejor oráculo de la sabiduría.

Desde hace muchos años hay diagnósticos académicos sobre las reformas que requiere el sistema autonómico (Aja y Viver Pi-Sunyer, 2003; López Basaguren, 2013: 395ss), sin que hayan tenido ningún efecto en el ámbito político. Por otra parte, la ausencia de reformas significativas en relación a los problemas que se han puesto de relieve ha provocado un funcionamiento inadecuado del sistema autonómico, de forma que, para importantes sectores, especialmente de algunas comunidades, no es suficientemente satisfactorio. Se ha creado, así, un terreno fácil para la descalificación del sistema por parte de fuerzas políticas —nacionalismos territoriales—, facilitando la labor de convencimiento de que la ruptura —sea con propuestas de naturaleza confederal o, directamente, la secesión del territorio— es la única alternativa satisfactoria. Por ambas razones es indispensable afrontar la reforma del sistema autonómico.

Las reformas deben desplegarse en dos planos diferentes: el constitucional y el de leyes fundamentales o esenciales del sistema autonómico. En el plano constitucional es necesario afrontar una profunda reforma de la determinación de las competencias reservadas al Estado, recogidas en el artículo 149.1. En primer lugar, frente a las referencias genéricas a las materias que contiene la lista actual, es necesaria una determinación incomparablemente más pormenorizada y detallada, de los respectivos ámbitos que, dentro de cada materia, corresponden al Estado y a los territorios. Llama la atención la comparación entre el listado de nuestra Constitución y los numerosos artículos que a esa delimitación dedica la Constitución alemana tras la reforma de 2006 o, aún más llamativamente, la nueva Constitución suiza, de 1999. Junto a ello, sigo pensando que es perjudicial mantener el esquema bases (Estado)/desarrollo (comunidad) como eje general de la distribución de funciones entre Estado y comunidades autónomas. Como se ha señalado, se trata de un esquema extraño a los sistemas federales, que ha sido objeto de exclusión prácticamente absoluta en el sistema —Alemania, reforma constitucional de 2006— en el que tenía una significativa, aunque muy limitada, acogida (Arroyo Gil, 2009: 70ss), quedando solamente, de forma muy residual, en la Constitución austriaca, que no parece la mejor fuente de inspiración para afrontar los problemas de nuestro sistema. Soy consciente de que hay importantes sectores que consideran fundamental el mantenimiento de ese esquema como tal eje del conjunto, prácticamente, de la distribución de competencias (De la Quadra-Salcedo Janini, 2004), aunque algunos añaden un elemento que compensaría los efectos tan nocivos de ese modelo: el hecho de que la legislación básica requiriese la expresa aprobación de un Senado, transformado en una Cámara de efectiva representación de las comunidades autónomas (De la Quadra-Salcedo Janini, 2004; también en su intervención en este mismo seminario). En cualquier caso, su carácter central en el sistema español me parece incompatible con el autogobierno necesario, cuando menos, en determinadas comunida-

des, en las que es difícilmente aceptable la inseguridad y el riesgo de práctica desaparición de la capacidad legislativa en materias de su competencia.

Por otra parte, la Constitución debiera regular los elementos indispensables del gobierno del conjunto del sistema, configurando la participación de los territorios en el gobierno compartido, tanto en el ámbito legislativo como en el ejecutivo, a través, especialmente, de la articulación de un sistema de cooperación adecuado. Debiera establecer los elementos esenciales del sistema de financiación autonómico, incluidos los principios esenciales del sistema de redistribución o nivelación interterritorial. Y debe, finalmente, articular adecuadamente la relación entre los sistemas forales (Concierto del País Vasco y Convenio de Navarra) con el sistema común, de forma que se asegure la transparencia y se eluda la existencia de diferencias significativas en la financiación a través de uno y otro sistema que carezcan de justificación por razones de naturaleza financiera (mayor presión fiscal, mejor gestión en la exacción de los tributos, etc.).

En la actualidad, el sistema de financiación está plenamente desconstitucionalizado, por lo que su reforma se sitúa en el plano legislativo. Pero esta reforma es el reto —y la tarea— más urgente del sistema autonómico. Lo es no solo por los ya diez años de retraso en actualizarlo sino por su carácter determinante para el equilibrio del sistema. Su importancia cualitativa es trascendental para la salud del conjunto del sistema. No hay sistema territorial saludable sin una distribución de recursos sólidamente coherente y razonable, que articule adecuadamente las diferentes realidades, que establezca un eficaz sistema de redistribución (nivelación) territorial y que fortalezca los medios e instrumentos de coordinación financiera. Acertar en el establecimiento del modelo de financiación constituye una de las bases más sólidas para lograr un sistema autonómico vigoroso. Ahí tienen los partidos políticos el reto más importante en este ámbito para demostrar su capacidad para impulsar el futuro del sistema territorial en la buena dirección.

Los sistemas federales europeos de mejor tradición afrontan las reformas de forma periódica, con relativa frecuencia. Es lo que es propio de la cultura jurídico-política europeo-continental, frente al determinante protagonismo de la interpretación jurisdiccional en sistemas de raíz anglosajona. Por esa razón, tanto Alemania como Suiza han afrontado, en numerosas ocasiones, reformas en el ámbito del sistema federal. Una vez asentados firmemente los cimientos del sistema, la propia dinámica federal exige casi continuos ajustes de sus piezas. Reformas que deben tener un respaldo político amplio, manifestación de un extenso consenso. Es a lo que se vienen resistiendo nuestras fuerzas políticas durante largo tiempo, mostrando una preocupante incapacidad de mantener vivos los consensos que permitieron el nacimiento del sistema autonómico. El precio de mantenerse en esa incapacidad será, en mi opinión, muy grande.

3. El sentido de la reforma del sistema autonómico: la profundización o perfeccionamiento federal

En lo que se refiere al sentido en el que se debe plantear la reforma del sistema autonómico vengo defendiendo, desde hace años, junto a otras personas, lo que sintéticamente podemos denominar reforma en sentido federal.

Es cierto que la propuesta federal ha sido controvertida tradicionalmente en España, especialmente tras la consideración que, de forma muy extendida, se ha hecho de la experiencia de la Primera República, atribuyendo a su configuración federal la responsabilidad de su estrepitoso fracaso. Al margen de lo injusto, a mi juicio, de endosar al federalismo esa responsabilidad, en un contexto endiablado —una república proclamada por exclusión, ante la falta de alternativa de los monárquicos, mayoritarios, tras el abandono de Amadeo de Saboya; federal por casualidad; y en un contexto de guerra civil (guerra carlista) y guerra colonial (Cuba)—, es cierto que esa interpretación tuvo fortuna, llegando hasta la Segunda República, en la elaboración de cuya Constitución confluyó con la interpretación sobre la evolución y futuro de los sistemas federales que, sobre la base de la experiencia de la Constitución alemana de 1919 (Weimar), sostenía Luis Jiménez de Asúa, protagonista de primera fila en la constituyente, que dio lugar a la pretensión de alumbrar un nuevo modelo de Estado, ni centralista ni federal. Una interpretación que, de forma implícita, cuando menos, llega a la Constitución de 1978.

Sin embargo, tras cuarenta y cinco años de funcionamiento del sistema autonómico, y a la vista de su significado en los países de nuestro ámbito, los recelos frente al federalismo —o su rechazo— resultan insostenibles y son inaceptables: son pura muestra de un empecinamiento auto-justificativo. Se quiera asumir o no, el sistema autonómico ha evolucionado en estos decenios hasta situarse en el territorio de los sistemas federales; con sus limitaciones y defectos específicos. No hay más que comparar nuestro sistema autonómico con el sistema regional italiano para ver dónde ha quedado aquel intento de construcción de un nuevo tipo de Estado, el Estado regional, en ese camino de ida y vuelta entre la Constitución española de 1931 a la italiana de 1947 y, de nuevo, a la española de 1978.

Si queremos tratar de resolver, con posibilidades de éxito, los problemas de nuestro sistema autonómico, no tenemos otra fuente de inspiración que la de los sistemas federales de nuestro entorno que han articulado mejor la relación entre autogobierno (*self-rule*) y gobierno compartido (*shared rule*), adaptando sus soluciones a nuestra realidad, para garantizar la coherencia del conjunto. Nuestro objetivo, a estas alturas, debe ser lo que podríamos denominar *profundización* o *perfeccionamiento* federal del sistema autonómico. Empeñarnos en continuar por

otras vías que se han demostrado agotadas y fuente de importantes problemas solo servirá para poner en riesgo la continuidad del éxito histórico que ha supuesto el establecimiento del sistema autonómico por la Constitución de 1978. Se trata de inspirarse en la experiencia de los sistemas federales más solventes, de mejor tradición, para tratar de resolver los problemas de nuestro sistema autonómico. Es decir, no se trata de trasplantar nada sino de tratar de solucionar nuestros propios problemas. Pero aprendiendo de las experiencias de los sistemas que mejor han sabido hacerlo (López Basaguren, 2016a López Basaguren, 2016b; López Basaguren, 2019).

En la resistencia a adoptar esta perspectiva federal se utilizan distintos argumentos; la mayoría reiteran su supuesta falta de idoneidad para nuestro país y ofrecen una idea del sistema federal contraria a la realidad. El sistema federal es la organización política que ha sido capaz de garantizar de la mejor forma, de la forma más exitosa, el reconocimiento de la diversidad y la garantía de la integración y de la estabilidad política democrática en países en los que su diversidad, de una u otra naturaleza, hace de su adecuado reconocimiento una condición indispensable de la viabilidad del sistema democrático.

A este tipo de argumentos se ha añadido el relativo a la falta de interés en España por un modelo similar. El problema del federalismo en España sería que no tiene suficientes impulsores, especialmente entre las fuerzas políticas. Zarzalejos (2023) lo expresó con toda claridad recientemente: el problema es que el menú federal no gusta a ninguno de los comensales y, en concreto, no satisface ni a los nacionalistas vascos ni a los nacionalistas catalanes.

Hay que señalar, en este sentido, que la opción federal no era, tampoco, la opción de la mayoría de las fuerzas políticas en países en los que el sistema federal, sin embargo, ha garantizado la integración del país y la estabilidad democrática durante más de siglo y medio. Es el caso de Suiza y de Canadá, por poner los dos ejemplos más significativos, en este sentido. Ni en uno ni en otro país la propuesta federal tenía, inicialmente, adeptos mayoritarios. Pero, finalmente, tras fracasar otras opciones ensayadas, que tenían defensores más numerosos, asumieron que el sistema federal era la única opción que hacía posible la convivencia, respetando la diversidad y garantizando la paz política; es decir, la integración y la estabilidad democrática. Lo que significa, utilizando esos términos, que nadie logró imponer el menú de su gusto, que no era compartido por los demás comensales; pero fueron capaces de acordar el menú que era suficientemente aceptable para todos ellos. Ese es el menú federal. No les ha ido mal. Suiza vive en paz y en estabilidad democrática desde 1848. Y Canadá, desde 1867 (López Basaguren, 2023).

Es cierto, en ese sentido, que ni los partidos nacionalistas vascos ni catalanes se muestran favorables a la opción federal, porque su sueño –al que no quieren

renunciar— es el de encontrar el momento de convertirse en Estado. Pero esa no es la cuestión, porque no se trata de satisfacer los sueños de los partidos nacionalistas, sino de si se es capaz de articular un sistema de distribución territorial del poder que satisfaga suficientemente a una mayoría cualificada de las sociedades en las que esas fuerzas políticas nacionalistas tienen significativo arraigo social. Es cierto que el sistema federal no satisface —no tiene respuesta, ha señalado Kymlicka (1998: 110)— las demandas —los sueños— de independencia de los nacionalismos. Pero el federalismo es la única forma de afrontar democráticamente, con posibilidades de éxito, el reto de ruptura que plantean las fuerzas políticas nacionalistas.

Como afirmaba Alexis de Tocqueville en 1835, el sistema federal se asienta sobre una teoría compleja, por lo que requiere el uso de la razón para imponerse a teorías o propuestas más simples pero inadecuadas, dada la facilidad para que estas últimas se impongan en la sociedad (2012). En esta tarea, la labor de las fuerzas políticas es fundamental, para hacer comprender lo complejo y hacer ver su conveniencia, en lugar de respaldar lo simple. La pregunta que debemos hacer es si las fuerzas políticas españolas tendrán la capacidad de darse cuenta de que la profundización o perfeccionamiento federal es la única alternativa que nos puede permitir la integración política con estabilidad democrática; si tendrán la capacidad de comprender que el menú que pretende imponer cada una de ellas es rechazado por las demás y si, en consecuencia, tendrán capacidad de acordar el menú que sea capaz de garantizar que todos los comensales acepten mantenerse en la mesa, sin levantarse, y que sea duradera, y desarrollándose en paz, en armonía, aunque tengan lugar tensiones o discusiones ocasionales.

4. El reto de la reforma federal del sistema autonómico: de una irresoluble cuadratura del círculo a un triángulo virtuoso

El sistema autonómico y su viabilidad futura se suelen plantear como una especie de reto en el que es necesario lograr la cuadratura del círculo. Se suele plantear la extrema dificultad, imposible de resolver de forma plena y, sobre todo, definitiva o estable, entre dos realidades incompatibles: la voluntad de una muy amplia autonomía por parte de territorios en los que el nacionalismo tiene un fuerte respaldo social, nunca plenamente satisfecha, en un proceso de demanda sin fin, por una parte; y, por otra, la de territorios plenamente satisfechos con la autonomía de la que gozan en la actualidad o, incluso, en algunos casos, sin el deseo de disponer de autonomía, ante la que habría una indiferencia mayoritaria en la correspondiente sociedad.

Planteadas las cosas así, el reto de la articulación del sistema autonómico en España se presenta con una dificultad extrema. Sobre la base de esta visión de la realidad se ha solido sostener la adecuación de un sistema diferenciado de territorios autónomos, con diferentes competencias entre unos y otros, con la posibilidad, incluso, de que algunos territorios no se constituyesen como territorio autónomo. Es, como he señalado, el horizonte al que parecía apuntar la Constitución de 1931 y que dejaba abierto la Constitución actual. Se trata, sin embargo, de una pretensión que plantea, cuando menos, dos tipos de problemas.

Por una parte, los habitantes de los territorios –o sus élites políticas, en algunos casos—, casi sin excepción, han respaldado acceder a la autonomía y, sustancialmente, asumir todas las competencias que la Constitución permitía. Ya en la Segunda República, a pesar de que la autonomía territorial se planteó pensando en Cataluña, se pone en marcha un proceso, que se va extendiendo a una parte importante de territorios, para acceder a la autonomía. Estoy convencido de que solo la corta vida de la República y su trágico final impidieron que, ya en los años treinta, tuviese lugar un proceso generalizado de acceso a la autonomía similar al que se desarrolló tras la aprobación de la Constitución en 1978. Un proceso que ha ido acompañado, aunque con algunos vaivenes, de la pretensión de igualación del ámbito de poder territorial (competencias).

Por otra, un sistema similar, a pesar de su apariencia de lógica irrefutable –a cada territorio la autonomía que desea, dentro de los límites constitucionales, sin imponer a ninguno una autonomía que no desea o unos poderes que no quiere—, no queda libre de la dinámica de emulación y es disfuncional para la gobernabilidad del conjunto del sistema y para los territorios con mayor autonomía, que quedan condicionados por la fuerza de la dinámica del poder central cuando actúa respecto a los territorios que dependen directamente del poder central o en el ejercicio de competencias que retiene en relación a algunos de ellos. La experiencia del sistema británico de *Devolution* es muy expresiva en los sentidos que se acaban de señalar (López Basaguren, 2014a: 123ss).

Plantear las cosas en ese sentido no va a poner freno, en sí mismo, al margen del contenido del autogobierno del territorio, a la dinámica de insatisfacción de las fuerzas nacionalistas y su imparable reclamación de mayor poder autónomo. Y sitúa al sistema en una dinámica de difícil articulación y, en consecuencia, de gobernabilidad, en la medida en que la necesidad de articular dos dinámicas tan diferenciadas crea, más allá de las dificultades prácticas, una dinámica política de agravios entre territorios muy difícil de gestionar.

Frente a este esquema, que configura una irresoluble cuadratura del círculo, considero que el reto que debe afrontar España es el de construir un triángulo, que debiera ser virtuoso, en el que sus tres ángulos deben estar sustancialmente equilibrados. Cada uno de los tres vértices de ese triángulo tendría que canalizar

adecuadamente los tres retos que, en mi opinión, tiene que resolver España de forma idónea si quiere asentar sólidamente el futuro de su sistema democrático.

Uno de los vértices del triángulo tendría que canalizar la voluntad de autogobierno de los territorios con fuerte voluntad de un amplio autogobierno, de forma que satisfaga suficientemente a una mayoría cualificada de cada una de esas diferentes sociedades. Quiero precisar que no me estoy refiriendo, necesariamente, a lo que se suele calificar –no muy acertadamente, en mi opinión— como «nacionalidades históricas»; es decir, Cataluña, País Vasco y Galicia. El proceso político desarrollado en estos más de cuarenta y cinco años, gracias a la estabilidad democrática de que venimos disfrutando, ha permitido que las sociedades de los distintos territorios manifiesten su voluntad como comunidad sin cortapisas, una vez superados los primeros momentos de intento de control del proceso por parte de los grandes partidos. Como resultado, la realidad española, desde este punto de vista, es muy diferente de la de los años treinta o de la del periodo de elaboración de la Constitución, a finales de los años setenta; o de la que los partidos creían –o deseaban— existente. En este sentido, la identidad comunitaria en la mayoría de los territorios, con muy pocas excepciones, se ha mostrado con mucha fuerza, aunque su intensidad no sea igual en todos ellos. No creo, en cualquier caso, que se pueda seguir manteniendo la consideración de que solo los tres territorios señalados constituyen una realidad cualitativamente diferente respecto al sentimiento comunitario –nacional, si se quiere— propio o distinto.

En cualquier caso, es necesario asumir que una de las características de nuestra realidad, a la que hay que ofrecer vías adecuadas de canalización, es la existencia de territorios que, con un importante respaldo social, demandan amplios autogobiernos. La forma de hacer frente a esta realidad no puede ser otra que la de aceptar constitucionalmente algunas diferencias respecto a los poderes (competencias) que puedan asumir. La aceptación de lo que se da en llamar «asimetrías» que, en mi opinión, deben tener materialización ineludible en el ámbito competencial. Para ello puede haber distintas alternativas técnicas (López Basaguren, 2024: 89ss); pero considero que las competencias que pueden asumir las comunidades autónomas que así lo deseen deben explicitarse en la Constitución y deben estar a disposición de todas las que deseen ejercerlas. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que esta es ya una realidad en nuestro país. Sobre la base de una igualación sustancial de las competencias que corresponden a las comunidades autónomas, hay territorios con competencias singulares, que no están extendidas de forma general. Dejando al margen la cuestión de la «asimetría» relativa a los sistemas de financiación (común y foral), que no viene ahora al caso, solo tres comunidades —País Vasco, Cataluña y Navarra— disponen de policía autonómica en sentido propio; y solo Cataluña y País Vasco ejercen la competencia (ejecución) en materia de prisiones. Unas asimetrías competenciales que no

han creado, hasta ahora, ningún problema de emulación por parte de otras comunidades. Pero se trata de una solución que, en mi opinión, no está adecuadamente resuelta desde el punto de vista formal. Creo que esa debe ser una cuestión que debe establecerse directamente en la Constitución, como forma de atribuirle seguridad jurídica con el respaldo que otorga el pacto constitucional. Deben precisarse directamente en la Constitución las materias que pueden ser objeto de asunción por unas comunidades y no por otras; y debe ser una posibilidad abierta a todas las comunidades autónomas que lo deseen. En este sentido, he avanzado las vías que, con garantías formales adecuadas, son, en mi opinión, idóneas para ello: una configuración de competencias concurrentes a la inversa de ese tipo de competencias en la Constitución alemana, de forma que se trate de competencias del Estado en la medida en que no sean ejercidas por la comunidad de que se trate; o, con las mismas consecuencias, la determinación de las materias en las que, al estilo de lo incorporado a la Constitución alemana en la reforma de 2006, la comunidad que lo considere oportuno pueda establecer una regulación legal divergente de la Federación (López Basaguren, 2024).

El segundo vértice debe estar integrado por la articulación de un idóneo gobierno del conjunto del sistema autonómico que, por las razones señaladas, considero que es una de las más importantes deficiencias de la Constitución en la actualidad. La historia de los sistemas federales pone de relieve la importancia determinante que tiene para la buena salud del sistema federal en su conjunto la existencia de un fuerte y eficaz gobierno del conjunto del sistema en un régimen político que se articula sobre la base de la distribución territorial del poder. Indispensable, en última instancia, para garantizar la viabilidad de unos fuertes autogobiernos territoriales, pues, frente a lo que se pueda pensar, la fortaleza de éstos no depende de la debilidad de aquél; ni a la inversa. En este ámbito se sitúa, en primer lugar, una más precisa y pormenorizada determinación de qué corresponde a cada nivel institucional (estatal y autonómico) en cada ámbito material de competencia. Además, debe regularse la participación de las comunidades autónomas en el gobierno compartido. En el ámbito del poder legislativo es la cuestión relativa al Senado como Cámara de representación territorial (comunidades, no provincias); y, a nivel ejecutivo, el sistema de relaciones intergubernamentales y de cooperación.

Finalmente, *last but not least*, el tercer vértice del triángulo tendría que estar constituido por el impulso de la autonomía como oportunidad de desarrollo en aquellos territorios en los que no existe un especialmente fuerte sentimiento a favor de la autonomía. Esta es una labor que corresponde, fundamentalmente, a los partidos y a las élites económicas, sociales y culturales de esos territorios, quienes deben impulsar esa idea de la autonomía como oportunidad y de que la autonomía no es una cuestión de interés, exclusivamente, de las comunidades en

las que existe, más o menos mayoritario, un sentimiento político diferenciado; es decir, que la autonomía no es una cuestión de interés únicamente en donde la asunción del sentimiento de identidad española es, con mayor o menor extensión, problemático. Creo que en estas cuatro décadas hay muestras suficientes en ese sentido. En la historia de España no ha sido el centralismo el que ha impulsado el desarrollo de esa España «interior» —por decirlo de alguna forma— sino, muy al contrario, el que ha ahondado su marginación y su parálisis, su creciente vaciamiento o su atraso económico. Por el contrario, la autonomía ha permitido a muchas de ellas una relativa recuperación de su atraso, revitalizándolas; y, junto a ello, les ha permitido, en diferentes ámbitos, según los casos, demostrar su capacidad para realizar políticas exitosas, a pesar de sus difíciles condiciones, por delante de comunidades con mayores recursos, económicos y humanos y, en principio, mejores condiciones para realizarlas con éxito. La exitosa política de enseñanza en Castilla y León es solo un ejemplo de lo que quiero indicar. Pero en cada comunidad podríamos encontrar ejemplos similares.

Frente a la perspectiva, desmoralizadora, de tener ante sí una irresoluble cuadratura del círculo, el reto de construir un triángulo –llamado a ser virtuoso— tendría que permitir la apertura de unas expectativas capaces de insuflar las energías que requiere una tarea ciertamente difícil, pero, en mi opinión, perfectamente posible. Difícil, especialmente, por la actitud de los partidos fundamentales del sistema y la profunda fractura abierta entre ellos. Posible por los intereses de las élites locales interesadas en afrontarlo y concluirlo con éxito. Indispensable, si tenemos en cuenta los intereses del conjunto del país, la necesidad de garantizar la estabilidad del sistema democrático y la paz política que, en este tiempo, ha estado en riesgo de forma nada despreciable.

5. Conclusiones

En las líneas que preceden he tratado de justificar la imperiosa necesidad de afrontar una importante reforma de la regulación, tanto constitucional como legal, del sistema autonómico. Una reforma que debe hacerse sobre la base de los fundamentos ya existentes del sistema autonómico, tal y como, a partir de las previsiones constitucionales, se ha desarrollado durante estos ya más de cuatro decenios. Soy plenamente consciente de que el ambiente político hace difícilmente previsible, hoy por hoy, cualquier tipo de reforma significativa. He repetido muchas veces que hace ya más de quince años Cruz Villalón (2009: 32) manifestó que la pretensión de reformar la Constitución se había convertido en un «ejercicio de nostalgia», apostillando, por mi parte, que a estas alturas

es ya un ejercicio de melancolía. A pesar de ello, considero que en el ámbito académico no podemos dejar de insistir en lo que consideramos que es necesario para la buena salud de nuestro sistema jurídico-político. Sería una dejación de responsabilidad aceptar que la reforma no es necesaria porque no es políticamente posible.

Afrontar la reforma es, por una parte, la única vía para tratar de resolver los problemas de nuestro sistema autonómico, que es una parte esencial e indispensable de la convivencia política democrática en nuestro país. Además, es la única vía para hacer frente a las propuestas de ruptura del sistema, sean de naturaleza confederal o puramente secesionistas (López Basaguren, 2012). Uno de los mayores defectos del sistema político español en estos años es haber dejado la iniciativa política, de forma absoluta, a quienes plantean propuestas de ruptura. Afrontar las reformas sería, además, la forma de recuperar la iniciativa política, indispensable para afrontar, con posibilidades de éxito y sin grandes daños al sistema de convivencia, el reto que plantean algunos sectores de nacionalismos territoriales.

Hace ya mucho tiempo señalé que uno de los grandes riesgos que acechan a las fuerzas políticas españolas es el de resultar afectados por lo que denominé el «síndrome de Walter Long» (López Basaguren, 2014b), en referencia al destacado político del unionismo irlandés, que, opuesto radicalmente a los sucesivos proyectos de *Home Rule* para Irlanda, descubre tarde que la única vía para mantener a Irlanda dentro del Reino Unido era la opción federal; convicción a la que llega cuando ya era demasiado tarde, cuando ya no había solución para Irlanda dentro de la Unión. Quizás, esas personalidades y fuerzas políticas que rechazan y descalifican la opción federal, acaben dándose cuenta de que ésa era la única vía razonable y saludable de desarrollo del sistema autonómico, la única capaz de asegurar la integración garantizando la estabilidad democrática; pero es posible que cuando se den cuenta de ello sea ya demasiado tarde y hayamos pagado un alto precio por ello.

Bibliografía

Aja, Eliseo; Viver Pi-Sunyer, Carles (2003). «Valoración de 25 años de autonomía», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm 69.

Aragón Reyes, Manuel (1986), «¿Estado jurisdiccional o autonómico?», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 16.

Arroyo Gil, Antonio (2009). *La reforma constitucional del federalismo alemán. Estudio crítico de la 52ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Barcelona, Institut d'estudis autonòmics.

Colino, César (2009). «Constitutional Change Without Constitutional Reform. Spanish Federalism and the Revision of Catalonia's Statute of Autonomy», *Publius: the Journal of Federalism,* 39(2).

Cruz Villalón, Pedro (2009). «La dificultad del Tribunal Constitucional como garante de la autonomía territorial», *Revista catalana de Dret public,* núm. 39.

De la Quadra-Salcedo Janini, Tomás (2004). «¿Es el Estatuto de autonomía una norma capaz de modular el alcance de la legislación básica del Estado?», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 72.

Fossas Espadaler, Enric (2007). *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, Madrid, IVAP/Marcial Pons.

Grimm, Dieter (2015). «The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case», *European Law Journal*, 21(4).

Hamilton, Alexander (1787-1788). *The Federalist,* «Paper no. 15».

Kymlicka, Will (1998). «Is federalism a viable alternative to secession?», en P.B. Lehning (ed.): *Theories of Secession*, London, Routledge.

López Basaguren, Alberto (2024). «La distribución de competencias en el sistema autonómico: la necesidad de la reforma», en A. Galera Victoria (coord.): *La cuestión territorial en España. Un debate histórico, político y constitucional necesario*, Granada, Comares.

López Basaguren, Alberto (2023). «La oportunidad federal», *El Correo* (15 de agosto de 2023).

López Basaguren, Alberto (2019). «Claims for Secession in Catalonia: Rule of Law, Democratic Principle and Federal Alternative», en A. López-Basaguren; L. Escajedo San Epifanio (ed.): *Claims for Secession and Federalism. A comparative Study with special focus on Spain*, Cham, Springer.

López Basaguren, Alberto (2016a). «Crisis del sistema autonómico y demandas de secesión: ¿es el sistema federal "la" alternativa?», *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, núm. 19.

López Basaguren, Alberto (2016b). «Sobre el desarrollo federal del sistema autonómico», en M.Á. García Herrera; J. Asensi Sabater, F. Balaguer Callejón (coord.): *Constitucionalismo crítico. Liber Amicorum Carlos de Cabo Martín,* Valencia, Tirant lo Blanch (2ª edición).

López Basaguren, Alberto (2014a). «*Devolution.* Desarrollo y perspectivas de la autonomía territorial en el Reino Unido», en J.J. Solozabal Echavarria (ed.): *La Reforma Federal. España y sus siete espejos*, Madrid, Biblioteca Nueva.

López Basaguren, Alberto (2014b). «El síndrome de Walter Long», *El País (*1 de julio de 2014).

López Basaguren, Alberto (2013). «Current issues around territorial autonomy in Spain», en A. López Basaguren; L. Escajedo San Epifanio (ed.): *The Ways*

of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain, Heidelberg, Springer.

López Basaguren, Alberto (2012). «Reforma del Estado autonómico e inclusión de los nacionalismos: un reto», ponencia presentada en el Seminario *Debates sobre el Estado autonómico. Desafíos actuales y futuros* (20 a 22 de septiembre), organizado por la Konrad Adenauer Stiftung y la Fundación Manuel Giménez Abad.

López Basaguren, Alberto (2011). *Acerca de la caracterización del estatuto de autonomía en una perspectiva federal*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad.

Ryan, Erin (2011). *Federalism and the Tug of War within,* Oxford Oxford University Press.

Tocqueville, Alexis de (2012). *De la démocratie en Amerique*, Paris, Institute Coppet.

Zarzalejos, Javier (2023). «Espejismo federal», *El Correo* (5 de agosto de 2023)

EL MODELO TERRITORIAL ESPAÑOL: DISEÑO, PROBLEMAS ACTUALES DE ARTICULACIÓN Y CONDICIONES DE UNA POSIBLE REFORMA[1]

César Colino
Profesor titular de Ciencia Política de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Introducción

El modelo español de descentralización, desarrollado en los últimos 40 años y sucesivamente gestionado por los dos principales partidos de ámbito estatal con el concurso frecuente de los partidos nacionalistas catalanes y vascos, había respondido relativamente bien a las tradicionales demandas nacionalistas de mayor autonomía y reconocimiento de ambas comunidades (especialmente en tiempos de gobiernos minoritarios a nivel central) mediante un incesante traspaso de poder y delegación de competencias y recursos, algunas asimetrías informales, una expansión creciente —en ciertas políticas públicas— de la autonomía fiscal a través de la cesión y compartición de impuestos y las transferencias de nivelación, una autonomía prácticamente irrestricta en cuestiones culturales y lenguas regionales (con algunas excepciones) y la participación informal en la formulación de las políticas centrales a través de coaliciones parlamentarias informales en la cámara baja, los órganos de cooperación y algunas negociaciones bilaterales a nivel de presidentes autonómicos.

Para la mayoría de los observadores académicos —incluso si son conscientes de algunos de los problemas existentes con la distribución de poderes y el diseño del Senado, por ejemplo— las instituciones territoriales españolas ha-

[1] Las siguientes reflexiones se basan en trabajos previos publicados por el autor y en algunos de los hallazgos comparativos del proyecto de investigación actualmente en ejecución *Reformas Institucionales de los sistemas multinivel: paradigmas, condicionantes, procesos y resultados* (REINSIST), del Ministerio de Ciencia e innovación, que el autor colidera en la UNED con el profesor Mario Kölling. Dado el tipo de contribución al seminario origen de esta ponencia y el carácter del volumen colectivo se ha renunciado al aparato bibliográfico, que puede consultarse dirigiéndose al autor.

bían funcionado, allanando el camino para un creciente equilibrio de poderes entre gobiernos, por ejemplo, a través de la división vertical y horizontal de competencias y recursos. También habrían permitido un alto grado de integración: muchos partidos y grupos participan en sus ejecutivos regionales, influyendo en las políticas públicas en ambos niveles de gobierno y actuando como control de otros gobiernos (por ejemplo, a través de la existencia de coaliciones multinivel). Esto habría ocurrido sin problemas significativos de gobernanza, como atestiguan el llamado milagro económico de España, el desarrollo de un Estado del bienestar avanzado y la alta calificación general que ha alcanzado la democracia en España en todos los indicadores comparativos habituales de calidad democrática.

Según todos los indicadores desarrollados en la literatura científica, el grado de autogobierno de las comunidades autónomas que ha permitido este modelo, así como su grado de cogobierno, están por encima de la media de la mayoría de los países, a la altura de los *Länder* alemanes —por encima de ellos en autonomía fiscal—, Flandes, Quebec o Escocia, por un lado, algo por debajo de las provincias canadienses, los cantones suizos o los estados de EEUU, que gozan de una mayor autonomía fiscal y tributaria, por otro. Los indicadores comparados sobre el grado de reconocimiento de la plurinacionalidad muestran puntuaciones más bajas que Canadá y Bélgica, lo que asimismo era de esperar, dada la naturaleza de la diversidad en esos sistemas federales.

A pesar de ciertas quejas y de una cierta insatisfacción recurrentes, componente usual del juego político y electoral por lo demás, así como del aumento casi continuo de reivindicaciones, este *modus vivendi* parecía funcionar hasta mediados de la década de los 2000. En ese momento, se llevó a cabo una ronda de cambio del modelo territorial, coincidente con reformas similares en otros países europeos descentralizados, a través de la reforma de varios de los estatutos de autonomía y del modelo de financiación en 2009. En comparación con otras democracias plurales o multinacionales, sin embargo, el modelo español de acomodación territorial, en parte debido a su base sociopolítica y en parte a su cultura jurídica, había conseguido su relativa estabilidad prescindiendo de la utilización de algunos instrumentos aplicados en otros lugares para abordar el pluralismo nacional dentro de un mismo Estado. Así, por ejemplo, a pesar de algunas previsiones constitucionales en esa dirección, el modelo no ha profundizado en el uso del reconocimiento simbólico de las diferentes identidades nacionales minoritarias, como el Reino Unido (por ejemplo, la distinción constitucional entre nacionalidades y regiones fue abandonada en la práctica); desde la aprobación de la Constitución no se ha admitido una mayor asimetría o derechos formales de veto adicionales a las nacionalidades, ni una soberanía fiscal extra a ninguna comunidad autónoma (recuérdese la negativa rotunda a un nuevo «pac-

to fiscal» con Cataluña); se ha evitado cuidadosamente cualquier noción de cosoberanía o plurinacionalidad (véase por ejemplo, la jurisprudencia y la interpretación doctrinal de la CE y los estatutos de autonomía por parte del Tribunal Constitucional); se ha negado la existencia del llamado derecho a decidir sin una reforma constitucional (la soberanía es considerada como indivisible y residente en el pueblo español en su conjunto).

A este enfoque de acomodación desarrollado en nuestro modelo territorial se le hace responsable, por algunos, de la crisis secesionista en Cataluña, por haberse quedado demasiado corto. Para otros, sin embargo, el modelo ha ido demasiado lejos y ha llevado a una situación de riesgo permanente de desintegración y crisis constitucional. Sin embargo, la situación en el País Vasco y su contraste con Cataluña y otras regiones o naciones minoritarias, en España u otros países, plantea un cierto enigma. Ya que, operando básicamente dentro del mismo contexto territorial, constitucional y económico que Cataluña, con la excepción de la persistencia de una cierta soberanía fiscal mediante el concierto —que ya existía en tiempos del Plan Ibarretxe— y con los mismos gobiernos centrales, el secesionismo es claramente decreciente en el País Vasco, a pesar de esa reticencia del poder central a usar cualquiera de los instrumentos de acomodación sugeridos en otros países. Asimismo, el caso vasco y su contraste con el caso catalán en los últimos años parece subrayar el carácter endógeno o interno de muchos de los factores que mueven el secesionismo y, por tanto, el carácter contingente o contextual del efecto de muchas de las propuestas de reformas o políticas institucionales que se suelen hacer desde la política o la academia para acomodar supuestamente el secesionismo y reformar los modelos territoriales.

En todo caso, los subsistemas territoriales no evolucionan en el vacío, sino que co-evolucionan e interactúan con otros subsistemas del sistema político, afectando a las estrategias de los actores insertos en esas instituciones. Esta interacción y sus posibles consecuencias indeseadas pueden afectar negativamente al rendimiento y la articulación de las instituciones territoriales. Estas consecuencias no son siempre previsibles ni controlables por las políticas constitucionales deliberadas que a veces los académicos recomiendan o intentan importar de otros sistemas parecidos. Sucede así, señaladamente, con la interacción entre el ámbito parlamentario o partidista y el ámbito intergubernamental o territorial que, en función del diseño de las instituciones territoriales y la evolución de los sistemas de partidos y la competencia electoral de cada momento, pueden interaccionar de forma que produzcan tensiones y fricciones en la articulación entre estos dos ámbitos de la vida democrática en democracias federales como España. Ocurre igual con la economía y su crisis o evolución negativa, que puede incidir gravemente en el funcionamiento del sistema territorial afectando a la capacidad fiscal de los gobiernos a varios niveles por muy bien diseñadas que estén las institucio-

nes territoriales, causando, por ejemplo, conflictos o estrategias menos cooperativas de los actores en el sistema intergubernamental.

Sabemos, por la experiencia en otras democracias federales, que un acoplamiento demasiado estrecho entre el ámbito o arena partidista y la arena intergubernamental puede tener consecuencias muy negativas para la capacidad de decisión del sistema y por tanto para su estabilidad y legitimidad. Un acoplamiento más leve entre estas dos arenas, como había sido el caso hasta hace diez años, permite a los dos ámbitos funcionar de forma menos problemática y sin bloqueos, siguiendo cada uno de ellos sus lógicas propias sin tensiones o contradicciones.

El diseño institucional, como las normas de formación de gobierno y la rigidez de los requisitos de reforma constitucional, no es el único factor al que atribuir la falta de ajuste funcional o la incapacidad para hacer frente a las nuevas demandas en el sistema. También son responsables de la situación actual las crisis sociales y económicas externas, que pueden llevar a algunos actores a votar de forma diferente o a buscar métodos políticos alternativos, dando lugar a deslegitimación y tensiones. Por ejemplo, la reciente crisis fiscal y la pandemia, el aumento de los conflictos interregionales y distributivos y la radicalización de las élites de los partidos que compiten a nivel regional o nacional han exacerbado las tensiones políticas y reducido la legitimidad y la confianza de los ciudadanos en las instituciones.

La evolución reciente de la política parlamentaria y partidista, en particular desde 2015, claramente relacionada con las consecuencias políticas y electorales de la crisis financiera, ha llevado a los gobiernos centrales minoritarios a encontrar dificultades sin precedentes para formar gobierno y lograr la aprobación de sus presupuestos u otras reformas necesarias de la economía o la administración pública. Esto se refleja, entre otras cosas, en las cuatro elecciones nacionales celebradas entre 2015 y 2019. En esos años se ha producido como primera consecuencia un aumento de la tensión intergubernamental y un bloqueo de las reformas constitucionales y financieras del modelo territorial, lo que ha impedido, por ejemplo, cualquier solución o incluso negociación de las demandas que llevaron a la grave crisis constitucional en Cataluña o a las reformas aún pendientes de la financiación y de las instituciones de gobierno compartido. Esto ha intensificado el debate político y académico, por lo que hemos asistido a numerosas discusiones sobre la democracia española y sus múltiples crisis económicas, políticas, territoriales e institucionales.

La atención mediática continua en los últimos años a la crisis económica e institucional del Estado y a la ofensiva secesionista catalana, con su paroxismo de la crisis constitucional provocada por los lideres secesionistas en septiembre y octubre de 2017 —así como su posterior judicialización y el tortuoso intento de

superación con un gobierno de coalición de izquierdas—, el surgimiento y decadencia de nuevos partidos y las numerosas campañas electorales habidas en España desde 2015 han estimulado en los últimos años, si bien con ciertos altibajos debidos a la polarización y a cierta fatiga ciudadana y de la opinión publicada, la aparición de diferentes diagnósticos sobre los problemas del Estado autonómico y la discusión de propuestas innovadoras de reforma constitucional y de reformas institucionales de la democracia española en general. Destacan así, por su utilidad, los diagnósticos y propuestas dirigidos a solucionar el actual problema de integración y acomodación de Cataluña y aquellos dirigidos a aumentar su eficacia y rendimiento a la hora de proveer las políticas públicas necesarias de ámbito nacional.

Este breve capítulo pretende repasar, en este contexto, las características definitorias del diseño de nuestro modelo territorial, diagnosticar sus actuales problemas de articulación y tratar de dilucidar su potencial de reforma mediante políticas constitucionales o institucionales, tratando de establecer, a partir de su propio diseño y de la experiencia de reformas previas, las posibles condiciones favorables de una reforma futura en varios ámbitos institucionales que actualmente experimentan un bloqueo sin precedentes.

Diseño: el tipo de federalismo del Estado autonómico y sus habituales efectos y rendimiento

El modelo territorial español pasó gradualmente, y sin necesidad de ninguna reforma constitucional, de ser un sistema regionalizado a uno federalizado, a través de diversos desarrollos de sus estatutos de autonomía y de la creciente homogeneización de las instituciones autonómicas y de la interpretación jurisdiccional del sistema territorial. La garantía de la autonomía de las comunidades autónomas en la Constitución, igual que en otros sistemas federales, se ha convertido gradualmente en un principio básico del Estado español, implementado a través de salvaguardias constitucionales reflejadas en mecanismos de rigidez constitucional y a través de la protección del Tribunal Constitucional. España también cuenta con una división de poderes constitucionalmente arraigada, cuyos principios fundamentales se recogen en la Constitución y cuyos detalles se desarrollaron en los estatutos de autonomía. Ni la autonomía de las comunidades autónomas ni la distribución de poderes pueden ser rescindidas unilateralmente por el parlamento central. Aunque las comunidades autónomas no tienen un papel directo en la reforma constitucional, sus parlamentos intervienen, junto con el parlamento español, en la modificación de sus estatutos, y en algunas de ellas el cuerpo electoral ha de aprobar estos cambios en referéndum. Además, las

comunidades pueden participar en la reforma de la Constitución a través del Senado, cuyo asentimiento es necesario para aprobar cualquier reforma constitucional, en la medida en que una décima parte de los senadores (la mitad de los senadores designados por los parlamentos regionales) pueden obligar a que se someta a referéndum nacional cualquier reforma constitucional que consideren contraria a la autonomía regional.

El Senado, como se sabe, no ha actuado en sentido estricto como cámara territorial, que represente los intereses de las comunidades autónomas en la elaboración de la política nacional, cosa que por otra parte sucede raramente en otros sistemas federales. Sin embargo, este papel sí ha sido asumido mayoritariamente por el Congreso de los Diputados, donde los grupos parlamentarios de los partidos nacionalistas o regionalistas han defendido, a través de su control e iniciativas legislativas, el interés de sus comunidades (o de todas ellas) en la legislación nacional. La relación entre gobiernos y la participación del nivel regional en el centro ha evolucionado así hacia un modelo menos formalizado que el modelo de colaboración alemán, asemejándose más al modelo canadiense, aunque con menor control de los legislativos provinciales, y se caracteriza por un nivel medio de articulación e institucionalización de los órganos intergubernamentales. Algunas conferencias sectoriales (unas 20 o 25 han sido efectivas) y otras comisiones o grupos de trabajo intergubernamentales de alto nivel (unos mil) han evolucionado como una maquinaria poco visible de la adopción de decisiones intergubernamentales en España que afectan a la vida cotidiana de los ciudadanos.

Las relaciones bilaterales verticales entre las comunidades autónomas y el gobierno central se llevan a cabo a nivel de ejecutivos y se han ido formalizando cada vez más en los estatutos de autonomía y en las leyes de procedimiento administrativo nacionales. Las comisiones bilaterales de cooperación reúnen al gobierno central y a cada uno de los gobiernos autonómicos y tienen una función clara de resolución de conflictos. Surgieron de forma natural, como continuación de las comisiones bilaterales creadas para el traspaso de servicios, para abordar los problemas que se planteaban a las nuevas administraciones autonómicas y los conflictos entre el gobierno central y algunas comunidades autónomas. Aunque ha habido intentos de regulación, muchos órganos intergubernamentales de cooperación o coordinación, y a pesar de la Conferencia de presidentes, ha prevalecido un enfoque bastante jerárquico de la cooperación. Con algunas excepciones, como la dependencia, el desarrollo rural y algunos ejemplos en los órganos de cooperación fiscal y recientemente en el sistema nacional de salud, no ha predominado un modelo de adopción conjunta de decisiones vinculantes, como en Alemania. La mayoría de los órganos intergubernamentales son meramente consultivos, sus acuerdos son voluntarios, se basan en normas de unanimidad y sólo son vinculantes para quienes los suscriben.

Las instituciones intergubernamentales españolas, unidas a las condiciones parlamentarias, hasta hace muy poco predominantemente mayoritarias y de un solo partido en los ejecutivos de ambos niveles de gobierno, promovieron el autogobierno en detrimento del gobierno compartido. Un factor decisivo en la evolución del sistema de relaciones intergubernamentales puede haber sido la voluntad inicial de las comunidades autónomas de autoafirmarse en lugar de establecer mecanismos de cooperación. Durante algún tiempo no percibieron la utilidad de cooperar entre sí, concentrándose en cambio en negociar y cooperar con el Gobierno central —a ser posible, bilateralmente—, lo que les reportaba beneficios más visibles.

La creciente federalización y la profundización en el autogobierno que supuso la homogeneización de competencias y recursos llevaron a una mayor necesidad de gobierno compartido a través de nuevos órganos e instrumentos de cooperación y coordinación multilaterales, tanto en el ámbito nacional como en el europeo. Este fue uno de los motores de la reforma de los estatutos de autonomía en la década 2000/2010, que buscaba establecer nuevos mecanismos de participación de las comunidades en las decisiones centrales. Dada la falta de incentivos para la cooperación al principio y la ausencia de foros horizontales para ello, las comunidades autónomas sólo percibieron tardíamente los beneficios de la cooperación horizontal, una toma de conciencia que en ocasiones se vio forzada por las demandas de sus ciudadanos. Sin embargo, factores partidistas e inercias administrativas impidieron la consolidación de un sistema de cooperación horizontal homologable a otras federaciones parecidas.

Así, en la década 2000/2010 se desarrollaron varios mecanismos horizontales de colaboración, que se vieron interrumpidos por la crisis económica y el cambio de la mayoría de los gobiernos autonómicos a favor de partidos conservadores o independentistas en Cataluña. También se introdujeron, con resultados dispares, algunas reformas que permitieron a las comunidades seleccionar, a través del Senado, a algunos de los magistrados del Tribunal Constitucional. Este proceso demuestra cómo los distintos partidos, líderes o presidentes autonómicos adoptaban actitudes diferentes hacia la colaboración intergubernamental en diferentes momentos, independientemente del diseño institucional. Los gobiernos socialistas a nivel central han solido ser más favorables a promover la colaboración intergubernamental y las instituciones de gobierno compartido, especialmente si están en minoría en el parlamento central.

Asimismo, el enmarañado y ambiguo reparto de competencias en la Constitución ha generado un alto grado de conflictividad competencial entre los niveles de gobierno. Este reparto se ha ido desarrollando en gran medida como resultado de las sentencias del Tribunal Constitucional, y de factores políticos como la congruencia partidista en los dos niveles de gobierno, y las estrategias de los go-

biernos de Cataluña, que representa un tercio de todos los conflictos. El tribunal ha sido criticado frecuentemente por permitir que muchas competencias transversales centrales hagan revertir al Estado central poderes que habían sido diseñadas en la Constitución para ser autonómicos. También ha sido muy influyente el papel del tribunal a la hora de dirimir conflictos políticos sobre el modelo de descentralización y la posibilidad de integrar algunas de las demandas de reconocimiento y mayor desconcentración del poder judicial, como mostró su sentencia de 2010 sobre el Estatuto de Cataluña de 2006 y varias sentencias hechas como reacción a la apuesta secesionista del Parlamento y el Ejecutivo catalanes durante el auge del llamado proceso soberanista.

En cuanto a los resultados o la capacidad de este diseño del modelo territorial, podría decirse que el balance es eminentemente positivo. A lo largo de los años el sistema federal español ha desarrollado la capacidad de coordinación y colaboración entre gobiernos a través de la evolución de la mencionada red de órganos intergubernamentales. Aquí el gobierno central ha tratado de promover la adopción conjunta de decisiones y la coordinación en aquellas áreas en las que las comunidades autónomas tienen competencias concurrentes, como la sanidad, el medioambiente, la industria, las telecomunicaciones, la política energética o tecnológica y el comercio internacional. A diferencia de otros sistemas cooperativos, debido a la mezcla peculiar de instituciones y la distribución de poderes, la adopción de decisiones no ha sufrido ciertas patologías que son más típicas de otros sistemas, como el bloqueo de decisiones en la segunda cámara o los vetos en los órganos intergubernamentales. El país ha logrado algunos éxitos en la coordinación de planes y estrategias nacionales para el cambio climático, la estabilidad y la consolidación fiscal, las políticas de modernización digital, el transporte público de alta velocidad, el sistema de trasplante de órganos, la vacunación frente a la pandemia y la promoción de las empresas españolas en el extranjero. En otras políticas, sin embargo, se han identificado problemas y fracasos, incluyendo la planificación del transporte, la planificación de infraestructuras o la dependencia, donde las relaciones de cooperación y los órganos intergubernamentales se han politizado o han sido desactivados por ciertos gobiernos centrales, por ejemplo, durante la pasada crisis económica.

Por lo que respecta a la capacidad de adaptación del sistema territorial español, la mayoría de los intentos de reforma institucional o de adaptación de las instituciones intergubernamentales se han producido sin reforma constitucional, principalmente a través de pactos políticos o de reformas de los estatutos de autonomía, tradicionalmente acordadas a nivel nacional por los dos principales partidos de ámbito estatal. Las reformas más recientes han sido exigidas o iniciadas ocasionalmente por los partidos nacionalistas o regionalistas y las organizaciones autonómicas de los partidos de ámbito estatal en otras comunidades autó-

nomas. Los partidos catalanes y otros partidos de ámbito no estatal utilizaron la última ronda de reformas de mediados de la década de 2000/2010 como alternativa a una reforma constitucional, pretendiendo una reinterpretación al alza de la Constitución para lograr mayor acomodo identitario y mayores recursos. Esta reinterpretación, acordada en 2006 por la mayoría de los partidos nacionales y catalanes en el Parlamento nacional, fue rechazada por el Tribunal Constitucional en 2010.

Por tanto, si bien la versión española del federalismo se ha demostrado relativamente adaptable, parece que su adaptabilidad o flexibilidad choca con ciertas barreras. Los procesos de reforma estatutaria de la primera década del siglo han mostrado estos límites. Esto puede ser una buena noticia o una mala noticia, según el punto de vista o las preferencias de quien lo observe. Podría argumentarse que la reforma del Estatuto catalán en 2006 tuvo un éxito relativo en aquellos objetivos que no implicaban una reinterpretación del consenso y la doctrina constitucionales o en los que reflejaba una práctica institucional ya consolidada como: a) el afianzamiento estatutario del modelo de política lingüística; b) la institucionalización de las relaciones con el gobierno central con el fortalecimiento de las relaciones bilaterales y el afianzamiento legal de la participación del gobierno regional en las instituciones, órganos y toma de decisiones centrales y de la UE; c) la descentralización de algunas competencias en ámbitos clave como la inmigración, la inspección de trabajo y el transporte público; y d) el establecimiento de mecanismos de financiación capaces de garantizar la suficiencia de recursos, así como la delimitación más clara de la contribución catalana al esquema de solidaridad territorial español. Sin embargo, podría decirse que tuvo menos éxito en otros objetivos originales que intentaban una interpretación nueva, y unilateral, del consenso constitucional, como: e) el mayor reconocimiento nacional de Cataluña y del carácter plurinacional del Estado español; f) la salvaguarda de las competencias autonómicas exclusivas frente a la invasión central; y g) la descentralización o desconcentración del poder judicial en Cataluña. Lógicamente, aquellos estatutos de autonomía que siguieron la senda catalana también tuvieron éxito o fracasaron en los mismos objetivos. La reforma de otros estatutos que sólo pretendían algunos de los primeros objetivos tuvo éxito en todos los casos.

En cuanto a la reforma del sistema de financiación, las cambiantes coaliciones de gobiernos autonómicos parecen obstaculizar cualquier cambio que no sea gradual e incremental y que produzca claros perdedores. En la actualidad, como consecuencia aún de la apuesta secesionista del gobierno catalán y su posterior conversión a la idea de «financiación singular», las negociaciones sobre cualquier reforma de la financiación han estado varios años en un punto muerto, a pesar de un elevado consenso técnico en el diagnóstico y propuestas de reforma. Los pa-

rámetros tradicionales de las negociaciones intergubernamentales en el modelo español parecen estar bloqueados o haberse alterado. Esto ha complicado las estrategias e instrumentos negociadores de los actores intergubernamentales y la necesaria confianza mutua para alcanzar un sistema consensuado.

Problemas actuales de articulación: excesivo acoplamiento de las arenas parlamentarias e intergubernamental

Como se ha señalado más arriba, dadas las instituciones propias de un sistema parlamentario, así como el tipo de partidos integrados y los diferentes subsistemas territoriales de partidos que otorgan un papel importante a los partidos autonómicos en el parlamento central, en el sistema español cabría esperar un grado considerable de acoplamiento entre el ámbito parlamentario y el ámbito intergubernamental. Sin embargo, hasta hace relativamente poco, este grado de acoplamiento ha podido variar en diferentes legislaturas con diferentes correlaciones de fuerza, pero no había llegado a tener consecuencias negativas. Se han producido así diversas tensiones o fricciones, dependiendo de varios procesos y de las estrategias de los actores implicados.

Por otra parte, en cuanto al efecto de la política parlamentaria en el ámbito intergubernamental, se ha observado habitualmente una tensión entre la dinámica parlamentaria-electoral de mayoritarismo y polarización y la necesidad de cooperación político-administrativa en el ámbito intergubernamental. La política adversarial y la polarización en la arena parlamentaria, junto con la utilización por parte de algunos partidos de las cuestiones territoriales o identitarias como temas de disputa partidista y electoral contra los demás partidos, han impedido la necesaria cooperación y han obstaculizado o bloqueado reformas muy necesarias en materia constitucional. Esta politización también ha contaminado o bloqueado la cooperación intergubernamental de otros órganos sectoriales. Así, en los últimos tiempos, por ejemplo, las relaciones intergubernamentales verticales y la aplicación de políticas públicas centrales se han visto cada vez más politizadas por el partido que se encuentre en la oposición, que ha utilizado los órganos intergubernamentales y los gobiernos autonómicos para bloquear o impedir la aplicación de algunas políticas centrales o compartidas por motivos ideológicos o simplemente electorales. Esto ocurrió durante la década de 2000, por ejemplo, con los programas de atención a la dependencia, las leyes antitabaco, la introducción de la educación cívica en las escuelas y algunas regulaciones centralizadas sobre el aborto. Durante la reciente crisis económica, comunidades gobernadas por el principal partido de la oposición, como Andalucía y el País Vasco, o por partidos nacionalistas, como Cataluña, también se opusieron al gobierno central

en órganos intergubernamentales, como los que coordinan los esfuerzos de consolidación fiscal.

Asimismo, la situación minoritaria del gobierno central y la mayor o menor congruencia partidista entre los niveles han determinado en cada momento el grado de acoplamiento e influencia mutua entre los dos principios. Por ejemplo, la experiencia de los años noventa demostró que los gobiernos mayoritarios de derecha en situaciones de fuerte congruencia en ambos niveles es la constelación más propensa a provocar muchas de estas tensiones, así como ciertas tendencias centralizadoras, por razones ideológicas o adaptativas como una crisis económica, lo que suele provocar contratendencias y demandas de más autonomía y reformas institucionales en varias comunidades autónomas. Un tanto paradójicamente, los gobiernos en minoría y la falta de congruencia partidaria en ambos niveles han solido promover la colaboración y las tendencias centrípetas, no sólo por la necesidad de acuerdos partidarios multinivel y la reducción de la polarización, sino también por la mayor acomodación de las demandas autonómicas.

Algunos mecanismos para hacer frente a esta situación se han utilizado como escape típico de estas tensiones entre las dos arenas de la política democrática, la parlamentaria y la intergubernamental. Algunos ejemplos son las negociaciones dentro de coaliciones multinivel, las negociaciones dentro de los partidos, el traslado de las decisiones problemáticas al nivel administrativo del sistema intergubernamental o, simplemente la judicialización de los conflictos en las arenas intergubernamental y parlamentaria. Hasta hace poco, estos mecanismos habían evitado el bloqueo decisorio del sistema.

Por ejemplo, Field (2016) demostró cómo precisamente gracias a la existencia de estos partidos diferentes y a la competencia multidimensional, con sus diferentes objetivos y lógicas, y a la compatibilidad entre los objetivos de los partidos estatales y los de ámbito solo autonómico, ha sido posible un grado comparativamente alto de gobernabilidad y capacidad de gobierno en España, a pesar de los gobiernos en minoría en el parlamento central. Contar con gobiernos de coalición en las comunidades autónomas, que serán aún más frecuentes en un futuro próximo, también crea vínculos multinivel de dependencia mutua, ofreciendo así nuevos incentivos para reforzar la relación entre los partidos. Esta situación suele darse cuando un partido de ámbito estatal forma parte de una coalición en el nivel autonómico y, al mismo tiempo, ha formado un gobierno en minoría a nivel central y necesita apoyo parlamentario.

Con el gobierno de coalición en minoría del PSOE y Sumar, apoyado necesariamente en los partidos secesionistas y nacionalistas, el acoplamiento estrecho de los ámbitos parlamentario e intergubernamental ha llegado a sus máximas cotas con la necesidad del apoyo parlamentario de esos partidos, con la creciente importancia de las cuestiones territoriales como moneda de cambio para los par-

tidos minoritarios y con la creciente fusión del eje derecha-izquierda con el eje nacionalismo español-nacionalismos periféricos. Esta situación lleva a la transformación de las tensiones habituales en conflictos y al bloqueo decisorio en los temas constitucionales o de reforma institucional del modelo territorial, con la exacerbación de los mecanismos usuales de evitación del bloqueo, como el recurso a la judicialización de la política o la «administrativación» de las relaciones intergubernamentales para evitar los bloqueos permanentes.

Perspectivas y condiciones de las reformas

¿Cuáles son y qué consecuencias tienen las reglas de reforma institucional en las posibilidades de solucionar los recientes problemas de articulación del modelo territorial español? En algunas ocasiones se ha defendido el marco institucional de la reforma estatutaria y su flexibilidad como una alternativa a las más rígidas reglas para la reforma constitucional. Los estatutos de autonomía pueden reformarse a iniciativa de las propias comunidades autónomas y del parlamento español, teniendo que intervenir de forma conjunta en su aprobación y modificación. Por ello, las reformas no pueden ser unilaterales, sino que tienen que responder tanto a los intereses autonómicos como al interés nacional en el proceso. Este sistema peculiar del modelo español puede generar una serie de ventajas o beneficios teóricos para la adaptación ocasional del sistema que se han venido defendiendo de forma recurrente:

- La reforma de los estatutos es más fácil que una reforma constitucional explícita en circunstancias desfavorables de polarización de los partidos en el parlamento central.
- Estas normas fomentan la deliberación y la negociación y, si tienen éxito, pueden dar una sensación de actualización y reinstauración del pacto constitucional que legitima la Constitución.
- Son una forma de favorecer una mayor participación pública, favorecen la aceptación por parte de los ciudadanos y permiten una adaptación de las políticas y poderes públicos a la realidad social.
- La reforma de los estatutos puede permitir responder a demandas particulares de ciertas comunidades autónomas, que no pueden alcanzarse mediante una reforma constitucional formal a nivel central, pudiendo servir de válvula de escape.
- Dado que el Parlamento central puede vetar las propuestas autonómicas, teóricamente puede salvaguardar, en nombre de la cohesión y la equidad, los intereses del resto de las comunidades.

- La reforma de los estatutos de autonomía a iniciativa de los parlamentos autonómicos puede así funcionar como un sucedáneo de la autodeterminación interna, debilitando las tensiones secesionistas y promoviendo la adaptación a las diferentes aspiraciones de autogobierno y el reconocimiento de las demandas.

Dicho esto, la experiencia reciente con el estatuto de Cataluña en 2006 nos avisa de que estas reglas de reforma tienen en la práctica algunas consecuencias potencialmente negativas para la estabilidad y legitimidad del sistema que podrían resumirse en varios puntos:

- El proceso de reforma iniciado unilateralmente y negociado a varios niveles puede producir una sobreexigencia descoordinada procedente de una comunidad autónoma y una competición desbordada entre los partidos autonómicos sobre cuestiones identitarias o redistributivas. Esto conducirá a una espiral de demandas y a una polarización de posturas por parte de los actores políticos, así como a la deformación de la agenda de reformas, con el consiguiente desplazamiento de las demandas técnicamente sólidas y viables por otras políticamente oportunistas.
- Las reglas de decisión actuales pueden dejar a los principales partidos de la oposición en el ámbito estatal fuera del acuerdo en el parlamento central y otorgar a los pequeños partidos de la oposición sin nada que perder un poder de veto desproporcionado en los parlamentos autonómicos y, por tanto, una influencia excesiva en la agenda y las demandas autonómicas de reforma.
- La politización partidista de los procesos de reforma conducirá a una negociación basada en los beneficios electorales a corto plazo de los partidos en lugar de a una resolución de problemas basada en soluciones racionales a los problemas identificados para los que se inicia la reforma.
- La iniciativa unilateral, la competencia electoral regional y los incentivos para el regateo y la sobreexigencia pueden llevar fácilmente a provocar una reinterpretación unilateral de todas aquellas disposiciones ambiguas de la Constitución que sean más susceptibles de ser reinterpretadas, poniendo así a prueba las interpretaciones tradicionales o consensuadas. También se tenderá a reinterpretar el margen de maniobra que permite la Constitución y el papel de los estatutos de autonomía para llevar a cabo reformas cuasiconstitucionales.
- El parlamento central, en determinadas condiciones políticas o electorales, puede no ser capaz de conciliar o coordinar las demandas contradictorias de las distintas comunidades. Tratará entonces de salir del paso o de

llegar a acuerdos ambiguos que tensen más el consenso tradicional sobre la Constitución y lleven a los actores con veto a recurrir al Tribunal Constitucional. Los agravios comparativos, la emulación y el conflicto entre comunidades autónomas darían lugar necesariamente al vaciamiento del gobierno central como resultado final de la descoordinación de comportamientos y demandas de todas las comunidades emulando a las más beneficiadas por esa reforma.

- Los principales partidos centrales de la oposición excluidos del acuerdo tendrán incentivos para recurrir al Tribunal Constitucional en aquellos casos en los que no acepten otras reinterpretaciones unilaterales de la Constitución y en aquellos lugares en los que no tengan nada que perder electoralmente a nivel regional.
- Esto puede llevar a tensionar de nuevo la Constitución y a transferir al Tribunal Constitucional la obligación de dirimir entre interpretaciones contrapuestas de la Constitución, sobre cuestiones políticas, y no realmente jurídicas.

¿Cuáles son entonces las condiciones de éxito y fracaso del cambio constitucional implícito? De acuerdo con lo que la experiencia nos dice sobre las potenciales consecuencias positivas o negativas de las reglas institucionales españolas para la reforma de la organización territorial, podría decirse que estos efectos dependen de un conjunto de circunstancias que podemos tratar de resumir en la configuración de cinco factores:

1) *Los objetivos y la filosofía de la reforma*: de los varios objetivos de reforma que se plantean, como el reconocimiento simbólico, las exigencias redistributivas, la devolución de competencias, la protección contra la extralimitación del poder central, la reinterpretación constitucional unilateral (o una mezcla de varios de ellos), la reforma parece haber funcionado sólo para la descentralización de competencias y la formalización de los mecanismos de cooperación existentes, pero no para las cuestiones de reconocimiento o asimetría y redistribución, ya que, por definición, los instrumentos unilaterales procedentes de una comunidad autónoma no sirven para coordinar y alinear demandas redistributivas multilaterales contrapuestas. Al contrario, esto reaviva una espiral de resimetrización en la que las regiones menos asertivas intentan alcanzar a las que tienen más poderes.
2) *La fuerza del partido gobernante en el gobierno central y la existencia y el alcance de la política de confrontación entre el gobierno y la oposición* también parecen ser dos dimensiones importantes. Si el gobierno central es fuerte y no necesita ningún apoyo parlamentario de los partidos naciona-

listas a nivel nacional o regional, puede gestionar fácilmente el proceso de reforma. Por el contrario, si el gobierno central es una minoría gobernante y depende de los partidos nacionalistas de ámbito no estatal para su supervivencia en el parlamento, tiende a elegir estrategias arriesgadas, que pondrán a prueba la Constitución y forzarán acuerdos ambiguos que serán impugnados por la oposición a menos que se aplique la siguiente condición, que otorga al principal partido de la oposición un estatus de jugador con derecho a veto.

3) *El grado alto de acuerdo entre los dos principales partidos de ámbito estatal* en el diagnóstico de los problemas y objetivos a alcanzar con la reforma territorial parece ser una condición necesaria para el éxito de cualquier reforma efectiva del sistema. Esto es así porque, como ha ocurrido con la pasada ronda de reformas, cuando el partido gobernante en el centro no ha contado con el partido de la oposición para las reformas institucionales, éstas no han funcionado. El partido de la oposición puede ser incapaz de bloquear la ley orgánica que modifica el estatuto de autonomía, pero siempre puede recurrir al Tribunal Constitucional como herramienta para bloquear o modificar los objetivos y la filosofía de la reforma. Además, el partido de la oposición ni siquiera tiene que ser coherente en los dos niveles y puede defender cosas diferentes en las distintas comunidades autónomas en función de sus intereses electorales, lo que le da más margen de maniobra.
4) *Las constelaciones políticas en el ámbito autonómico* son una condición importante para el éxito. La fuerte competencia partidista entre partidos de ámbito no estatal y partidos de ámbito estatal en una comunidad autónoma y el papel de los partidos de coalición menores y los principales partidos de la oposición pueden llevar a los partidos gobernantes autonómicos a asumir la mayoría de las reivindicaciones autonomistas o nacionalistas de los partidos regionales de la oposición.
5) *El grado de autolimitación del Tribunal Constitucional*, que vendrá determinado por el grado en que las interpretaciones tradicionales del reparto de poderes o de los símbolos del poder estatal vayan en contra de su doctrina tradicional. Este autocontrol tenderá a ser mayor si existe un acuerdo general entre los dos partidos de ámbito estatal sobre los objetivos y la filosofía de la reforma.

En una consideración global, viendo este conjunto de condiciones, podríamos decir sin temor a equivocarnos que la condición necesaria y suficiente para el éxito sería el acuerdo político entre los dos partidos de ámbito estatal sobre los objetivos y la filosofía de la reforma. El acuerdo político minimizaría la probabili-

dad de que un recurso ante el Tribunal Constitucional cuestionara los objetivos de la reforma y obtuviera un fallo negativo y maximizaría la receptividad del Tribunal hacia nuevas interpretaciones consensuadas del marco constitucional del sistema. Sin este acuerdo, los riesgos políticos de la reforma implícita parecen demasiado difíciles de superar para alcanzar un éxito final.

Por lo que respecta a aquellas reformas que impliquen algún tipo de asimetría, parece que las perspectivas y la viabilidad de introducir nuevas asimetrías en el sistema dependerá del tipo de asimetría del que se trate, su adaptabilidad a la situación del país y de la oportunidad política, por lo que algo posible en un momento concreto de la constelación de fuerzas políticas y opinión pública puede no serlo en otro momento. En general, podría suponerse que existe cierto espacio en España para aceptar la práctica de cierta asimetría blanda, o asimetría por elección, que responda a ciertas diferencias objetivas o necesidades y preferencias de políticas públicas o peculiaridades institucionales. Todo indica que la ciudadanía española en general puede aceptar las asimetrías de hecho o las asimetrías existentes en la aplicación de las políticas públicas nacionales o en la configuración de las instituciones, pero parece que aceptará más difícilmente un estatus especial para cualquier comunidad autónoma protegido constitucionalmente. Así, por ejemplo, en el caso de las propuestas de reforma que conduzcan a un reconocimiento simbólico mediante asimetría, el gobierno o parlamentos centrales sólo podrá encontrar cierto apoyo general cuando esta asimetría no vaya acompañada de exigencias económicas o de la percepción de que la reivindicación de un trato desigual no está realmente justificada por razones objetivas sino sólo por postulados ideológicos. Es probable que la mayoría de las personas que aceptaron las disposiciones especiales de la Constitución para algunos territorios se resistieran hoy en día a la introducción de elementos formales adicionales de asimetría, ya que es muy probable que aparecieran como un privilegio o una discriminación indebidos.

Por lo tanto, si bien algún tipo de asimetría sería probablemente un instrumento eficaz desde el punto de vista de la integración, parece difícil impulsar tipos o medidas adicionales de asimetría dura o estatus especial y que se justifiquen solamente con base en una historia o identidad. Aunque algunas reformas o concesiones simbólicas a las CCAA con doble identidad nacional puedan mejorar la cohesión del sistema, estas reformas tendrán éxito siempre y cuando sean acogidas con reciprocidad y lealtad y con la aceptación simbólica del marco y la pertenencia común por parte de los partidos nacionalistas o soberanistas. En una situación de lealtad poco clara al Estado común como la actual, cualquier concesión asimétrica sólo será, para algunos soberanistas (y así se verá por muchos no soberanistas), una nueva plataforma desde la que articular nuevas reivindicaciones. Para otras comunidades leales al Estado y con reivindicaciones válidas de un trato similar sólo significará una fuente de quejas y conflictos intergubernamentales.

En cuanto a las reformas de la financiación, la experiencia reciente y comparada también nos lleva a poder identificar algunas condiciones para su viabilidad. Así, podemos señalar algunas condiciones contextuales y de proceso que afectan a los procesos de negociación y que serían necesarias para una reforma consensuada de la financiación, como por ejemplo:

- La congruencia partidista a ambos niveles.
- Un equilibrio entre la iniciativa del gobierno central y la existencia de líderes autonómicos que marquen la agenda
- Un equilibrio en el control del proceso de reforma entre el partido central y los barones regionales
- Un equilibrio entre negociaciones multilaterales y bilaterales

Asimismo, cuatro condiciones necesarias se han demostrado relevantes para el éxito de la adopción y ratificación de reformas del sistema de financiación según la experiencia en las pasadas reformas, en especial de la nivelación, en España. Estas parecen ser:

- El acuerdo de los dos principales partidos nacionales
- El acuerdo o liderazgo de las regiones ricas o dominantes en el sistema de nivelación
- La garantía de la cláusula de statu quo (nadie pierde, no hay suma cero) mediante una mayor inyección de recursos centrales
- La separación de las reformas de nivelación de otros ámbitos de reforma más politizados

Algunas de estas condiciones hacen que las perspectivas de reformas de la financiación puedan verse como poco viables o condenadas a reformas insatisfactorias desde el punto de vista técnico.

Conclusión: algunas propuestas

Algunas propuestas, tal vez ingenuas, podrían plantearse aquí brevemente tras repasar las condiciones de éxito de las reformas del sistema territorial y su improbable verificación. Ante esta dificultad evidente, parece necesario idear formas de modernizar nuestra Constitución mediante procedimientos de reforma que impliquen, entre otros instrumentos, la incorporación de ciertas ideas e instrumentos y de los ciudadanos y las propias comunidades autónomas al procedimiento de reforma constitucional (tal vez a través del Senado previamente reformado) con un papel claro para ellas.

En general, y para ir concluyendo, podría decirse que el verdadero desafío de cualquier procedimiento de reforma del Estado autonómico que permita la integración de Cataluña es llegar a un consenso con los nacionalistas y las otras comunidades autónomas que permita compatibilizar el reconocimiento exigido en forma de diferenciación o asimetría, con el autogobierno autonómico y el gobierno compartido, encontrando lo que es casi una fórmula mágica que permita singularizar aún más a Cataluña sin irritar a las otras comunidades autónomas y sin poner en peligro la igualdad y la eficacia del sistema.

Por ejemplo, ¿por qué no una convención constitucional española sobre la reforma del modelo territorial? Las ventajas de esta forma deliberativa de reforma es la posibilidad de producir ideas y consensos de muchos actores de la reforma. El problema con esta iniciativa sería de nuevo la falta de tradición en nuestra cultura política y constitucional de estas nuevas formas de deliberación y negociación, que no está exenta del riesgo de politización partidista. La decisión final siempre deberá recaer en los órganos legislativos electos. Además, parece que no existe un consenso claro entre los expertos sobre cómo resolver la habitual espiral de simetría-resimetría producida por el intento de dar satisfacción a las demandas asertivas de reconocimiento y tratamiento fiscal especial por parte de los partidos soberanistas.

Si este método de convención resultara impracticable, aún podría existir un repertorio de soluciones menores como elevar los requisitos de mayoría para las iniciativas unilaterales en el parlamento autonómico y elevar los requisitos para la aprobación de los estatutos de autonomía en el parlamento central. Tal vez esto podría resolver muchos de los escollos potenciales detectados en la actual apertura del sistema y aprovechar la flexibilidad que ofrece sin llegar a necesitar la reforma constitucional agravada. Otro paso podría ser el aumento de los requisitos de mayoría en el seno del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre estas cuestiones, lo que evitaría la mayoría simple como regla de decisión, exigiendo así más consenso y evitando el riesgo de politización partidista y deslegitimación pública del Tribunal.

Pero es muy probable que todas estas posibilidades no sean más que formas de salir del paso, ya que nos enfrentamos a problemas políticos a veces insolubles sin una solución jurídica clara, y que el único camino a seguir sea una combinación de cambios informales implícitos y algunas pequeñas reformas formales.

Referencias bibliográficas

Field, Bonnie N. (2016). *Por qué funcionan los gobiernos minoritarios. Política territorial multinivel en España*. Valencia, Tirant lo Blanch.

LA ARTICULACIÓN DE LA GOBERNANZA AUTONÓMICA: FINANCIACIÓN Y RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES

Sandra León Alfonso
Profesora ayudante doctora de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Autónoma de Madrid

La financiación autonómica es un tema genera tanto interés como incomprensión en el debate público en España, debido en gran parte a la complejidad de su diseño. Aportar claridad a este debate desde la academia implica, en primer lugar, diferenciar la financiación autonómica de otros conceptos con los que habitualmente se vincula. En sentido estricto, la financiación autonómica es el conjunto de ingresos de las CCAA destinados a financiar los servicios que tienen transferidos o los servicios propios (León, 2015: 57). Es decir, que cuando hablamos de financiación no hablamos de balanzas fiscales, ni incluimos inversiones territorializadas o el fondo de compensación interterritorial, aunque a menudo en el debate se mezclen todos estos conceptos.

¿Por qué es un tema tan conflictivo? La financiación autonómica es relevante en España y en otros estados descentralizados porque juega un papel fundamental a la hora de delimitar el grado real de autonomía política de los gobiernos subnacionales, el nivel de autogobierno. Como la financiación es un aspecto tan importante a la hora de definir el poder político, ello explica que sea uno de los asuntos el que genera más desacuerdo en los estados federales y descentralizados. La conflictividad asociada a la negociación de la financiación autonómica, no es una cuestión que solo aplique al caso de España, sino que se da en otros países federales o descentralizados (Spahn, 2008).

El conflicto alrededor de la financiación autonómica en los estados descentralizados tiene que ver, generalmente, con tres asuntos: que el sistema de financiación limite en la práctica el grado de autogobierno regional; que las transferencias promuevan un comportamiento fiscal irresponsable y que las desigualdades económicas provoquen desacuerdos sobre el diseño de las transferencias de nivelación (León, 2022). El primer tema tiene que ver con que, en el diseño específi-

co y en la letra pequeña de la financiación se delimita el grado de autonomía de los gobiernos subnacionales a la hora de ejercer sus competencias sobre el gasto y sobre los ingresos. Por ejemplo, si las transferencias del gobierno central a los subnacionales son condicionadas (como ocurría en España con las transferencias vinculadas a la sanidad hasta el año 2001), el grado de autonomía es menor que en un escenario donde las transferencias son incondicionadas (los gobiernos pueden decidir sin limitaciones a qué partidas de gasto dedicar los fondos traspasados). Segundo, el grado de desequilibrio entre la responsabilidad de los gobiernos subnacionales sobre el gasto y la responsabilidad de los mismos sobre los ingresos determina los incentivos para que dichos gobiernos incurran en un comportamiento fiscal irresponsable. Como es bien sabido en la literatura sobre federalismo fiscal (Rodden, 2002), si el gasto de los gobiernos subnacionales se financia principalmente a través de transferencias desde el gobierno central, los ejecutivos regionales tendrán una mayor tentación de expandir el gasto, puesto que en esta decisión no han de incluir el coste que implica pedir impuestos a la ciudadanía para financiarlos.

Por último, una importante fuente de tensiones entre territorios proviene de la decisión sobre cuánto debe nivelar el sistema de financiación. Por ejemplo, en el caso de España, la existencia de desigualdades en el desarrollo económico entre los distintos territorios implica también una desigual capacidad de recaudación a través de los instrumentos impositivos de los que disponen. La diferencia entre las necesidades de gasto de una comunidad autónoma y la recaudación normativa a través de los impuestos cedidos y compartidos debe cubrirse, por lo tanto, mediante transferencias. El grado en el que dichas transferencias cubran la diferencia entre las necesidades de gasto y la recaudación determina el grado de nivelación.

En definitiva, en España el debate público (no así el académico) sobre la financiación y la negociación de los distintos modelos se plantea desde un prisma fundamentalmente nacional, sin conexión con las dinámicas en otros modelos territoriales parecidos. Sin embargo, los tres aspectos relacionados con la financiación de los gobiernos subnacionales antes referidos son fuente de conflicto habitual en España y también en otros países federales o descentralizados, pues el diseño de la financiación plantea una tensión entre eficiencia y equidad (Dafflon y Vaillancourt, 2003).

¿En qué estado se encuentra el modelo de financiación autonómica en la actualidad? En un estado de larga caducidad. En el año 2009, el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero aprobó el modelo de financiación que permanece en la actualidad. Este sistema, aprobado en la Ley 3/2009 de 18 de diciembre que modifica la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), que recuperaba la revisión cada cinco años que había existido en sistemas

anteriores, tendría que haberse revisado, por lo tanto, en 2014. La crisis económica, el cambio en el sistema de partidos a partir del 2015, la crisis con Cataluña y posteriormente la crisis del COVID son todos factores que han contribuido en distinta medida a retrasar la negociación de un nuevo sistema. De todos ellos, el desafío constitucional provocado por el pulso secesionista en Cataluña seguramente se encuentra entre los condicionantes de mayor peso, si no el mayor, para explicar el retraso en la aprobación de un nuevo modelo.

Aunque durante los últimos años la situación en Cataluña haya sido un factor de estancamiento del modelo porque ha dificultado su reforma, tradicionalmente Cataluña ha tenido un papel fundamental en la reforma de los distintos modelos hacia una mayor descentralización. En concreto, tanto en el año 1993 con un gobierno socialista como en el año 1996, con un gobierno del Partido Popular, el ejecutivo catalán, gobernado entonces por Convergència i Unió, consiguió avances en la descentralización fiscal. El modelo aprobado en 2009 no se comprende sin la reforma estatutaria en Cataluña, aprobada en el año 2006 (León, 2009: 151). En concreto, el Estatuto catalán preveía la cesión del IRPF y del IVA hasta el 50 % (hasta entonces el nivel de cesión era del 33 % y 35 %, respectivamente) y de los impuestos especiales hasta el 58 % (hasta ese momento se había cedido el 40 %). Como es bien sabido, todas estas previsiones estatutarias acabaron incorporándose al modelo de financiación aprobado en el 2009.

¿Qué características definen el sistema de financiación autonómica desde que se aprobó la LOFCA en el año 1981? Las tres características que describen el diseño y la evolución del modelo de financiación son también aplicables de manera más general al modelo autonómico y son las siguientes: se trata de un modelo abierto, asimétrico y dinámico.

En primer lugar, el modelo es abierto porque la Constitución se limitó a describir un marco regulatorio general de la financiación de las comunidades autónomas, mientras que la LOFCA estableció que el cálculo para determinar las participaciones territorializadas de los gobiernos autonómicos se debía aprobar en un órgano de cooperación multilateral, el Consejo de Política Fiscal y Financiera (que fue creado por dicha ley). Así, fueron los distintos acuerdos fruto de la negociación política en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera los que concretaron los principios generales que la LOFCA había establecido.

En segundo lugar, el modelo de financiación autonómica nació con dos asimetrías fundamentales. La primera y más evidente, la existente entre el modelo foral del País Vasco y Navarra y el sistema de régimen común, aplicado en el resto de comunidades autónomas. Estas diferencias entre el modelo foral y común son, a día de hoy, la principal asimetría que perdura en el modelo autonómico, pues la igualación competencial entre las regiones de vía lenta y de vía rápida acabó con las asimetrías sobre el gasto (con excepción de algunas políticas)

con las que arrancó el Estado de las Autonomías. La segunda es la asimetría entre la amplia descentralización del gasto y la limitada descentralización de los impuestos. Esta asimetría se ha reducido a medida que han ido aumentando el número de impuestos compartidos y el porcentaje de participación territorializada de los gobiernos autonómicos.

Por último, la financiación autonómica ha sido muy dinámica, de igual manera que lo ha sido el modelo competencial inicialmente establecido con los primeros Estatutos de Autonomía. El sistema de financiación hasta ahora ha contado con 5 modelos distintos. El primero de ellos se llamó «modelo definitivo» y se aprobó en el año 1986, después de un periodo transitorio durante el que gobierno central y los ejecutivos autonómicos acordaban bilateralmente el montante asociado a los traspasos (se tomaba como referencia el gasto que había realizado el gobierno central en esa política cuando el sistema era centralizado). El adjetivo con el que se califica el primer modelo («definitivo») resulta irónico a ojos de hoy pues, como la evolución del sistema de financiación demuestra, dicho modelo quedó lejos de ser el «definitivo» (operó entre 1987 y 1991). A este primer modelo le sucede el «segundo modelo definitivo» (1992 —1996), el que se aplica entre 1997 y 2001 y el que se implementa entre 2002 y la reforma del 2009. Además, se introdujeron algunas modificaciones del modelo dentro de cada uno de estos periodos (León, 2009: 128).

¿Por qué ha evolucionado de esta manera tan dinámica? ¿Por qué se ha ido modificando cada cierto tiempo? Primero, porque la propia LOFCA así lo contemplaba. Esta ley estableció una cláusula de revisión cada cinco años y, aunque no era una cláusula obligatoria, se asumió como tal y se aplicó en los tres modelos siguientes, hasta el aprobado en el 2001, que eliminó la revisión quinquenal. Más tarde, el modelo del 2009 recuperó dicha cláusula que, como bien es sabido, no se ha cumplido. Esto significa que la revisión prevista en la LOFCA no puede ser la única explicación a los cambios.

Una segunda fuente de cambio ha sido el propio dinamismo del modelo autonómico. La igualación competencial que se produce entre las llamadas comunidades de vía lenta, que acceden con un menor nivel competencial, y las comunidades de vía rápida otorga al modelo una naturaleza muy cambiante y abierta. Y eso permea también en el propio sistema de financiación económica porque opera sobre esa idea de que el sistema es altamente revisable, ya que con cada uno de los nuevos traspasos se producía una negociación sobre la financiación asociada a los mismos.

La baja descentralización de los ingresos es también explica los cambios periódicos en el sistema. En concreto, el hecho de que para las CCAA tuviera un coste político menor pedir un cambio en el sistema que fundamentalmente que revertiese en un aumento de transferencias por parte de la administración central

a las CCAA, que ejercer la autonomía política sobre sus ingresos que, en todo caso, era limitada.

Por último, un motor adicional de cambio del sistema de financiación han sido las desigualdades entre régimen común y foral. Las desigualdades en financiación per cápita que resultan de esta asimetría y el hecho que País Vasco y Navarra no contribuyan al sistema de nivelación de ingresos entre las comunidades autónomas de régimen común ha sido un motor de agravio comparativo. Este ha sido el caso especialmente de Cataluña, cuyas propuestas para avanzar en una mayor descentralización fiscal representan la principal fuente de modificación de los distintos modelos de financiación.

¿Es bueno que el sistema cambie tanto? Por un lado, podríamos decir que no lo es. La negociación de cada modelo supone un desgaste político, tanto para el gobierno central como para las comunidades autónomas. Además, sabemos que contar con unas reglas claras de reparto y una financiación predecible y estable es algo positivo para un sistema descentralizado. Por otro lado, también es verdad que, sobre todo durante los primeros años, los cambios en el sistema permitían resolver los desajustes o problemas técnicos, como más adelante comentaré, y esto ha ayudado a mejorar poco a poco algunas características del diseño que eran deficitarias. Por lo tanto, existen ventajas e inconvenientes derivadas de un marco de financiación tan cambiante a lo largo del tiempo.

Aspectos mejorados y mejorables de la financiación

Aunque ahora nos encontremos con un sistema caducado ¿qué aspectos han sido mejorados hasta ahora en los distintos modelos? ¿Qué aspectos son mejorables?

En primer lugar, durante mucho tiempo se criticó la fórmula de reparto que calcula las necesidades de gasto de cada comunidad autónoma. El reparto de los recursos viene determinado por una fórmula que incorpora distintos indicadores (con diferentes ponderaciones) cuyo propósito es medir las necesidades de gasto que tiene cada gobierno autonómico a la hora de proporcionar los servicios que tiene transferidos (como insularidad, población, superficie, etc.). La fórmula, en realidad, no representa tanto el origen del reparto de los fondos sino el resultado de unas negociaciones previas (León, 2007: 166). Esto significa que la negociación política determina una cantidad y en función de ella se determinan los indicadores y sus ponderaciones.

Sin embargo, los indiciadores seleccionados para la fórmula de reparto han mejorado a lo largo del tiempo. La mejora tiene que ver con que los indicadores introducidos (el factor más determinante es la población) son más precisos a la hora de calcular las necesidades de gasto. Por ejemplo, en el modelo actual, apro-

bado en el 2009, se introdujo no solamente una ponderación para la población en general (30 %) sino también una para la población en edad escolar (de 0 a 16 años, cuyo peso en la fórmula es del 20,5 %), otro para la población mayor de 65 años (con una ponderación del 8,5 %) y finalmente una ponderación del 38 % para la población protegida equivalente en el Sistema Nacional de Salud (León, 2015: 157).

Aun así, sigue siendo una fórmula de reparto compleja y difícilmente comprensible para la ciudadanía. Es una fórmula que difiere de otras más sencillas (en Canadá, por ejemplo, se utiliza la población como único criterio de reparto). El diseño de la fórmula conduce inevitablemente a un dilema. Por un lado, si la población es el único criterio para definir el reparto de recursos, la fórmula es más sencilla y transparente. Por otro lado, un diseño de ese tipo, donde sólo un indicador determina el reparto de recursos, es menos preciso a la hora de calcular las necesidades de gasto. Además de la población, existen otros condicionantes que pueden afectar de manera importante al gasto en la prestación de servicios en algunos territorios pero que quedarían fuera de la medición. En definitiva, existe un dilema entre claridad y sencillez, por un lado, y tener una fórmula que sea menos precisa en el cálculo del coste de la provisión de los servicios. Algunos expertos han propuesto la creación de una comisión independiente que revise el cálculo de las necesidades de gasto.

Otro segundo elemento positivo en la evolución del sistema es el aumento de la corresponsabilidad fiscal. El aumento del porcentaje de ingresos que las comunidades autónomas reciben a partir de los impuestos cedidos y compartidos junto con la ampliación de la capacidad normativa, de gestión e inspección ha ido cerrando poco a poco la asimetría ante la descentralización del gasto y la descentralización de los ingresos. Esto ha sido teóricamente beneficioso para el sistema pues, de acuerdo con la literatura comparada sobre federalismo fiscal (Rodden y Wibbels, 2002), una gran asimetría implica que los gobiernos subnacionales puedan gastar mucho sin tener que ejercer la responsabilidad de pedir a los ciudadanos los impuestos que financian ese gasto. Desde un punto de vista de los resultados macroeconómicos, ese desajuste crea incentivos para un comportamiento fiscal irresponsable por parte de los gobiernos subnacionales.

La reducción de las asimetrías entre la descentralización del gasto y de los ingresos no solamente procura unas mejores condiciones para la contención del déficit y del endeudamiento autonómico, también es positiva desde el punto de vista de la claridad de responsabilidades. Un sistema donde la autonomía sobre el gasto se corresponde en mayor medida con la autonomía sobre los ingresos proporciona una mayor claridad sobre el ejercicio del poder político. Los ciudadanos son entonces más capaces de evaluar la calidad de los servicios públicos que reciben de su gobierno autonómico si pueden vincularlos a los impuestos que pagan

a esa administración. Ello redunda en un mejor control político de los ciudadanos a sus gobiernos, porque los primeros son más capaces de conectar la evaluación de los resultados del ejercicio del poder con la administración responsable, una conexión que es fundamental para que las elecciones puedan servir para que los gobiernos rindan cuentan sobre sus resultados (León, 2010).

En este sentido, los gobiernos autonómicos disponen básicamente del IRPF (y los impuestos propios) como único impuesto para determinar el tamaño de presupuesto. Es en el IRPF donde tienen capacidades normativas importantes, pues sobre el IVA o los impuestos especiales, que son participaciones territorializadas, no disponen de capacidad normativa. Algunos expertos proponen un IVA colegiado, con un tramo autonómico sobre el que las comunidades autónomas pudieran determinar conjuntamente sus características, que también podría aplicarse a los impuestos especiales. Así, las reformas que se proponen se dirigen no tanto hacia una mayor cesión de impuestos sino a una mejor gestión, y entre las propuestas también se incluye la armonización de las bases imponibles de algunos impuestos cedidos.

Otra reforma pendiente en el sistema, que los expertos llevan tiempo señalando, es el sistema de entregas a cuenta. El sistema de financiación opera con adelanto de pagos: el gobierno central avanza el dinero a las comunidades autónomas y la liquidación final se realiza posteriormente. Este sistema mostró sus limitaciones durante la Gran Recesión. Durante un tiempo, las comunidades autónomas siguieron recibiendo entregas basadas en cálculos que todavía no habían registrado el efecto de la crisis sobre la recaudación (la recaudación por IRPF se conoce con retraso: León, 2015: 180). Una vez se produjo la liquidación definitiva, los gobiernos autonómicos tuvieron que devolver parte de esos adelantos porque las entregas a cuenta habían sido más elevadas que la recaudación real (León, 2015: 181).

El sistema de entregas a cuenta deteriora la capacidad de los gobiernos autonómicos de planificar su presupuesto e introduce un desajuste entre las decisiones que toman los gobiernos autonómicos y sus efectos económicos. Dicho de otra manera, los ejecutivos autonómicos toman decisiones que tienen un impacto sobre sus ingresos, pero el sistema de entregas a cuenta impide que dichas decisiones tengan consecuencias económicas inmediatas. Esto deteriora la conexión política entre el ejercicio de la autonomía política sobre el presupuesto y la claridad de dicha responsabilidad que, como se señalaba más arriba, es tan importante para el buen funcionamiento del control de los gobiernos en contextos descentralizados.

Finalmente, uno de los temas más importantes y conflictivos de cara a la próxima reforma del sistema de financiación es el asunto de las transferencias de nivelación. Es cierto, como decía César Colino en su intervención en este semi-

nario, que el sistema ha operado con un alto nivel de redistribución. Es decir, ha operado implícitamente sobre una nivelación total de los recursos. Esto significa, de manera muy simplificada, que si una comunidad autónoma necesita cien unidades para proporcionar los servicios que tiene asumidos, el sistema le cubre la diferencia entre lo que ingresa través de sus impuestos propios y cedidos y lo que necesita para llegar a esas cien unidades. A eso se le llama nivelación total. El sistema de financiación ha operado sobre esa base de nivelación total, aunque nunca de manera explícita.

En el modelo que se aprobó en el 2009 y que está vigente en la actualidad se estableció por primera vez la nivelación *parcial* de recursos (León, 2009). Es decir, se diseñó un sistema de reparto de los fondos que nivelaba las necesidades de gasto, pero solamente sobre los servicios esenciales. Esta cuestión se convirtió en el asunto más espinoso del debate político durante la última reforma. El debate enfrentó a las regiones con mayor renta per cápita (Cataluña fue la comunidad que lideró esta propuesta), que demandaban la introducción de la nivelación parcial porque les permitía quedarse con una mayor proporción de sus ingresos, con las regiones con una renta por habitante por debajo de la media, como Andalucía, Extremadura y Castilla-La Mancha (León, 2009: 148 y ss.). Sin embargo, aunque el sistema introdujo el cálculo de las necesidades de gasto solo sobre los servicios esenciales, en la práctica la nivelación siguió siendo total, pues la inclusión del llamado Fondo de Suficiencia opera finalmente como un mecanismo de cierre que nivela la totalidad de las necesidades de gasto (no solo los relacionados con los servicios esenciales) de cada comunidad autónoma (León, 2015: 163).

El asunto de la nivelación probablemente volverá a ser un elemento difícil en la negociación del próximo modelo de financiación. Hasta ahora, el sistema ha operado sin claridad sobre qué se quiere nivelar y cuánto se quiere nivelar. En el último modelo los desacuerdos se superaron finalmente, pero a costa de un desajuste entre lo que el modelo hace en teoría (las necesidades de gasto se calculan sobre los servicios esenciales) y lo que hace en la práctica (introducir un mecanismo de cierre, el Fondo de Suficiencia, que garantiza la nivelación sobre el total de recursos).

Relaciones intergubernamentales

En la intervención anterior de este seminario, César Colino comentaba que durante mucho tiempo el interés de los gobiernos autonómicos fue el autogobierno y no tanto la cogobernanza. Efectivamente, este hecho marcó el desarrollo de las relaciones intergubernamentales durante las primeras décadas del Estado Autonómico. Por eso durante un tiempo la arquitectura institucional autonómi-

ca basculó más sobre el *self-rule* o el auto-gobierno y menos sobre el *shared-rule* o gobierno compartido, especialmente en la cooperación multilateral (ya que los traspasos de competencias se acordaban en comisiones bilaterales entre el gobierno central y cada gobierno autonómico).

La propia Constitución no hacía referencia a la cooperación intergubernamental, y no fue hasta más tarde, en el año 1992, cuando se regularon las conferencias sectoriales (en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJPAC). El establecimiento tardío de una estructura institucional donde pudiera establecerse esa cogobernanza hizo que fueran los partidos políticos de ámbito estatal los que ejercieran esa labor de coordinación entre los distintos niveles. Es decir, en un contexto donde la fragmentación política era menor y los partidos de ámbito estatal tenían presencia en la mayoría de gobiernos autonómicos, el vínculo partidista entre niveles de gobierno contribuía a engrasar la colaboración y cooperación intergubernamental. En aquel momento tanto el Partido Popular como el PSOE disponían de una amplia capacidad de gobierno en el nivel territorial que servía para articular la coordinación vertical entre distintos niveles de administración. Tal y como destacan las contribuciones teóricas sobre los sistemas federales (Filippov, Ordeshook y Shvetsova, 2004) el papel de los partidos políticos es fundamental en la articulación e integración del sistema autonómico.

Evolución de la cooperación intergubernamental multilateral

El marco institucional y el propio funcionamiento de los órganos de cooperación intergubernamental se han ido expandiendo y consolidando a lo largo del tiempo. Uno de los factores que recientemente contribuyó a impulsar las relaciones intergubernamentales fue la crisis del Covid-19 en el año 2020. Aunque en un principio el Estado de Alarma supuso la centralización del poder y, por lo tanto, la desactivación transitoria del marco institucional propio del Estado Autonómico (León, 2020), el balance sobre el impacto de dicha crisis en los mecanismos de cooperación gubernamental es positivo.

Pensemos, por ejemplo, en las Conferencias Sectoriales, que son los órganos propios de la cooperación intergubernamental multilateral (según el Ministerio de Política Territorial y Memoria Democrática, existen un total de 43 Conferencias Sectoriales). Desde el año 2020 se han creado siete nuevas Conferencias, cinco de ellas en el año 2021. Entre ellas se encuentran órganos como la Conferencia Sectorial de Reto Demográfico (Transición Ecológica y el Reto Demográfico), la Conferencia Sectorial del Plan de Recuperación, Transformación y Resi-

liencia (Hacienda y Función Pública) o la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia.

Entre el año 2017 y el año 2021 las Conferencias Sectoriales se reunieron un total de 514 veces, y solo en el año 2022 se han producido 156 reuniones (datos del Ministerio de Política Territorial y Memoria Democrática). Debido a la crisis del Covid-19, no es sorprendente observar que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sea el órgano que concentra un mayor número de reuniones, seguido del Consejo Consultivo de Política Agrícola y de Política Pesquera para Asuntos Comunitarios (Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación) y, en menor medida los órganos multilaterales del Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico. Estos últimos dos casos (Ministerio de Agricultura y Transición Ecológica) son dos áreas que están enormemente influidas por las políticas europeas. La Unión Europea representa un motor de impulso a la interacción y el intercambio entre el gobierno central y los autonómicos tanto a través del calendario que impone en la toma de decisiones (León and Ferrín Pereira 2011), que obliga a una interacción regular entre los distintos niveles de gobierno, como, más recientemente, a través de los fondos impulsados en respuesta a la crisis del Covid-19.

Si observamos la evolución de las Conferencias Sectoriales desde una perspectiva temporal más larga, podemos concluir que ha sido favorable porque se ha producido una progresiva institucionalización de esos órganos. La excepción se encuentra en los momentos de crisis económica y de inestabilidad política (con gobiernos en funciones) durante los cuales ha caído el número de reuniones, reflejo de cómo la inestabilidad política tiene un impacto en la inestabilidad institucional. De un repaso a la evolución de las Conferencias Sectoriales se derivan las siguientes observaciones:

Primero, el número de reuniones por legislaturas ha crecido de manera sostenida, con un breve intervalo (2015-2019) durante el cual se produce una caída en el número de reuniones (momento de crisis y gobiernos en funciones). Durante los dos primeros años de las legislaturas se observa una mayor actividad.

En segundo lugar, se ha avanzado en la racionalización de estos órganos. Desde el año 2022 se pone en marcha el mecanismo previsto en la Disposición adicional 7ª apartado sexto de la Ley 40/2015, según el cual las Conferencias Sectoriales que no se hubieran reunido en el plazo de cinco años desde su creación o desde la entrada en vigor de dicha Ley deberían extinguirse. La aplicación de este mecanismo no se había desarrollado hasta ese momento, lo que indica la voluntad política de profundizar en la racionalización de los órganos de cooperación multilateral.

En tercer lugar, durante el año 2021 permanece el impulso en la cooperación intergubernamental no solo debido a las políticas relacionadas con el Co-

vid-19, sino también a la puesta en marcha del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Este es el plan desarrollado por España como estrategia nacional dentro del Plan de Recuperación para Europa *Next Generation*. Un 54 % de los fondos serán ejecutados por las comunidades autónomas, lo que significa que éstas deben acordar conjuntamente en las Conferencias Sectoriales el reparto de los fondos que provienen de la Unión Europea. Entre las Conferencias Sectoriales más activas se encuentran la Conferencia Sectorial de Energía y de Medio Ambiente, en las cuales los consejeros autonómicos y el gobierno central se han tenido que poner de acuerdo sobre la territorialización de fondos (y los criterios de ejecución) que provienen del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

En cuarto lugar, no solo ha habido una profundización cuantitativa (relacionada con el número de reuniones celebradas) en las relaciones intergubernamentales de carácter multilateral. También se ha producido un avance cualitativo. Un ejemplo de ello es la celebración del primer Comité Preparatorio, de Impulso y Seguimiento de la Conferencia de Presidentes en 2022 y la constitución de la Oficina de la Conferencia de Presidentes, prevista en el nuevo Reglamento de esta Conferencia como órgano de apoyo directo. Estos órganos de apoyo se han demostrado relevantes para impulsar el buen funcionamiento de las Conferencias Sectoriales (León y Ferrín Pereira, 2011), por lo que cabe esperar que también contribuyan a institucionalizar la Conferencia de Presidentes. Además, existe la propuesta de creación de una plataforma que permita una mayor digitalización de las relaciones intergubernamentales que previsiblemente se desarrollará a lo largo de la XV Legislatura.

El aumento de los encuentros multilaterales a lo largo del tiempo coincide con la progresiva disminución de la conflictividad entre el Estado y las comunidades autónomas. Cooperación y conflicto están inversamente relacionados, pues en los datos conflictividad publicados por el Ministerio de Política Territorial y Memoria Democrática se observa que durante las legislaturas en las que ha existido una mayor cooperación intergubernamental se observa un menor índice de conflictividad competencial. Durante los últimos años se ha producido una disminución global del número de impugnaciones al Tribunal Constitucional, tanto del Estado contra las comunidades autónomas como de las comunidades contra el Estado (ver datos publicados en el cuarto Boletín Trimestral de Conflictividad entre el Estado y las Comunidades Autónomas 2022).

Finalmente, es importante señalar que la expansión cualitativa y cuantitativa de las relaciones intergubernamentales en España opera en un entorno desfavorable políticamente para la profundización federal del Estado Autonómico. Primero, por la centralización de preferencias que ha producido en la opinión pública desde el año 2012, con una tendencia decreciente a partir del año 2018. El

último dato disponible que tenemos (febrero del 2020[1]) indica que el 17.8 % de la población querría un estado con un único gobierno central sin autonomías y un 12 % de la población preferiría un modelo territorial en el que las comunidades autónomas tuvieran menos poder. Un segundo factor es el auge electoral y la obtención de representación política de un partido de derecha radical (Vox) que ha abogado por la supresión del Estado Autonómico. Así, la evolución de la opinión pública y el cambio del sistema de partidos han introducido una mayor polarización en la cuestión territorial. En este contexto, el grado de institucionalización que han adquirido los órganos de cooperación intergubernamental en España puede ayudar a mantener la cooperación y colaboración entre el gobierno central y los gobiernos autonómicos por encima de las divisiones políticas.

Antes de concluir me gustaría señalar los aspectos que hay que mejorar en el ámbito de las relaciones intergubernamentales. Primero, una mayor activación relaciones horizontales (cooperación entre comunidades). Como se ha comentado a lo largo de las sesiones de este seminario, esta es una característica en la que existe un amplio margen para la mejora. Segundo, es necesario dotar a las comunidades autónomas de una mayor capacidad de iniciativa política para definir la convocatoria y el diseño de órganos multilaterales. Tercero, se debe mejorar técnicamente el intercambio de información entre los distintos niveles de la administración (aunque la plataforma que se comentaba más arriba podría contribuir a una mayor digitalización y, por lo tanto, a una mejora en el intercambio de información). Cuarto, es importante garantizar una mayor transparencia sobre los convenios aprobados en los órganos de cooperación multilateral y bilateral. Esto también conlleva elevar el papel de escrutinio sobre dichos acuerdos de los parlamentos autonómicos, un asunto apenas formalizado en las comunidades autónomas. Esto permitiría aumentar la fiscalización de la actividad que realizan los ejecutivos autonómicos en los órganos multilaterales y bilaterales por parte del poder legislativo.

Referencias

Dafflon, Bernard; Vaillancourt, François (2003). «Problems of equalisation in federal systems», en R. Blindenbacher; A. Koller (ed.) *Federalism in a changing world: Learning from each other*. Quebec/Kingston, McGill-Queen's University Press.

Filippov, Mikhail; Ordeshook, Peter C.; Shvetsova, Olga (2004). *Designing Federalism: A Theory of Self-Sustainable Federal Institutions*. Cambridge, Cambridge University Press.

[1] Datos del Centro de Investigaciones Sociológicas.

León, Sandra (2022) *Comparative practices in fiscal management between governments: Experiences for the Philippines*. The Forum of Federations.

León, Sandra (2020). «De gestión centralizada a gestión autonómica de la pandemia: desafíos y oportunidades», EsadeEcPol Insight 14.

León, Sandra (2015). *La financiación autonómica: claves para comprender un (interminable) debate*. Madrid, Alianza.

León, Sandra (2010). «Who is responsible for what? Clarity of responsibilities in multilevel states: The case of Spain», *European Journal of Political Research* 50.

León, Sandra (2009). «La reforma de la financiación autonómica», en J. Estefanía Moreira (dir.): *Informe sobre la democracia en España 2009. Pactos para una nueva prosperidad en España. Hacia un New Deal global*. Madrid, Fundación Alternativas.

León, Sandra (2007). *The Political Economy of Fiscal Decentralization. Bringing Politics to the Study of Intergovernmental Transfers*. Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics..

León, Sandra; Ferrín Pereira, Mónica (2011). «Intergovernmental Cooperation in a Decentralised System: the Sectoral Conferences in Spain», *South European Society and Politics* 16(4).

Rodden, Jonathan (2002). «The Dilemma of Fiscal Federalism: Grants and Fiscal Performance around the World», *American Journal of Political Science*, 46(3).

Rodden, Jonathan; Wibbels, Erik (2002). «Beyond the fiction of federalism: macroeconomic management in multitiered systems», *World Politics* 54.

Spahn, Paul Bernd (2008). «Managing Fiscal Conflicts», en R.L. Watts; R. Chattopadhyay (ed.): Unity in Diversity. Learning from Each Other Vol. 2 Emerging Issues in Fiscal Federalism. New Dehli, The Forum of Federations/Viva Books.

LA «OBLIGADA» ARTICULACIÓN DE LA GOBERNANZA AUTONÓMICA EN MATERIA DE AYUDAS Y SUBVENCIONES

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción

Desde 2018 se vienen potenciando en el seno de las Conferencias Sectoriales los acuerdos para determinar la forma de gestión de las ayudas y subvenciones con cargo a fondos estatales. Se trata de un importante mecanismo de gobernanza que ha sido desarrollado como respuesta a la necesidad de cumplir con una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que había venido declarando inconstitucionales las resoluciones que reservaban la gestión de tales ayudas al propio Estado. Ciertamente, el camino hasta llegar a ello no ha sido sencillo, pues durante algunos años el Estado no tuvo voluntad de cumplir la jurisprudencia constitucional en la materia.

El art. 147 de la Ley 40/2015 define las conferencias sectoriales como aquellos órganos de cooperación, de composición multilateral y ámbito sectorial determinado, que reúnen, como presidente, al miembro del Gobierno que, en representación de la Administración General del Estado, resulte competente por razón de la materia, y a los correspondientes miembros de los consejos de gobierno, en representación de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla. Son por tanto tales conferencias el ámbito apropiado para cumplir con la apelación que se viene haciendo en la jurisprudencia constitucional a la necesidad de garantizar la gestión descentralizada de las ayudas bien directamente bien mediante mecanismos de cooperación o coordinación verticales —entre el Estado y las comunidades autónomas— u horizontales —entre comunidades—.

En las presentes páginas examinaremos la doctrina constitucional en materia de ayudas y subvenciones que parte de la paradigmática STC 13/1992 y prosigue con los desarrollos jurisprudenciales y modificaciones que la misma ha sufrido a

lo largo del tiempo. Para en un segundo momento examinar como el Tribunal hubo de «forzar» a la Administración General del Estado a cumplir con la misma y como ésta ha tratado finalmente de hacerlo a través de la actuación de las Conferencias sectoriales.

2. La doctrina constitucional clásica en materia de ayudas y subvenciones: la STC 13/1992

Fue la STC 13/1992, de 6 de febrero, la que estableció la sistematización y la ordenación de la doctrina constitucional sobre la articulación entre la potestad estatal de gasto subvencional y las competencias de las comunidades autónomas. Doctrina de la que cabe derivar las siguientes reglas:

a) El Estado siempre puede en uso de su soberanía financiera asignar fondos públicos a cualquier finalidad que considere.

El Tribunal Constitucional desde la referida STC 13/1992, FJ 7, ha establecido que el poder de gasto del Estado o de autorización presupuestaria, manifestación del ejercicio de la potestad legislativa atribuida a las Cortes Generales (arts. 66.2 y 134 CE), no se define por conexión con el reparto competencial de materias que la Constitución establece (arts. 148 y 149 CE), al contrario de lo que acontece con la autonomía financiera de las comunidades que se vincula al desarrollo y ejecución de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, le atribuyan los respectivos Estatutos y las leyes (art. 156.1 CE y art. 1.1 de la LOFCA).

Por consiguiente, el Estado siempre podrá, en uso de su soberanía financiera (de gasto, en este caso), asignar fondos públicos a unas finalidades u otras, pues existen otros preceptos constitucionales (y singularmente los del capítulo III del título I y el art. 9.2 CE) que legitiman la capacidad del Estado para disponer de su Presupuesto en la acción social o económica.

Sin embargo, aun reconociendo este señorío del Estado sobre el destino de sus fondos, el Tribunal Constitucional ha subrayado, desde la referida STC 13/1992, que ello no excusa para que al ejercer tal poder de gasto deba el Estado ajustarse al orden constitucional de competencias tanto en la programación como en la ejecución de ese gasto.

b) El Estado al asignar fondos públicos está sometido a determinadas restricciones derivadas de la distribución de competencias.

Así, para el Tribunal Constitucional «la facultad de gasto público, consecuencia lógica de la autonomía financiera, no es un título legitimador de la atribución de competencias». El hecho de invertir fondos propios en una determina-

da actividad no es un título competencial propio, ni el solo hecho de financiar puede erigirse en núcleo que atraiga hacia el Estado toda competencia sobre los variados aspectos a que pueda dar lugar la actividad de financiación.

En definitiva, esto significa, que la persecución del interés general se ha de materializar 'a través de', no 'a pesar de' los sistemas de reparto de competencias articulado en la Constitución, excluyéndose así que el ámbito de competencias estatal pueda ser extendido por meras consideraciones finalísticas (STC 13/1992, FJ 4).

En la referida STC 13/1992, FJ 8, el Tribunal Constitucional estableció un esquema de delimitación competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en cuanto al ejercicio de la potestad subvencional de gasto público —sobre materias sobre las que estas últimas tuviesen estatutariamente atribuidas competencias—, resumido en cuatro supuestos generales[1] que se fundan en el previo encuadramiento material de las ayudas a conceder.

Los 4 supuestos son:

1. Supuesto a) de competencia exclusiva autonómica sin competencia estatal. Se produce cuando la Comunidad Autónoma ostenta una competencia exclusiva sobre una determinada materia y el Estado no tiene título competencial alguno, genérico o específico, sobre la misma. Tal podría ser el caso de la asistencia social, cuando sobre la misma no concurre el ejercicio de una competencia estatal como es la del art. 149.1.1 CE en cuyo caso dejaríamos de estar en el supuesto a) para estar en el supuesto b).

En este supuesto a), la STC 13/1992 dispuso que el Estado puede decidir asignar parte de sus fondos presupuestarios a esas materias o sectores. Pero, de una parte, la determinación del destino de las partidas presupuestarias correspondientes no puede hacerse sino de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad. Es decir, el Estado puede decidir, por ejemplo, dedicas fondos a la protección de la infancia o la integración de inmigrantes (subsectores en materia de asistencia social), pero sin una mayor concreción. Por otra parte, esos fondos han de integrarse como un recurso que nutre la Hacienda autonómica, consignándose en los Presupuestos Generales del Estado como transferencias corrientes o de capital a las comunidades autónomas, de manera que la asignación de los fondos quede territorializada, a ser posible, en los mismos presupuestos generales del Estado.

[1] Ciertamente existiría un quinto supuesto como es el de las materias sobre las que el Estado tenga competencias propias plenas (cooperación internacional, investigación), en cuyo caso tanto la normación como la gestión de las ayudas corresponderá al Estado.

2. Supuesto b) de competencia estatal horizontal (por ejemplo 149.1.13 o 149.1.1 CE) o básica (normas básicas) y competencia autonómica exclusiva o de desarrollo de lo básico. Este segundo supuesto se da cuando el Estado ostenta un título competencial genérico de intervención (por ejemplo, las competencias del Estado sobre la ordenación general de la economía o sobre las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales), que se superpone a la competencia de las comunidades autónomas sobre una materia, aún si ésta se califica de exclusiva; o bien ostenta una competencia sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las comunidades autónomas las competencias de desarrollo normativo y de ejecución.

En estos supuestos la STC 13/1992 dispuso que el Estado puede especificar el destino de los fondos y regular sus condiciones *esenciales* de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las comunidades autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación.

3. Supuesto c) de competencia estatal de legislación y competencia autonómica de ejecución. Un tercer supuesto es aquél en que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación en una materia, mientras que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia sobre su ejecución. Tal sería por ejemplo el supuesto de las ayudas en materia laboral, donde el Estado tiene atribuida la legislación laboral y las comunidades autónomas la ejecución.

En este caso la única diferencia con el supuesto anterior es que el Estado puede extenderse en la regulación de detalle respecto del destino y condiciones de las subvenciones.

En estos tres primeros supuestos [a), b) y c)] la gestión de los fondos corresponde, en todo caso y en principio, a las comunidades autónomas.

4. Supuesto d) de excepción a la gestión autonómica. El cuarto y último supuesto es aquél en que no obstante tener las comunidades autónomas competencias sobre la materia en que recaen las subvenciones [lo que supondría estar en principio en alguno de los supuestos anteriores a), b) o c)], éstas pueden ser gestionadas, excepcionalmente, por un órgano de la Administración del Estado. Pero ello solo es posible cuando el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia y siempre que se cumplan determinadas circunstancias. Puesto que se exige que el Estado ostente alguna competencia, queda descartado por el Tribunal Constitucional que la excepción que supone el supuesto d) a la gestión descentralizada se pueda aplicar en el supuesto a) del FJ

8 de la STC 13/1992, pues en el mismo el Estado carece de título competencial, quedando así el supuesto d) como una excepción a las situaciones que recogen los supuestos b) o c).

La doctrina recogida en la STC 13/1992 se mantuvo en buena medida inalterable durante casi 20 años, hasta que la jurisprudencia posterior, por un lado, modificó profundamente el supuesto a) del FJ 8 de la STC 13/1992 en la STC 178/2011, de 11 de noviembre, y por otro, desarrolló los criterios para apreciar la concurrencia del supuesto d)[2].

Si la modificación llevada a cabo desde la STC 178/2011 ha supuesto una fuerte recentralización de la capacidad de acción del Estado, la concreción de los criterios para apreciar la concurrencia de la excepción recogida en el supuesto d) ha supuesto una mayor garantía de las comunidades autónomas para retener la capacidad de gestión de los fondos.

3. Una de arena: la modificación del supuesto a) de la doctrina constitucional clásica supone una fuerte recentralización de la capacidad de acción estatal

La STC 178/2011, de 11 de noviembre vino a alterar profundamente el delicado equilibrios establecido en la STC 13/1992, pues si en esta última la determinación del destino de los fondos, cuando el Estado no tiene competencia, debía hacerse de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad, en la STC 178/2011 se establecerá que, cuando el Estado no tiene competencia, el Estado puede no obstante establecer «la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional (objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de las mismas beneficiarios y requisitos esenciales de acceso), quedando dentro de la competencia autonómica «lo atinente a su gestión, esto es, la tramitación, resolución y pago de las subvenciones, así como la regulación del procedimiento correspondiente a todos estos aspectos».

La STC 178/2011, sin mayor explicación teniendo en cuenta la entidad del *overruling*, ensancha la capacidad del Estado para regular las condiciones de las ayudas y equipara, en la práctica el supuesto a), en donde el Estado no tiene competencia, bien con el supuesto b), donde el Estado ostenta un título competencial genérico de intervención o tiene competencia sobre las bases; o bien con el supuesto c), en donde el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legisla-

[2] Sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional en la materia se puede acudir al excelente análisis recogido en Ibáñez Buil (2023).

ción en una materia, mientras que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia sobre su ejecución.

En efecto, a partir de la STC 178/2011 se le reconoce al Estado la capacidad, aun no teniendo competencia alguna, sobre a regulación de los aspectos *centrales* del régimen subvencional lo que acerca el supuesto a) al supuesto b) del FJ 8 de la STC 13/1992 donde el Estado tiene la capacidad de regular las condiciones *esenciales* de otorgamiento. Pero es cierto que a diferencia de lo establecido en el supuesto b) donde se advierte de que el Estado siempre debe dejar un margen a las comunidades autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación; en el nuevo supuesto a) sólo se afirma que queda dentro de la competencia autonómica «lo atinente a su gestión, esto es, la tramitación, resolución y pago de las subvenciones, así como la regulación del procedimiento correspondiente a todos estos aspectos», lo cual acerca en este punto el supuesto a) al supuesto c) del FJ 8 de la STC 13/1992.

La única diferencia es que en el supuesto b) y en el supuesto c) cabe la gestión centralizada de manera excepcional si se cumplen las exigencias del supuesto d), mientras que en el caso del supuesto a) nunca cabría tal gestión centralizada, por no ostentar el Estado título competencial.

La ampliación de la capacidad del Estado para desarrollar la regulación de detalle respecto del destino y condiciones de las subvenciones, en aquellos supuestos sin competencia estatal en la materia, pese a la entidad del cambio que suponía, no mereció justificación alguna en la propia STC 178/2011, pero tampoco fue objeto, en un primer momento, de voto particular.

Sin embargo, será la magistrada Asúa, que había participado en la STC 178/2011 y no había explicitado entonces su disconformidad, la que señalará en un voto particular posterior recogido en la STC 36/2012, de 15 de marzo, su discrepancia con la nueva doctrina. Tras subrayar la importancia de la STC 13/1992 para la sistematización y la ordenación de la doctrina constitucional sobre la articulación de las relaciones entre la potestad estatal de gasto subvencional y las competencias que las comunidades autónomas disponen en muy diversas materias, señalará que una eventual aclaración, precisión o perfeccionamiento de la doctrina de la STC 13/1992 debe ir acompañada de una argumentación suficientemente explícita y con el mismo grado de fundamentación y de motivación que las ofrecidas en aquella Sentencia de referencia en esta materia.

Correctamente denuncia la magistrada Asúa que la STC 178/2011, y ahora la STC 36/2012, amplían la capacidad del Estado y aproximan y aminoran las diferencias de los respectivos regímenes jurídicos correspondientes a los diferentes supuestos de actividad subvencional estatal fijados por el fundamento jurídico 8 de la STC 13/1992.

La fuerte recentralización que la STC 178/2011 supone, pues ya no es sólo que el Estado pueda dedicar sus fondos a cualquier finalidad aunque no tenga título, sino que el Estado a partir de entonces puede establecer la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional (objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de las mismas beneficiarios y requisitos esenciales de acceso), ha venido acompañada, sin embargo, de una jurisprudencia en paralelo que podemos calificar de autonomista, donde el Tribunal Constitucional ha rechazado sistemáticamente los motivos alegados por el Estado para reservarse la gestión centralizada de las ayudas.

4. Y otra de cal: la aplicación práctica del supuesto d) supone una interpretación garantista del ámbito de acción autonómico.

La puesta en marcha del mecanismo previsto en el supuesto d) del FJ 8 de la STC 13/1992 y que permite constituir una excepción a la gestión autonómica en materia subvencional cuando se dan los supuestos b) y c) recogidos en el referido FJ 8 de la STC 13/1992, exige, a tenor de los resuelto por el Tribunal Constitucional, la concurrencia de una serie de circunstancias que han sido precisadas en la doctrina posterior.

a) Las circunstancias que justifican la gestión centralizada prevista en el cuarto supuesto del FJ 8 de la STC 13/1992.

Serían, de acuerdo con la STC 13/1992, FJ 8 d), que la centralización de la gestión «resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector».

Sin embargo, para considerar que se dan tales circunstancias, la doctrina del Tribunal Constitucional posterior ha establecido una serie de exigencias adicionales, pues la regla general ha de ser la de que las comunidades autónomas desarrollen y gestionen las ayudas. Estas exigencias serían:

1. No cabe el traslado al Estado de la titularidad de la competencia de gestión cuando la disposición normativa estatal establezca un marco reglado que restrinja notablemente los amplios márgenes de discrecionalidad, de modo que sea posible garantizar un elevado grado de homogeneidad en el ejercicio de las funciones de evaluación y reconocimiento de las solicitudes de ayudas que se trate (SSTC 62/2018 y 64/2018);

2. El traslado al Estado de la titularidad de la competencia de gestión sólo puede tener lugar, «cuando, además del alcance territorial superior al de una Comunidad Autónoma del objeto de la competencia, la actividad pública que sobre él se ejerza no sea susceptible de llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación o coordinación, sino que requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un solo titular, que forzosamente deba ser el Estado, o cuando sea necesario recurrir a un ente con capacidad de integrar intereses contrapuestos de varias Comunidades Autónomas»[SSTC 25/2015, FJ 4 o 175/1999, FJ 6]

Así, de acuerdo con la doctrina constitucional, correspondería al Estado la carga de probar que en los supuestos de aquellas ejecuciones con alcance supraautonómico la ejecución no puede llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación o coordinación, bien sean de naturaleza vertical —entre el Estado y las comunidades autónomas—, bien de naturaleza horizontal —entre comunidades—, ya que tales son los instrumentos que han de servir, en principio, para resolver la eventual contraposición de intereses entre los distintos entes territoriales [SSTC 163/2013, FJ 4 o 113/2013, FJ 7].

El Tribunal de manera reiterada, por tanto, ha apelado a la necesidad de garantizar la gestión descentralizada bien directamente bien mediante mecanismos de cooperación o coordinación verticales —entre el Estado y las comunidades autónomas— u horizontales —entre comunidades—.

b) Las consecuencias que ha extraído el Tribunal de las exigencias referidas.

Estas exigencias han llevado al Tribunal Constitucional a rechazar de manera más o menos sistemática todos aquellos supuestos que le han sido planteados por el Estado para tratar de justificar la gestión centralizada.

Así, por ejemplo, la doctrina del Tribunal ha rechazado que el hecho de que las actividades financiadas tengan un ámbito supraterritorial pueda justificar, por sí mismo, la excepcional asunción de competencias de gestión por el Estado y el correlativo desplazamiento de las competencias autonómicas (por todas STC 178/2015, de 7 de septiembre).

En relación con las subvenciones que conlleven financiación comunitaria, ha afirmado que esta conexión comunitaria no altera el reparto competencial de nuestro orden interno (STC 79/1992, de 28 de mayo, FJ 3). Así los principios generales establecidos en la STC 13/1992 no han de resultar alterados por el hecho de que las ayudas dispongan de financiación comunitaria, pues el Derecho de la Unión Europea, no altera la distribución interna de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, entendiendo que «la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia

puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del derecho comunitario».

Igualmente ha rechazado que la necesidad de garantizar que todos los proyectos presentados tengan iguales posibilidades de acceso a la subvención justifique la total centralización de la gestión de las ayudas si tal garantía se puede conseguir a través de mecanismos de cooperación o coordinación [STC 38/2012, FJ 6].

En efecto, en relación con la necesidad de garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute de las ayudas, por parte de sus potenciales destinatarios, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar que «tampoco puede admitirse como justificación de la gestión centralizada el argumento de que lo determinante para recibir la subvención es la excelencia de los proyectos, debiendo valorarse a tal efecto todos los que se presenten en el conjunto del territorio nacional, pues tal técnica conduciría, simplemente, a la distorsión del orden de competencias y por ello hemos declarado que... bastaría que en el diseño de una legislación estatal reguladora de una materia se dificultara artificialmente su ejecución autonómica para justificar la negación o supresión de esa competencia» (SSTC 186/1999, FJ 10 o 179/2013, FJ 6]

Por ello, ha rechazado «que la subvención pueda centralizarse con el argumento de que 'la territorialización de los créditos crearía compartimentos estancos por cada Comunidad Autónoma, posibilitando que resulten beneficiados en algunas de ellas quienes tuvieran peor derecho que otros posibles beneficiarios de otras Comunidades que, efectivamente, no recibieran la ayuda', puesto que 'las posibles dificultades previas pueden salvarse mediante diversas técnicas. En primer lugar, mediante una planificación que determine... el tipo de proyectos que deba ser objeto de la actuación estratégica. La información que al respecto posea el Estado, junto con la proveniente de las comunidades autónomas, permite alcanzar criterios objetivos para distribuir territorialmente los fondos presupuestarios, con lo cual no tienen por qué producirse quiebras relevantes en la garantía de alcanzarse las mismas posibilidades de obtención de la subvención en todo el territorio nacional. En segundo lugar, mediante el establecimiento de mecanismos de cooperación y coordinación, a través de los cuales puede garantizarse la eficacia de las medidas que constituyen el objeto del Plan» [STC 38/2012, FJ 6].

En esta línea las SSTC 188/2001 y 95/2016 descartaron en particular «por injustificado el argumento de la necesidad de una lista única de solicitantes de beca para todo el territorio nacional, con el fin de evitar que posibles becarios con mejor derecho en una determinada Comunidad Autónoma dejen de percibir la ayuda en beneficio de otros en una Comunidad diferente». Para el Tribunal «esta posibilidad, que, de existir, sólo se daría en el último segmento de becarios de la lista única, puede ser obviada con facilidad, dejando sin distribuir entre las Comunidades Autónomas un porcentaje de los fondos, de modo que, mediante

los oportunos instrumentos de colaboración y, específicamente, a través de mecanismos de coordinación, dichos fondos se canalicen hacia los becarios con mejor derecho con independencia de su localización territorial, o utilizando cualquier otra técnica que no implique la centralización del procedimiento de otorgamiento del sistema de becas, impidiendo la gestión autonómica de la normativa estatal básica» (FJ 11). En suma, en este contexto este Tribunal ha descartado de forma reiterada el carácter determinante del argumento del agotamiento de los fondos, puesto que pueden arbitrarse sistemas de cooperación que posibiliten el desplazamiento de los fondos (SSTC 186/1999, FJ 10; 188/2001, FJ 11, y 25/2015, FJ 4).

El argumento del agotamiento de los fondos no resulta, por tanto, tampoco determinante para que se produzca una centralización de la gestión de las ayudas.

Y es que, en definitiva, para el Tribunal la garantía de la eficacia de la normativa estatal ha de cohonestarse con el respeto al principio de autonomía, de modo que las dificultades que pudieran existir no pueden ser alegadas para eludir competencias que constitucionalmente correspondan a una Comunidad Autónoma.

La selección de unos concretos proyectos dirigidos a la consecución de un objetivo determinado, por tanto, «puede conseguirse a través del sistema constitucional de distribución de competencias teniendo muy en cuenta que, la cooperación y la coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas constituye el elemento fundamental del Estado autonómico, en particular, en ámbitos en que han de conciliarse las competencias estatales … con las exclusivas autonómicas en esta materia lo que puede producirse bien sea a través de convenios ajustados al orden de distribución de competencias u otras fórmulas» (por todas STC 38/2012, FJ 6).

Cabe finalmente subrayar que en la STC 88/2018 se ha afirmado que «no puede admitirse la justificación relativa a la participación autonómica (la norma estatal preveía la presencia de las Administraciones de las Comunidades Autónomas en una Comisión de valoración dependiente del Estado) en el procedimiento de otorgamiento de las subvenciones, pues es evidente que esa participación no puede sustituir la asunción de las facultades de gestión que corresponden a las Comunidades Autónomas, conforme al orden constitucional de distribución de competencias y a la doctrina constitucional» [FJ 6].

La doctrina recentralizadora en relación con el supuesto a) recogida en la STC 178/2011 ha blindado la capacidad normativa estatal sobre la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional, pero, en paralelo, la doctrina sobre la concurrencia o no de las exigencias del supuesto d), ha preservado como ámbito propio de actuación de las comunidades autónomas la competencia de gestión de las ayudas.

5. El mantenimiento de un alto grado de conflictividad competencial en materia de ayudas y subvenciones

La cuestión de a qué nivel territorial le corresponde la gestión de las subvenciones y ayudas públicas financiadas con cargo a fondos estatales y su relación con el sistema constitucional de distribución de competencias ha presentado un nivel de conflictividad muy alto hasta 2017.

Ciertamente cabe destacar que el alto nivel de conflictividad, tanto ante la jurisdicción contencioso-administrativa como ante la jurisdicción constitucional, no se puede achacar a la ausencia de una interpretación relativamente clara de la cuestión en la doctrina del Tribunal Constitucional. En el ámbito de las ayudas públicas con cargo a fondos estatales en aquellas materias en las que las comunidades autónomas tienen atribuidas competencias, el Tribunal Constitucional ha dictado decenas de sentencias desde 2010 dando en buena medida la razón a aquellas en lo que se refiere a su competencia ejecutiva sobre la tramitación y la gestión de las ayudas.

¿Cuál es entonces la razón que explica que se haya mantenido tan alta la conflictividad competencial durante algunos años? La respuesta no es sencilla.

Cabe señalar que las sentencias Tribunal Constitucional sobre la cuestión examinada, aunque coherentes, han sido más autonomistas que las del Tribunal Supremo, pues este se ha mostrado más proclive a admitir la concurrencia del supuesto excepcional previsto en la letra d) del FJ 8 de la STC 13/1992. En este sentido, los gobiernos autonómicos tendrían abierta la opción de ir a cualquiera de las dos jurisdicciones, la contencioso-administrativa y la constitucional, para preservar su ámbito competencial, pero el resultado podía ser distinto daba la diferente sensibilidad para apreciar la concurrencia de los requisitos recogidos en la doctrina constitucional.

Así, en efecto, la doctrina del Tribunal Supremo ha sido proclive a encontrar nuevas justificaciones para apreciar la constitucionalidad de una gestión centralizada. Así ha ocurrido, por ejemplo, en la Sentencia de 12 de noviembre de 2019, en la que consideró que la gestión centralizada de las subvenciones se encontraba objetivamente justificada en aquellos supuestos en los que concurre una situación de incumplimiento por parte de la Comunidad Autónoma de la normativa de estabilidad presupuestaria lo que llevaría aparejada por Ley[3] una limitación de disponibilidad de fondos que impide su transferencia. Para el Tribunal Supremo

[3] Señala el Tribunal Supremo como la DA 1ª de la Ley 36/2014 prescribe la obligación de que, antes de suscribir un convenio entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma incumplidora, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas tiene que emitir un informe previo, preceptivo y vinculante.

«es el incumplimiento del objetivo de déficit el que, en definitiva, lastra o cercena el ejercicio de las competencias autonómicas…, la obligada observancia y aplicación de la restricción legal es la que determina que el incumplimiento reseñado imposibilite futuras transferencias de recursos, y, por ende, su gestión por la Comunidad Autónoma incumplidora». Para el Tribunal Supremo la finalidad última de la centralización de la gestión de las subvenciones se encontraría en la necesidad de que los fondos lleguen efectivamente a sus beneficiarios finales. Precisamente, para evitar que queden sin ejecutar ayudas que, por imperativo legal, no pueden ser transferidos a las comunidades autónomas que hayan incumplido el objetivo de estabilidad presupuestaria, la distribución de los recursos económicos se instrumentaliza a través de la figura de los convenios con las cámaras de comercio (que se articula en cámaras en cada autonomía), que hacen llegar las subvenciones a los beneficiarios.

Sea como fuere, cabe subrayar, en segundo lugar, otra razón que podría explicar la alta conflictividad sobre la cuestión y es la que señala como el Estado se habría visto poco incentivado a cumplir con lealtad la doctrina constitucional en materia de gestión de ayudas y subvenciones desde el momento en que la tardanza en resolver los asuntos habría producido que el propio Tribunal Constitucional haya modulado los efectos de sus sentencias que tendrían un carácter meramente declarativo.

En efecto, en las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre ayudas y subvenciones tras declararse la inconstitucionalidad de las disposiciones estatales que centralizan la gestión de las ayudas y reconocerse la competencia autonómica para realizar tal gestión, normalmente se modulaba el alcance que tenía la declaración de la vulneración competencial detectada, pues el Tribunal tenía en cuenta que la resolución había agotado su virtualidad con el pago de las ayudas reguladas y consideraba que la pretensión de la Comunidad Autónoma había de estimarse satisfecha mediante la declaración de titularidad de la competencia controvertida, sin afectar, por tanto, a situaciones ya consolidadas, esto es sin afectar a las ayudas que ya habían sido concedidas.

Así, los cortos plazos que suelen mediar entre la convocatoria y la concesión de las ayudas no permitirían que el Tribunal Constitucional pudiese emitir su fallo antes de que las ayudas estuviesen repartidas, teniendo así la sentencia, en el caso concreto, meros efectos declarativos. Ello ha permitido al Estado reiterar, de modo ciertamente desleal, las convocatorias ya declaradas inconstitucionales.

Precisamente frente a tal forma de proceder trató de reaccionar el Tribunal Constitucional a partir de 2012.

6. La reacción del Tribunal Constitucional ante el reiterado incumplimiento de su doctrina por parte del Estado

Normalmente aquellos asuntos análogos atribuidos a un mismo magistrado son llevados al Pleno o a la Sala de acuerdo con un criterio cronológico, sin embargo, en 2012 el magistrado Pérez Tremps antepuso un asunto en materia de ayudas que era mucho más reciente (el conflicto positivo de competencia núm. 5413-2012, que decidido por la Sala mediante la STC 243/2012, de 17 de diciembre) a uno más antiguo (el conflicto positivo de competencia núm. 7604-2009[4]), lo que permitió al Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad y nulidad de unas bases reguladoras de ayudas que acababan de ser aprobadas unos pocos meses antes y que todavía no habían sido utilizadas para repartir fondos públicos.

En efecto, la STC 243/2012, de 17 de diciembre, resolvió el conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra la Orden SSI/1209/2012, de 4 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad.

El Tribunal Constitucional procedió a declarar la nulidad de todos aquellos preceptos de la norma que reservaban la tramitación de las ayudas al Estado. En este caso se trataba de una disposición que pretendía establecer el marco de referencia a partir del cual habrían de efectuarse las correspondientes convocatorias anuales. De esta forma la norma controvertida no había agotado, por dicha razón, todos sus efectos, sino que, por el contrario, había sido dictada con vocación de permanencia, lo cual determinó que además de declararse la titularidad de las competencias discutidas en el proceso, se apreció también la nulidad de los preceptos contrarios al orden constitucional de distribución de competencias pues los mismos eran susceptibles de ser aplicados en sucesivos ejercicios presupuestarios.

Pero más relevante que ello y, en segundo lugar, la STC 243/2012, de 17 de diciembre procedió a señalar la extensión de efectos de la declarada nulidad a aquellas resoluciones que desarrollasen y aplicasen las ayudas previstas en la orden objeto del conflicto. En efecto, para el Tribunal las resoluciones de convocatoria de subvenciones en las que sus efectos no se hubiesen agotado todavía, por no haberse dictado y notificado la resolución concediendo o denegando las ayudas cuestionadas, carecerían igualmente de eficacia en aquellos aspectos que incidiesen en las

[4] Este asunto fue decidido por el Pleno mediante la STC 52/2013, de 28 de febrero en la que se resuelve el conflicto positivo de competencias planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra la Orden SAS/1352/2009, de 26 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras y se convoca la concesión de subvenciones para la realización de programas de cooperación y voluntariado sociales con cargo a la asignación tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

reconocidas competencias autonómicas de gestión en relación con las ayudas a las que en la misma se hagan referencia. Se pronuncia así el Tribunal antes de que las ayudas hayan sido concedidas y se advierte de que no se pueden conceder.

Pocas semanas después se adopta la STC 21/2013, de 31 de enero (ponente magistrado Sala), que resuelve el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra la Orden TAS/892/2006, de 23 de marzo, por la que se establecen las bases reguladoras y se convoca la concesión de subvenciones para la realización de programas de cooperación y voluntariado sociales con cargo a la asignación tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

El Tribunal Constitucional procede en primer lugar a modular los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de aquellos preceptos que reservan la tramitación y gestión al Estado con fundamento en que la norma impugnada ya había agotado sus efectos y una eventual declaración de nulidad podría afectar a situaciones jurídicas consolidadas. Por ello, afirma el Tribunal que la pretensión del Gobierno de la Generalitat de Cataluña «ha de estimarse satisfecha mediante la declaración de titularidad de la competencia controvertida».

Pero en segundo lugar, y esto es lo relevante, recoge un pronunciamiento en el que el Tribunal muestra su hastío por la falta de cumplimiento de su doctrina cuando dispone que «no obstante, debemos recordar lo que dijimos en la STC 208/1999, de 11 de noviembre (FJ 7), sobre la necesidad de que, para la plena realización del orden de competencias que se desprende de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, se evite la persistencia de situaciones anómalas en las que sigan siendo ejercitadas por el Estado competencias que no le corresponden. Como entonces afirmamos, «la lealtad constitucional obliga a todos» y comprende, sin duda, el respeto a las decisiones de este Alto Tribunal».

Pese al pronunciamiento apelando a la lealtad, en este caso del Estado, en el tiempo que transcurre entre 2013 y 2017 se siguen produciendo decenas de resoluciones declarando la inconstitucionalidad de aquellas disposiciones que reservan de la gestión de las ayudas al Estado. Ciertamente algunas de estas sentencias se refieren a convocatorias de ayudas anteriores al pronunciamiento realizado por el Tribunal en su STC 21/2013, pero otras se refieren a convocatorias de ayudas posteriores a 2013. Tal es el caso de aquellas ayudas impugnadas por la Generalitat que dieron lugar a la STC 9/2017, de 19 de enero (ponente magistrado Valdés) en la que el Tribunal Constitucional vuelve a advertir al Estado, y esta vez, de forma mucho más dura.

La STC 9/2017, de 19 de enero resuelve el conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra la resolución de 18 de mayo de 2016, de la Secretaría de Estado de servicios sociales e igualdad, por la que se convocan subvenciones estatales destinadas a la realización de

programas de interés general con cargo a la asignación tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Tras estimar parcialmente el conflicto positivo de competencia por considerar inconstitucionales la reserva de los actos de gestión al Estado, el Tribunal modula los efectos de la declaración señalando que «la necesidad siempre presente de procurar conservar la eficacia jurídica de aquellos actos cuya anulación pudiera afectar a legítimos derechos de terceros generados en su día por la presunción de legalidad de los mismos conduce, en aplicación del art. 66 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), a que la declaración de infracción competencial no implique la de aquellas resoluciones que ya hayan agotado sus efectos por referirse a un ejercicio económico cerrado».

Y a continuación realiza el siguiente pronunciamiento «no obstante, la sucesión de conflictos de competencia suscitados por el mismo objeto impone alguna consideración adicional. En torno a esta misma controversia, en la STC 21/2013 ya hubimos de «recordar lo que dijimos en la STC 208/1999, de 11 de noviembre (FJ 7), sobre la necesidad de que, para la plena realización del orden de competencias que se desprende de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, se evite la persistencia de situaciones anómalas en las que sigan siendo ejercitadas por el Estado competencias que no le corresponden. Como entonces afirmamos, 'la lealtad constitucional obliga a todos' y comprende, sin duda, el respeto a las decisiones de este Alto Tribunal» (FJ 8)». Y añade «su cumplimiento pleno y tempestivo, al que vienen obligados todos los poderes públicos (art. 87.1 LOTC), exige que el Estado aborde sin demora la modificación del marco regulador de estas subvenciones, a fin de acomodarlo para futuras convocatorias a lo que resulta de la clara y excesivamente reiterada doctrina constitucional, en su dimensión tanto normativa como ejecutiva».

La referida decisión supuso una convulsión en la Administración General del Estado, que finalmente modificó el sistema de gestión de las ayudas al verse directamente interpelada —nada menos que en 2017, en pleno proceso soberanista catalán— para cumplir con la Constitución.

7. La modificación del modelo de gestión de las ayudas: la entrada en escena de las conferencias sectoriales

La consecuencia más relevante de la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional en contra de la gestión estatal de las ayudas fue la modificación a partir de 2017 del marco regulador de las subvenciones con cargo a la asignación tributaria del 0,7 % del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El punto de inflexión definitivo lo constituyó la referida STC 9/2017, de 19 de enero, en la que el Alto Tribunal exigió que el Estado «abordase sin demora la modificación del marco regulador de estas subvenciones, a fin de acomodarlo para futuras convocatorias a lo que resulta de la clara y excesivamente reiterada doctrina constitucional, en su dimensión tanto normativa como ejecutiva».

En orden a dar ejecución a la Sentencia del Tribunal Constitucional el Estado dictó el Real Decreto 729/2017, de 21 de julio, por el que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones para la realización de actividades de interés general con cargo a la asignación tributaria del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, correspondientes a la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad.

En su exposición de motivos se cita precisamente la STC 9/2017 como fundamento del nuevo sistema y se afirma «diseñar un modelo mixto en el que se reserva un porcentaje de los créditos del IRPF a programas que, desde el estricto respeto a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se dedicará a actividades subvencionables en el ámbito de la Administración General del Estado».

La modificación del marco regulador de las subvenciones con cargo a la asignación tributaria del 0,7 % del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas supuso el establecimiento de dos tramos diferenciados, el estatal y el autonómico, para que cada administración pudiera tramitar los correspondientes procedimientos de concesión de subvenciones.

Algo después de la moción de censura de junio de 2018, en diciembre de 2018, la Dirección General de Régimen Jurídico Autonómico y Local del Ministerio de Política Territorial elaboró un informe en el que se proponían diversas alternativas para cumplir con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Bajo el epígrafe «alternativas que permiten el acomodo de la actuación en materia subvencional de Estado y Comunidades Autónomas a la doctrina constitucional», el Informe del Ministerio de Política Territorial de diciembre de 2018 recuerda como en la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de ayudas se realiza una continua apelación a explorar mecanismos de cooperación o coordinación, bien sean de naturaleza vertical —entre el Estado y las comunidades autónomas—, bien de naturaleza horizontal —entre comunidades—.

Las opciones que se plantean en el referido Informe para cumplir con la doctrina constitucional eran fundamentalmente las dos siguientes[5]:

[5] Una tercera alternativa recogida en el informe de 2018 del Ministerio de Política Territorial sería la concesión de subvenciones directas, sin concurrencia competitiva. De acuerdo con lo establecido en el artículo 22.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

a) La territorialización de la gestión de las ayudas. La sugerencia de procedimientos cooperativos en las conferencias sectoriales

Para el informe puesto que tras la STC 178/2011 puede corresponder al Estado «la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional» debiendo quedar dentro de la competencia autonómica «lo atinente a su gestión», cabe reservar al Estado con más o menos amplitud la determinación del objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de las mismas, beneficiarios y requisitos esenciales de acceso, pero debe reconocerse, sin embargo, la competencia para la tramitación, resolución y pago de las subvenciones a las CCAA.

Señala el informe que este sería la opción ideal para el supuesto de las ayudas directas donde en el caso de estar suficientemente regladas el Tribunal ha descartado la gestión centralizada (SSTC 62 y 64/2018).

En el caso de seguirse esta opción, se propone dar ocasión a la participación autonómica a la hora de fijar los criterios de reparto de los fondos. En esta línea, en 2018 se había decidido la territorialización del 80 % de las ayudas y su gestión descentralizada en un ámbito tan relevante como el del 0,7 % del IRPF destinado a programas de interés social. Territorialización en cuyo reparto habían participado las comunidades autónomas a través del Consejo Territorial de Servicios Sociales celebrado el 26 de julio de 2018 en el que se utilizaron 7 criterios [población, superficie, población dependiente, dispersión, grandes urbes, insularidad y el índice Arope (riesgo de pobreza y/o exclusión social)].

En el informe se subraya que para atender a la preocupación de los Ministerios en relación con que los ciudadanos sepan la procedencia de los fondos cabe exigir a las CCAA encargadas de la gestión de los mismos que establezcan tanto en la convocatoria como en la resolución de las ayudas una expresa mención a la procedencia estatal de los fondos mencionando al Ministerio correspondiente.

El informe se plantea si los mecanismos de colaboración no sólo se deben articular en el momento de fijar los criterios para distribuir el monto de las ayudas entre las comunidades autónomas sino también en el momento de resolución de las mismas.

Así en efecto, cabe además de reservarse el Estado la regulación de algunos de los aspectos centrales del régimen subvencional, que sea este el que establezca además los mecanismos de cooperación o coordinación en el momento mismo de gestión de las ayudas.

En esta línea cabría proponer que, aunque la convocatoria y resolución de los procedimientos de ayudas se atribuyan a las CCAA, estas tengan antes de dictar su resolución definitiva que acordar y realizar una propuesta conjunta en el seno de la Comisión sectorial (órgano técnico de la conferencia sectorial) respectiva.

El hecho de tener que participar en la determinación del reparto final de las ayudas entre los solicitantes en un ámbito multilateral tiene dos virtualidades:

— generar espacios de decisión multilateral con el incentivo a llegar a acuerdos, pues supone el reparto de fondos (se desarrolla así un sistema que evidentemente supone una mayor complejidad a la hora de decidir pero que genera dinámicas propias de una cultura federal) y
— atraer a determinadas CCAA que priman lo bilateral a un foro multilateral si quieren que sus administrados reciban fondos.

Si la propuesta de reparto de las ayudas a través de un foro técnico multilateral de estas características se considera que puede dar lugar a conflictos territoriales y políticos en lugar de generar dinámicas colaborativas cabría asimismo plantearse en los supuestos de ayudas concurrenciales dejar sin distribuir en un primer momento entre las comunidades autónomas un porcentaje de los fondos dedicados a un determinado programa, de modo que, en un momento posterior y mediante los oportunos instrumentos de colaboración y, específicamente, a través de mecanismos de coordinación, dichos fondos no territorializados se canalicen hacia los proyectos mejores con independencia de su localización territorial a través de una gestión colaborativo por parte del referido foro multilateral. Se trataría de realizar una territorialización de un porcentaje de las ayudas reservando otro para ser canalizado mediante mecanismos de colaboración.

La diferenciación entre un porcentaje territorializado y otro se ha hecho en el caso del 0,7 % del IRPF en lo que se refiere a la partición del monto total de las ayudas; si bien no en relación con la gestión de las mismas, pues en el caso del 20% la gestión es puramente centralizada sin acudir a mecanismos de colaboración como los aquí propuestos.

b) La gestión centralizada de las ayudas previo acuerdo por unanimidad de todas las comunidades autónomas en la conferencia sectorial respectiva

Una segunda opción si se decide mantener una gestión centralizada de las ayudas es contar para ello con el acuerdo de las comunidades en la conferencia sectorial. El Estado ha decidido en los dos últimos años (2017 y 2018) distribuir entre las comunidades autónomas el 80 % de la asignación del 0,7 % del IRPF, reservándose el 20 % restante para ser gestionado de manera centralizada. El reparto referido responde a lo acordado en el Consejo Territorial de Servicios Sociales celebrado el 26 de julio de 2018. Para poderse considerar que la gestión centralizada de ese 20 % no vulnera la distribución de competencias el informe del Ministerio de Política Territorial considera que es necesario contar con la aquiescencia de las CCAA en la respectiva conferencia sectorial.

Así, en efecto, es posible considerar que la autorización —en el seno del correspondiente órgano multilateral— de todas las CCAA para realizar la gestión centralizada dificultaría una eventual impugnación una vez que una Comunidad Autónoma ha consentido, pues, aunque las competencias no son renunciables, ello supondría ir contra sus propios actos incumpliendo un principio de mínima lealtad, y además podría considerarse que la reserva de un porcentaje a la gestión centralizada cumple con aquella doctrina del Tribunal Constitucional que considera que el Estado debe promover que la ejecución de las ayudas pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación o coordinación, entre los cuales incluye los de naturaleza vertical —entre el Estado y las comunidades autónomas—[6]. La autorización autonómica vía conferencia sectorial podría ser uno de estos mecanismos, si bien el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado todavía explícitamente con relación a si el consentimiento de todas las CCAA en la conferencia sectorial en un ejercicio económico dado cumpliría con la exigencia de acudir a estos mecanismos de cooperación y coordinación.

Las dos opciones referidas, territorialización o gestión centralizada autorizada por todas las CCAA, pasa por convocar al principio de cada ejercicio económico[7] a aquellas conferencias sectoriales en las que se traten materias vinculadas con aquellas en las que se otorgan ayudas y subvenciones para que en el seno de esta se proceda a determinar su modo de territorialización, o en su caso se determine la autorización autonómica para la gestión centralizada de los fondos.

---

[6] En este punto cabe destacar que el eventual asentimiento de las comunidades autónomas a la participación del Estado en la gestión de subvenciones que, en virtud de la distribución constitucional de competencias, debería corresponder a las comunidades autónomas debe manifestarse de forma clara e inequívoca en el Acuerdo de la Conferencia Sectorial. De lo contrario, cabe incurrir finalmente en conflicto competencial, como ha sido el caso del requerimiento previo a la vía contenciosa formulado por el Gobierno del País Vasco en relación con el Real Decreto 1234/2018, de 5 de octubre, por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión directa de subvenciones a entidades locales para la financiación de proyectos de empleo, autoempleo y emprendimiento colectivo, dirigidos a afrontar el reto demográfico en los municipios de menor población, en el marco del Programa Operativo de Empleo Juvenil del Fondo Social Europeo (ayudas EMP-POEJ). Este Programa fue abordado en la reunión de la Conferencia Sectorial de Empleo celebrada el día 18 de diciembre de 2013, pero el Acta no recoge un compromiso inequívoco a favor de reconocer la posibilidad de gestión por parte del Estado.

[7] La vigente Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria en su art. 86 atribuye a las conferencias sectoriales la fijación al comienzo de cada ejercicio económico de los criterios objetivos que han de servir de base para la distribución territorial, así como su distribución, de los créditos de la Ley de Presupuestos Generales destinados a la financiación de sectores, servicios, actividades o materias cuya gestión y administración corresponda en virtud del reparto competencial a las comunidades autónomas y que no hayan sido distribuidos territorialmente a favor de éstas.

8. La generalización del modelo de gobernanza autonómico en materia de gestión de fondos públicos

Sea o no como consecuencia del referido Informe, desde 2018 se vienen potenciando en el seno de las Conferencias Sectoriales los acuerdos para la gestión de ayudas y subvenciones. Se trata de un importante mecanismo de gobernanza que ha sido desarrollado como respuesta a la necesidad de cumplir con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y que ha adquirido si cabe más importancia a raíz de la gestión de los fondos europeos mediante el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Así, por ejemplo, en el marco del «Acuerdo Estable sobre los fondos del 0,7 del IRPF de Sociedades Destinados al Tercer Sector de Acción Social» aprobado por el Pleno del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en su sesión del 18 de junio de 2021, se estableció un nuevo marco, con un horizonte de cinco años, en el que, entre otras cuestiones, se acordó lo siguiente:

— Avanzar progresivamente en el incremento del tramo autonómico con fondos procedentes del tramo estatal hasta alcanzar una distribución fija del 80 %-20 % en el año 2023.
— Determinar la categoría de proyectos a financiar con cargo al tramo estatal y de manera directa por la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, siempre a favor de entidades del Tercer Sector de Acción Social de ámbito estatal.
— Establecer los criterios objetivos que, sin perjuicio de posibles medidas correctoras, sería el que determinaría el reparto del tramo autonómico entre las comunidades autónomas y las ciudades con estatuto de autonomía.

Este acuerdo tendría una vigencia de cinco años, concluidos los cuales el Consejo Territorial podría revisarlo o prorrogarlo por otro periodo de igual duración.

En el siguiente cuadro se muestra la distribución del tramo autonómico de las subvenciones a actividades de interés general consideradas de interés social según lo acordado por el pleno de 3 de octubre de 2023 del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, destinados a subvencionar, por parte de las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía, programas de interés general con cargo a la asignación del 0,7 por 100 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre Sociedades, para el año 2023.

Comunidad autónoma/ Ciudad autónoma	Reparto 2023 (euros)	Porcentaje sobre el total
Andalucía	57.035.997,90	19,31
Aragón	10.093.237,54	3,42
Principado de Asturias	10.116.278,74	3,43
Illes Balears	6.312.025,26	2,14
Canarias	15.557.106,97	5,27
Cantabria	4.220.149,46	1,43
Castilla y León	22.867.120,80	7,74
Castilla-La Mancha	15.327.611,16	5,19
Cataluña	37.418.023,72	12,67
Comunitat Valenciana	28.005.926,74	9,48
Extremadura	9.252.098,59	3,13
Galicia	30.317.354,26	10,27
Comunidad de Madrid	30.908.802,14	10,47
Región de Murcia	10.102.645,18	3,42
La Rioja	3.012.068,05	1,02
Ceuta	2.362.406,31	0,80
Melilla	2.391.936,39	0,81
Total.	295.300.789,21	100,00

Fuera del concreto ámbito de los fondos proveniente del 0,7 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre Sociedades —que fue la concreta materia sobre la que se pronunció la STC 9/2017—, se ha producido a partir de 2018 una generalización del nuevo sistema de cogobernanza a través de las conferencias sectoriales a la hora de gestionar los fondos del denominado Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

En efecto, el Gobierno calcula que, a lo largo del periodo plurianual de ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, las comunidades gestionaran hasta el 54 % de los fondos para el despliegue de inversiones en sus ámbitos de competencias: vivienda, movilidad sostenible, promoción de renovables, restauración de ecosistemas, renovación de edificios públicos, educación, empleo y formación profesional, inclusión y servicios sociales, entre otros.

Los criterios de distribución de las transferencias de fondos del referido Plan se han acordado en buena medida en el marco de los órganos de cooperación con las comunidades autónomas, las respectivas conferencias sectoriales.

Así, tal y como destaca el Ministerio de Hacienda en alguno de sus informes, el Estado, por un lado, asigna los recursos del Plan de Recuperación a las comu-

nidades autónomas mediante diversos mecanismos entre los que destaca la distribución aprobada en conferencias sectoriales, órganos de colaboración sectorial en el que participan todas las comunidades. Estas asignaciones se realizan de acuerdo con los criterios objetivos de distribución fijados por las respectivas conferencias sectoriales y, por tanto, de manera consensuada.

Pero, además, la Administración General del Estado asigna recursos a las comunidades autónomas mediante otros instrumentos jurídicos como convenios, concesiones directas o concurrencia competitiva. Todos ellos también se realizan a través de criterios de distribución que responden a objetivos muy específicos del Plan y que han sido acordados previamente en Conferencia Sectorial.

Parece que finalmente el Estado, sin duda con cierto estimulo desde el Tribunal Constitucional, ha decidido dar cumplimiento a la doctrina constitucional relativa a la gestión descentralizada y cooperativa de los fondos públicos, lo cual, sin duda, debe ser motivo de celebración.

Bibliografía

Ibáñez Buil, Pedro (2023). *Recurso de inconstitucionalidad y delimitación de competencias. Un estudio de la doctrina constitucional.* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GOBERNANZA Y GLOBALIZACIÓN A TRAVÉS DEL PRISMA DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA: LOS GRANDES RETOS DE UN MUNDO GLOBAL E INTERCONECTADO

Juan F. López Aguilar
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Me gustaría compartir con ustedes, de manera muy sumaria, algunas de las convicciones acrisoladas que me ha aportado mi hoja de servicios a través de mi experiencia en el curso de los últimos años en las Instituciones europeas, en el ejercicio de un mandato representativo directamente electivo en el Parlamento Europeo (PE). Además, he acopiado esta experiencia presidiendo la Comisión legislativa de mayor espectro de competencias legislativas del PE: la Comisión de Libertades, de Justicia e Interior (LIBE). Esta es una comisión muy transversal por su amplitud, casi invasiva de las competencias de las demás comisiones del PE, por razones que tienen que ver precisamente con el momento muy avanzado en el que se encuentra la integración supranacional europea desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa junto con la Carta de Derechos Fundamentales Europea (2009), que representan la expresión más acabada hasta el momento de su dimensión política y hasta de su ambición constitucional.

Voy a abordar esta exposición de manera viva, sin aportar por tanto datos cuantitativos ni mayores precisiones, pero intentando al mismo tiempo, pues, acompañar las reflexiones que seguro han tenido lugar en las intervenciones precedentes y desde luego las que he podido escuchar.

Mi primera consideración intenta dar cuenta del objeto de esta conversación: «gobernanza multinivel para el siglo xxi». Cuando hablamos de «gobernanza», ¿sabemos de lo que estamos hablando? Es un *palabro* de no muy larga data, que ha cobrado cuerpo sólido en los últimos tiempos para intentar dar cuenta de un conjunto de interacciones sistémicas entre actores que son relativamente independientes y relativamente interdependientes entre sí. La *gobernanza multinivel de la globalización* es, sí, una tarea permanentemente inacabada. Pero sobre

todo es una tarea inaplazable, imperiosa en la perspectiva de la globalización; y la globalización es un hecho.

La globalización apenas hace apenas 20 años era todavía una hipótesis, una lucubración. Ahora, en el momento presente, la globalización aparece generalmente aceptada, de forma absoluta e irreversible, como la escala definitiva de lo humano. La revolución tecnológica e informacional, la de los transportes y la de las comunicaciones han hecho que nada de lo que suceda en un rincón del planeta le sea ajeno y extraño a nadie que habita en cualquier otra parte del planeta. Nada de lo que sucede es lo bastante lejano y remoto, en efecto, para nadie que habite en el planeta. Nunca nos ha pillado tan cerca lo que quiera que suceda en cualquier rincón del mundo: no solamente en tiempo real nos enteramos de cuanto ocurre sino que puede dolernos —y a menudo nos golpea— como si nos estuviera pasando personalmente a nosotros. De hecho, nos está pasando a *nosotros*. Es por ello que *gobernanza multinivel* y la *globalización* están inextricablemente unidas.

Emerge, a partir de ahí, la nítida comprensión de que para intervenir en la gobernanza en la globalización hace falta adquirir estatura y peso específico proporcionados al empeño. Y, por tanto, es absurda —a mi juicio, obsoleta desde hace ya tiempo —la discusión a propósito del tamaño de los actores individuales que todavía representan los «Estados soberanos» en la comunidad internacional. Pongamos que hablamos de España: «¿Es España un peso medio, es España un peso-pluma que boxea por encima de su peso?». Es esta una pregunta que hace tiempo que dejó de ser pertinente, porque lo único cierto es que, cualquiera que sea tu población, tu tamaño territorial o tu PIB, en cuanto «Estado soberano» necesitas una cierta capacidad de interacción en la globalización y eso requiere integración y suma de capacidades... Y este horizonte inexorable se percibe en la Unión Europea (UE) con mayor claridad, seguramente, que en ningún otro espacio regional de integración en el mundo.

Es cierto que la UE es una *Unión de Estados,* que continúan existiendo. Son, sin embargo, «Estados integrados» que, por tanto, participan de estructuras comunes y de arquitecturas institucionales comunes y de marcos competenciales que les vinculan en cuanto han sido «atribuidos» a las Instituciones europeas. La prueba más paladina es el PE, Institución que legisla de manera vinculante para los Estados miembros (EEMM). Si rebobinamos al punto de partida de su configuración como Estados que fundan una *Comunidad de Derecho* —fundada y regida por el Derecho— con el propósito de actuar, mediante instituciones comunes en la comunidad internacional, merece la pena recordar una cita de Pauk Henri Spaak, uno de los venerados *padres fundadores* —por cierto, el único socialista del cuadro de honor de esos padres fundadores. En su discurso inaugural *del Tratado de Roma* (1957) dijo el primer ministro belga Spaak: «Es falso que nues-

tra Comunidad (entonces naciente entre 6 EEMM) sea una comunión entre Estados grandes y Estados pequeños», por la contraposición de Italia, Francia y Alemania con respecto del BENELUX (Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo). «Todos somos pequeños, solo que algunos ya lo sabemos y otros todavía no». Todos somos, en efecto, 70 años después, siempre con mayor razón, países demasiado pequeños para hacer lo que tenemos por delante. Ese principio motor se ha ido ratificando en el transcurso del tiempo en una experiencia de éxito hacia la integración desde la diversidad. De hecho, ese es el *motto,* ese es lema de la UE: «Unidos en la diversidad». Uniendo Estados minúsculos —como Luxemburgo, Chipre o Malta— y Estados de mayor territorio y población, como obviamente es Alemania. Pero, en todo caso, para poder actuar en la globalización la integración es, sin duda ninguna, inexorable, porque de otro modo no podremos dar cuenta de los problemas que la UE se ha propuesto acometer.

La globalización ha sido puesta en el menú de la agenda de objetivos de la UE en esta Legislatura 2019/2024 del PE y de la Comisión Europea. La UE no solamente ha encarado los grandes desafíos de la globalización, se suele decir como un mantra, sino que ha apostado decididamente por colocarse a la vanguardia de la gobernanza de la globalización.

Para empezar, ha acelerado su paso en la configuración de una Política Exterior de Seguridad y Defensa digna de ese nombre. De hecho, los acontecimientos lo han hecho inevitable y debo decir al respecto que, en mi percepción, el actual Alto representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad Pepe Borrell ha cambiado realmente el rol de jefe de la Diplomacia europea. Yo vi a Catherine Ashton; luego vi a su sucesora, Federica Mogherini, mejorando su papel, pero todavía en una diplomacia de mínimos comunes denominadores: «no ofender a nadie, mejor ser inocuo que plantear un problema que no podamos resolver».

Es evidente que Borrell ha decidido no gustarle a todo el mundo, pisar callos, suscitar debates. La prueba es que le han pedido la dimisión ya varias veces (cosa que nunca sucedió con sus antecesores), porque ha decidido no caerle bien a todo el mundo al mismo tiempo. Pero, en todo caso, ha apostado con determinación por hacer de la UE, por fin, un *actor geopolítico*. Es esta la expresión que se utiliza para describir voluntad europea de alcanzar su *autonomía estratégica*, su autonomía energética y, como corolario, una *capacidad militar de intervención rápida* revestida de cierta autonomía incluso en las estructuras defensivas en las que nos consideramos integrados y compatibles como es el caso de la OTAN. Es, por tanto, una apuesta por una Política Exterior de Seguridad y Defensa que sea en sí significativa y que acompase la capacidad de coerción —el *hard power*, se le llama— con respecto del tradicional *soft power* de la UE, que es el que se sustancia en el volumen de su ayuda humanitaria masiva y su esfuerzo de cooperación

al desarrollo. Se sabe poco y se cuenta todavía menos que, en números absolutos, la UE es la *campeona del mundo* en ayuda humanitaria y cooperación al desarrollo. Su ayuda humanitaria y cooperación al desarrollo suma más que la de China, Rusia y EEUU juntos. Y, sin embargo, diplomáticamente no capitalizamos esa enorme inversión de nuestra ayuda exterior por nuestra falta de músculo diplomático y coercitivo, que hay que tenerlo también. Ese es, por lo tanto, un objetivo para que la UE pueda incidir en la gobernanza multinivel de la globalización.

Pero no es el único objetivo reseñable: en esta Legislatura 2019/2024 del PE y de la Comisión Europea al menos otros tres grandes objetivos estratégicos apuntalan asimismo a la UE ante la gobernanza de la globalización. Así, la transformación ecológica, la descarbonización, en la denominada *Agenda Verde* o *Green Deal*: la UE se ha fijado como objetivo estar primera en la fila en el mundo en la lucha contra el calentamiento, que es ya un horizonte inevitable, tratando de acotarlo en la medida de lo posible, asegurando que haya un control preventivo de daños y una red mutualizada de reparación de esos daños. Y es asimismo el caso de la *Agenda Digital y de Inteligencia Artificial*, un objetivo muy, muy complejo, muy sofisticado, en la que la Comisión Legislativa del PE que presido está plenamente involucrada.

Pero hay, además, otra expresión de esta visión de un problema de envergadura global que no puede ser ya acometido, siquiera remotamente, por los EEMM de la UE individualmente. Es el *hecho migratorio* que interpela al conjunto de la UE, vinculada, por supuesto, al cumplimiento de los estándares internacionales de protección de refugiados y asilados. Estos asuntos son de lejos, hay que saberlo y explicarlo, los más divisivos en toda la agenda de la UE. Lo son geográficamente, lo son políticamente, lo son ideológicamente (y, por ende, políticamente) y lo son electoralmente: hay elecciones que se deciden sobre ese eje en los EEMM de la UE. Pero, ante ellos, el PE ha llegado a la convicción de que hace falta finalmente una *respuesta común* ante migraciones y demandantes de asilo que sepa ser coherente con los valores europeos y con el Derecho europeo.

Por esa razón, en la Comisión de Libertades, de Justicia e Interior del PE que tengo el honor de presidir hemos aprobado recientemente el *Nuevo Pacto de Migraciones y Asilo* que aspira a dar un impulso inédito a la *solidaridad efectiva* —y, en su caso*, vinculante*— frente al hecho migratorio, que ha sido durante demasiado tiempo el eslabón perdido del Sistema Europeo Común de Asilo. Hasta ahora, la solidaridad vinculante ha brillado por su ausencia, ilustrando elocuentemente las diversas dimensiones de los retos atinentes a la comprensión de la *escala europea* de nuestra respuesta común ante la globalización.

El hecho migratorio ha existido siempre y no afecta *solo* a la UE. Duele a estas alturas tener que decirlo y repetirlo con énfasis agotador, porque en la UE hay mucha gente convencida de que el hecho migratorio está mirando *solo* a Eu-

ropa y que sería en sí una «amenaza» contra Europa, contra nuestra seguridad y contra nuestra identidad. Lo único cierto y real es que, en este preciso momento, hay al menos 7 millones de personas a todo lo ancho del planeta Tierra desplazándose desde el país en el que nacieron por no tener ningún horizonte ni posibilidad de vivir en su país de origen, moviéndose hacia alguna otra parte. La inmensa mayoría no está «apuntando a Europa»: esa inmensa mayoría se mueve en África y se mueve en Asia y sólo un porcentaje infinitesimal de ese número total, que normalmente suscita pavor o pánico en Europa, se mueve «apuntando a Europa», esto es, *hacia* la UE. Con todo, sus implicaciones son perfectamente manejables... en cuanto lo hagamos juntos y solo si lo hacemos juntos. Evidentemente, si cada país lo intenta por sí solo, el resultado a la vista será no solamente el da la cacofonía, sino —insisto— el del zafarrancho del pánico. Pero todo ello es indicio y noticia al mismo tiempo de la importancia de la *dimensión europea* de nuestra posición ante la globalización y ante su gobernanza. Ahora bien, dicho esto, hay que añadir de inmediato que asistimos en el presente a un debate crecientemente intenso en las Instituciones europeas sobre cómo mejorar esa gobernanza global conforme a valores europeos.

Yo recuerdo a Herman Van Rompuy, primer presidente electivo del Consejo Europeo, en el momento de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, decir ante el Pleno del Parlamento Europeo (PE): «Háganse todos a la idea de que este Tratado de Lisboa será el tratado en el que vamos a vivir el resto de nuestras vidas, porque ha sido tan difícil negociarlo, desbloquearlo, rescatarlo una y otra vez de sus obstáculos, tan arduo que entrase en vigor, que no veo, de verdad con una Unión a 28 (28 éramos entonces, antes de la salida del Reino Unido tras el *Brexit*) ninguna nueva unanimidad para ratificar una reforma del Tratado que desde ahora rige el funcionamiento de la UE». Pues bien, a pesar de este pronóstico, en apariencia tan certero, en esta Legislatura 2019/2024 estamos discutiendo intensamente un horizonte que apunta a la reforma de los tratados. Porque se hace evidente que es necesario superar la regla de la unanimidad por la de mayoría cualificada en Política Exterior de Seguridad y Defensa, en Política Fiscal, en Política Tributaria (impuestos europeos) y, por supuesto, en el manejo de los recursos propios de la UE. El PE vota, por su parte, por mayoría cualificada..., para enfrentarse después a las unanimidades en el Consejo, cada vez más difíciles, si es que no inalcanzables, que hacen que el Consejo actúe desde hace tiempo como eslabón disfuncional del *Decisión Making* de la UE y del *Law Making* de la UE: del proceso de decisión y del proceso legislativo europeo. Me parece imprescindible superar esa exigencia de unanimidad. Como también consolidar otros alcances competenciales con respecto de la política energética o la política de salud. Esta última expansión competencial de la UE prácticamente ha sido repentizada en la res-

puesta a la pandemia que también requería una *respuesta europea* y la ha tenido afortunadamente, aprendiendo del pésimo manejo de la Gran Recesión que arrancó en 2008. Esta Legislatura 2019/2024 ha representado casi un contramodelo o una antípoda de lo que fue la gestión agresivamente antisocial de la Gran Recesión*:* tanto contra la pandemia como en la guerra de Ucrania se ha conseguido una estructura de respuesta unitaria a la altura y envergadura de los retos de los desafíos y de los problemas que se planteaban.

Y luego hay también, en lo que respecta al PE, un debate con respecto de algunas de sus características institucionales. El PE, subrayo siempre, es la única Institución directamente electiva, democráticamente legitimada, de alcance supranacional y legisladora en el mundo. El único Parlamento legislador supranacional directamente electivo del mundo. Hay reuniones que se llaman Parlamentos —panafricanos, centroamericanos— que no son en realidad sino puestas en común periódicas de parlamentarios y parlamentarias que no legislan ni deciden nada. El PE sí legisla, con legitimación directamente democrática y con alcance supranacional, vinculando a 450 millones de personas. A partir de ahí, el PE debate hoy sobre cómo contribuir a reforzar esa dimensión europea de la ciudadanía que sigue pendiente de la conformación de un *espacio público europeo* con listas transnacionales. Pues bien: las hemos aprobado y están pendientes de ratificación por los EEMM de la UE. Debemos añadir al respecto que ya introdujimos en el curso de la pasada Legislatura del PE (2014/2019) una *reforma electoral* que, finalmente, por doloroso que pueda resultar enunciarlo, no ha entrado en vigor porque no la han ratificado ni España ni Chipre. Introducía, entre otras innovaciones, una *barrera electoral mínima de acceso* a la distribución de escaños al PE, cosa que en España no existe: al PE se ingresa directamente por sistema proporcional puro y duro, sin barrera de acceso o porcentaje mínimo de votos. Esa concreta reforma no ha llegado a alcanzar el punto de su entrada en vigor. Aun así, y pese a todo, en esta Legislatura 2019/2024 hemos aprobado otra más ambiciosa todavía. Veremos al respecto el encontronazo con el Consejo, porque impone *listas transnacionales*: esta última propuesta intenta reforzar el principio del *SpitzKandidat*, esto es, de una persona perfilada como aspirante a la Presidencia de la Comisión Europea que haya competido en las urnas ante el electorado para ser investida directamente por el mandato del PE, a partir de la configuración de posibles mayorías parlamentarias en las elecciones europeas.

Además del atinente al plano institucional, hay aún, por supuesto, otros asuntos pendientes que podría elaborar. Pero voy para ser sintético: voy a concluir solo con una reflexión con respecto de algunos de los empeños más preocupantes que la UE debe acometer cuanto antes si es que quiere realizar su proclamada vocación de intervención de escala europea en la globalización.

El primer gran desafío, se ha dicho ya, es de su maduración definitiva con respecto de lo que se ha denominado, metafóricamente, su larga *edad de la inocencia*. Son varias las metáforas que, para explicarlo, ha empleado alguna vez Josep Borrell, muy criticado por ello. Esa maduración definitiva desde la adolescencia en la que ha estado instalada la UE mucho tiempo debería abrirle paso a la de su madurez, con esa definitiva mayoría de edad con la que debe desempeñarse en un mundo en el que una UE *adolescente* estaría rodeada de *predadores adultos*. De ahí se pasa a una segunda metáfora, que es la que supuestamente contrapondría a la UE a un *herbívoro* rodeado de *carnívoros*; y una tercera que contrastaría a la UE como un *jardín rodeado de jungla* (por esta última metáfora, por cierto, le pidieron la dimisión a Borrell).

¿De qué estamos hablando, en suma? Pues de madurar y afirmarse. Y de ser capaces de hablar con China y Rusia de tú a tú más que tener que soportar que China y Rusia se hablen de tú a tú, pero ninguneen a la UE en asuntos principales cuando desafían directamente al conjunto del continente europeo en las fronteras de la UE. Rusia es el ejemplo superlativo de país inabarcable: el más grande del mundo, frontera directa con la UE y una amenaza nuclear de primera magnitud, el *armagedón* más inquietante al que la UE se enfrenta en estos precisos momentos de nuestra era global. La UE ha hecho de todo para *descatalogar* a Rusia: desde imponer medidas restrictivas y sanciones gravosas a cualquiera que negocie con Rusia y a cualquiera que reciba barcos de Rusia o en sus puertos, por grande que sea el quebranto para los puertos europeos hasta incoar la persecución penal de Putin ante el Tribunal Penal Internacional a través de su Fiscalía en la Haya o la puesta en marcha de equipos de investigación conjuntos sobre crímenes de guerra, con la colaboración de las Agencias de Cooperación Judicial y de Cooperación Policial, Eurojust y Europol.

El segundo desafío es, lógicamente, el demográfico. Cuando se tiene un reto demográfico existencial como el que padece nuestra UE envejecida, casi contraindicado con su posición refractaria ante el hecho migratorio, asombra y produce perplejidad nuestra visión prevalentemente negativa, rayana en la autolesión contra nuestros intereses estratégicos. La población europea envejece dramáticamente. Cuando arrancó la construcción europea, las primigenias Comunidades alcanzaron a reunir cerca del 20 % de la población mundial. Ahora está por debajo del 7 %. Declina demográficamente: es una *glaciación demográfica* que demanda urgentemente un cambio de actitud frente al hecho migratorio y la apertura a la mirada de su gestión común con una respuesta común más proactiva y positiva a un reto paneuropeo. Porque, de otro modo, si los EEMM lo afrontan individualmente, el horizonte será fragmentario y conducente no solo a la frustración por sus limitaciones sino también a la inanidad abocada a su fracaso.

El tercero de los grandes desafíos se cierne, sin duda alguna, sobre la fractura social sin precedentes que está acuciando prácticamente a todas las sociedades abiertas, que son sociedades democráticas. Un reto del que la UE se duele, también porque nos ha alcanzado de lleno la ruptura del *contrato social* en el que prácticamente los hilos de la convivencia se van rompiendo, uno tras otro, en tiempo real. De modo que, como observamos, en un buen número de EEMM de la UE la política se está haciendo cada vez más irrespirable, ensanchándose la brecha entre sectores de la sociedad mutuamente confrontados con respecto de su propio proyecto existencial. ¿Creemos que solo pasa en EEUU? ¡Hagámonoslo mirar! También en la UE está pasando. Estamos ante sectores sociales cada vez más irreconciliables entre sí, que se niegan mutuamente la legitimidad para conformar mayorías de Gobierno, en una dinámica tóxica que a menudo se acompaña del auge de la desinformación y del ataque a las llamadas *infraestructuras críticas*.

Todo ello con una consecuencia que solo puedo permitirme enunciar en una síntesis sumaria como esta, para no desarrollarla y destriparla, pero muy preocupante en su alcance. Y esta es la de que la *verdad* en el proceso de conformación de una opinión pública libre en una sociedad abierta y en una sociedad democrática es cada vez menos relevante. Es como si cada vez hubiera mayores segmentos sociales desenganchados por completo de la importancia de la verdad para formarse su opinión, dispuestos perfectamente a comprar cualquier *mentira* que acomode sus prejuicios, aun sabiendo, por descontado, que son exactamente eso: mentira *BullShit, outright Lies*: «¡No necesito que Biden haya amañado las elecciones para asaltar el Capitolio. Me basta con no soportar a Biden, de modo que —aunque yo sepa que es mentira, que las elecciones no han sido amañadas— yo asalto el Capitolio, *anyway*!».

Esto está pasando ya en un buen número de sociedades, con grave repercusión en una erosión de nuestro activo más capital: los *valores europeos* (art .2 TUE) y la idea europea de *Estado de Derecho, democracia y derechos fundamentales*. Nos llenamos la boca hablando de esto. Así, defiendo en el Pleno del PE para su votación mi informe, del que soy ponente permanente, sobre la situación del Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales en la UE, tras su debate previo en la Comisión LIBE del PE con el comisario de Justicia de la UE, Didier Reynders, responsable de presentar anualmente, por mandato del PE, el informe de la Comisión Europea sobre el Estado de derecho, la democracia y los derechos fundamentales en la UE. Pues bien, cada Informe anual se presenta acompañado de un *Country Report* detallado, con un análisis completo, conforme a parámetros objetivados, sobre la situación del Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales en cada uno de los 27 EEMM.

Sin que quepa llamarse a sorpresa a este respecto, el alcance del *Country Report* sobre España ha sido noticia en un buen número de ocasiones. Les ahorro

aquí mi comentario sobre eso, pero lo que quiero decir con toda claridad es que, en la misma UE en que hemos apreciado tanto nuestro estándar de valores constitucionales, y nuestra idea europea de democracia y derechos fundamentales como pilares esenciales de nuestro Estado de Derecho, está teniendo lugar una erosión (*backsliding*) sumamente preocupante de este *modelo europeo* que nos pone una y otra vez sobre aviso de que ninguna de estas conquistas distintivas de la civilización europea es irreversible ni se sostiene por sí sola. Ninguna de ellas es inmune a la erosión o al deterioro. Y todas son vulnerables al contacto con la atmósfera. Todas están expuestas a estrategias deliberadas de debilitamiento de la calidad del Estado de derecho y de la democracia. Y todos tenemos razones para preocuparnos seriamente.

Con estos elementos en mente, la UE tiene el deber de velar por sus valores de forma permanente y continua, recomponiendo la figura cada vez que sea preciso. La idea europea de democracia se encuentra a sí misma, pues, rehaciéndose y reimpulsándose, pese a las dificultades y a la complejidad sofisticada de su proceso de decisión y de sus procedimientos legislativos. Y la idea europea de democracia y la coherencia de sus decisiones y de su legislación con sus valores comunes de rango constitucional (*principios y tradiciones constitucionales comunes*) siguen teniendo sentido en la globalización.

Concluyo simplemente afirmando, por si todavía hiciera falta, que soy un convencido europeísta y me considero además un convencido federalista europeo, luchando contracorriente en muchísimos escenarios en que me muevo, sabiendo perfectamente que hay mucha gente dispuesta a articularse y a movilizarse si hace falta para evitar que los objetivos europeístas y federalistas europeos lleguen a realizarse en su potencial transformador. Pero, a mi juicio, ese sí que es nuestro destino inexorable si es que queremos contribuir desde nuestros valores a la gobernanza global en el siglo XXI.

ESPAÑA EN EUROPA. SOBRE LA PRESENCIA DE ESPAÑA EN LA UNIÓN EUROPEA CERCA DE CUATRO DÉCADAS TRAS LA ADHESIÓN[1]

Belén Becerril Atienza
Profesora titular de Derecho de la Unión Europea
de la Universidad San Pablo-CEU, CEU Universities
ORCID 0000-0003-2920-0383

Han pasado casi cuatro décadas desde que, tras años de aislamiento internacional, una transición política y unas largas negociaciones, España ingresara en las Comunidades Europeas el primero de enero de 1986. Estas páginas constituyen una reflexión sobre las dimensiones de nuestra presencia en Europa, sobre el particular modo de nuestra membresía, con fin de extraer algunas conclusiones que puedan resultar de interés en nuestros días.

Europa ha sido, y de algún modo sigue siendo para España, *destino*. El deseo de *estar en Europa* tiene una larga historia y unas raíces profundas y ha dejado su huella después de la adhesión. En la primera sección de este capítulo se planteará en qué medida el singular consenso europeísta heredado de la transición se ha quebrado en los últimos años y cuál es el apoyo de la opinión pública española a la membresía en la actualidad.

El anhelo de *estar en Europa* explica en gran medida que España haya contribuido desde 1986 con particular entusiasmo, y mayor y menor éxito, a *construir Europa*. Para España, Europa es *destino*, pero es también *proyecto*. A diferencia de otras adhesiones, la llegada de España fortaleció el proyecto europeo. En la segunda sección de este capítulo se planteará en qué medida nuestro país ha contribuido a la profundización del proceso de integración, qué elementos de la construcción europea llevan un sello español. La reflexión sobre la política europea de España puede resultar útil a la hora de afrontar los nuevos desafíos de la construcción europea, en particular, la perspectiva de una nueva ampliación que afectaría de lleno al equilibrio de la Unión, al funcionamiento de sus instituciones, a sus políticas y a su presupuesto.

[1] Este texto fue remitido a la editorial en enero de 2024.

Europa es *destino* y es *proyecto*, siempre imperfecto, siempre inacabado. Pero es también *tarea*, y es esta otra dimensión, más problemática, de nuestra presencia en la Unión. La membresía exige *cumplir con Europa*, la observancia de las normas comunes, el respeto al acervo comunitario. Algo que, como se verá en la tercera sección de este capítulo, nuestro país ha hecho a menudo deficientemente. España ha sido, en los últimos tiempos, un mal cumplidor del Derecho de la Unión, situándose a la cola, entre los más negligentes, incluso en última posición. Así lo ponen de manifiesto los datos de los informes anuales de la Comisión Europea que se recogerán en estas páginas, para terminar con unas reflexiones finales pensando en el futuro y a modo de conclusión.

1. Europa como destino: *estar en Europa*

Decía Marcelino Oreja, que siendo ministro de Asuntos Exteriores presentó la solicitud de adhesión de España a las Comunidades Europeas en 1977, que Europa ha sido la vocación y el destino de España (Oreja Aguirre, 2021). Desde que, hace casi cien años, Ortega y Gasset escribiese sobre Europa, depositando en ella sus esperanzas para el futuro, el deseo de *estar* en Europa, de europeizar España, ha latido con fuerza entre los españoles.

El temprano europeísmo de Ortega dejó una huella profunda. Adalid de una generación marcada por el desastre del 98, e influido por las ideas de regeneración y europeización de Joaquín Costa, Ortega sostenía que Europa era, ante todo, ciencia, y era precisamente ciencia, razón y método científico, lo que faltaba a nuestro país. La diferencia entre España y Europa no estaba tanto en que ésta tuviese mejores ferrocarriles o una industria más florida sino en la ciencia, en la cultura (Ortega y Gasset, 2007a: 186). El filósofo decía que apenas había escrito una sola cuartilla en la que no apareciese con agresividad simbólica la palabra *Europa*, una palabra en la que comenzaban y acababan para él todos los dolores de nuestro país.

España era «una posibilidad europea» pues sólo mirada desde Europa era posible España. Regeneración era inseparable de europeización: «España era el problema y Europa, la solución» (Ortega y Gasset, 2007b: 404). Unas palabras que marcarían para siempre el modo español de sentir Europa.

Durante mucho tiempo, sin embargo, se abrió un verdadero abismo entre esa idea de Europa como destino y la realidad de total aislamiento internacional que se impuso a España finalizada la Segunda Guerra Mundial. En agosto de 1945, los gobiernos de los Estados Unidos, la Unión Soviética y el Reino Unido declaraban en la Conferencia de Potsdam que no apoyarían solicitud alguna que el gobierno español pudiera presentar para ser miembro de las Naciones Unidas,

por haber sido establecido dicho gobierno «con ayuda de las potencias del Eje y porque en razón a su origen, naturaleza, historia e íntima asociación con los Estados agresores, no reúne las condiciones necesarias para justificar su admisión». La condena internacional alcanzó su máxima expresión en diciembre de 1946, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas recomendaba que se prohibiese al gobierno de Franco pertenecer a los organismos internacionales y que «todos los Estados miembros retirasen inmediatamente los embajadores y ministros plenipotenciarios acreditados en Madrid» (Bassols, 199: 298 y 299). Un duro aislamiento internacional que no se impuso a otras dictaduras.

Los países europeos iniciaron su andadura sin España. Nuestro país fue excluido de las nuevas organizaciones internacionales que habían de formalizar la cooperación de los Estados Unidos con los Estados de Europa Occidental: la Organización Europea de Cooperación Económica y la Organización Europea del Atlántico Norte. España quedaba también al margen de las nuevas organizaciones de cooperación o integración europeas: el Consejo de Europa, la Asociación Europea de Libre Cambio y las Comunidades Europeas.

Tras los años más duros, la creciente tensión de la guerra fría y la relevancia estratégica de España explican que los Estados Unidos facilitasen paulatinamente su retorno a la escena internacional. Con el apoyo de los norteamericanos y la abstención de Francia y Gran Bretaña, en noviembre de 1950 las Naciones Unidas levantaban las sanciones, permitiendo el regreso de embajadores. En 1953, los Estados Unidos firmaban con España los Pactos de Madrid, en virtud de los cuales establecerían cuatro bases militares en la península, acordándose en contrapartida su asistencia económica y militar. En 1955, España ingresaba en las Naciones Unidas.

A diferencia de Estados Unidos, Europa mantuvo siempre la distancia con el régimen franquista y nunca dejó de manifestar su disconformidad ni denunciar su autoritarismo. El informe Birkelbach, debatido en la Asamblea Parlamentaria en 1962, dejó fuera de toda duda la posición de la Comunidad Europea. En tanto y en cuanto careciese de un régimen democrático, la adhesión de España sería del todo imposible.

Como ha explicado Powell (2009: 42), los acuerdos con los Estados Unidos anclaron firmemente a España en el campo occidental, permitiendo que Europa se beneficiase de la contribución española a la defensa, por modesta que fuese, sin tener que ofrecer nada a cambio: «a pesar de ser una potencia eminentemente europea, España se unió a la alianza occidental a través de los Estados Unidos, como si su geografía y su historia previa no tuviesen nada en común con la de sus vecinos» (traducción de B.B.A.).

El acercamiento norteamericano y el distanciamiento europeo tendrían, además, consecuencias a largo plazo en la opinión pública española. Durante los

años en los que perseveró en su oposición manifiesta al franquismo, los españoles empezaron a percibir la Comunidad Europea no sólo como un mercado común, sino como la representación de los valores de la democracia liberal. Aún en nuestros días, en España se percibe con naturalidad que, más allá del mercado interior o la unión monetaria, la Unión Europea es una comunidad basada en unos valores compartidos. A diferencia de otros, para los españoles la Unión no ha sido nunca un proyecto meramente económico. El recuerdo de nuestra larga ausencia sigue presente.

Por otra parte, mientras en los años de la transición política española el estrechamiento de las relaciones con los Estados Unidos y la OTAN fue rechazado por una izquierda que no olvidaba los Pactos de Madrid, Europa concitaba un gran consenso en el pueblo español. El rey Juan Carlos se refirió a Europa en la única mención a la política exterior de su discurso de proclamación: «Europa deberá contar con España» y «los españoles somos europeos». Como ha explicado Bassols (1995: 256 y 257), el consenso europeísta de todas las fuerzas políticas no se había producido en ninguno de los Estados miembros: «todos los países que nos precedieron lucharon para construir o entrar en Europa contra alguna fuerza, partido, o sector político interior, contrario a la adhesión. Tal vez el ejemplo más llamativo fue el del Reino Unido. España, casi sorprendentemente, no tuvo este problema». Ningún partido de nuestro arco parlamentario se opuso en ningún momento a la presentación de la candidatura ni a la negociación de la adhesión: recuerda el mismo Bassols que el adversario estuvo siempre enfrente, del otro lado de la mesa.

Cabe aún destacar otro elemento particular de la adhesión de España: el énfasis en su carácter político. La necesidad de Europa era económica, pero era también, en mayor medida, política. El presidente Suárez necesitaba el aval de Europa al proceso político español pues solo la Comunidad Europea, tanto tiempo distante, podía ahora acreditar su carácter democrático.

Así lo señalaba Leopoldo Calvo-Sotelo, ministro para las Relaciones con las Comunidades Europeas, en un importante discurso pronunciado el 16 de marzo de 1978 en el Colegio de Europa: «La decisión del gobierno es primordialmente política». La solicitud española no debía ser interpretada «como una decisión caprichosa provocada por un análisis objetivo de intereses materiales». Bien al contrario, era «un hecho consecuente con nuestra tradición, con nuestra cultura, con nuestra historia y hasta con nuestra geografía. Un reencuentro, una nueva aproximación después de muchos años de alejamiento». Al encontrarse a sí misma y volver a su ser, España debía acercarse a Europa, «unir a ella su destino» (Calvo-Sotelo, 2019: 51).

Estas palabras llaman a la reflexión en nuestros días, tras la adhesión en 2004 de otros Estados cuyos gobiernos en ocasiones parecen no compartir el proyecto

europeo más allá de sus propios intereses económicos (Becerril, 2022). No fue así en el caso de España. Europa ha sido vocación y destino de España, más allá del saldo neto.

Lamentablemente, el singular consenso europeísta de las fuerzas políticas españolas no ha resistido el paso del tiempo. Las fisuras en la izquierda se pusieron de manifiesto a principios de los años noventa, con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht[2] y provocaron la división de los diecisiete diputados de Izquierda Unida, ocho de los cuales se abstuvieron en la votación. A continuación, algunos diputados europeístas, que sí votaron a favor, se unieron al PSOE, quedando las posiciones euroescépticas en el entorno de Izquierda Unida y de los movimientos antiglobalización. No es casual que años más tarde, Izquierda Unida y Esquerra Republicana de Catalunya pidieran el voto en contra en el referéndum sobre el Tratado Constitucional, que caracterizaron como «un instrumento del neoliberalismo y los EEUU destinado a destruir el Estado social, subordinar Europa a la OTAN, ahogar las identidades de los pueblos y, en el tramo final de la campaña, reintroducir la pena de muerte» (Torreblanca, 2005).

Más recientemente, el partido político Vox, que logró representación parlamentaria por vez primera en 2018, ha adoptado un discurso euroescéptico, que en ocasiones podría calificarse de eurófobo[3]. Su primer programa, presentado en Vistalegre, «Cien Medidas para la España viva», se alineaba con las propuestas del grupo de Visegrado, incidiendo en la soberanía nacional y cuestionando el gasto europeo y las competencias de la Unión en ámbitos como la política exterior[4]. Su programa para las elecciones europeas de 2019, si bien reconocía los beneficios que supuso la adhesión de España, en especial en relación con el mercado interior, proponía volver a los orígenes, a «una Europa de las naciones democráticas en detrimento de la constituida por burócratas sin identidad nacional», al tiempo que abogaba por «la adopción de un nuevo Tratado europeo que garantice el poder soberano de los Estados miembros». *Fraudulento*, *abusivo* o *encubierto*, son algunos de los adjetivos empleados en dicho programa para referirse a las instituciones europeas, y muy especialmente, a la Comisión (Dumitrascu, 2021: 285).

A pesar de la erosión que el consenso europeísta de los partidos políticos ha sufrido en los últimos tiempos, la opinión pública española sigue manifestando un apoyo muy mayoritario al proceso de integración. En la última encuesta del

[2] También votaron en contra tres diputados de Herri Batasuna.

[3] Los líderes de Vox a menudo se refieren a la Unión Europea como «un club de mercaderes y burócratas globalistas» (@VOXNoticias_es, Twitter, 26 de enero 2019). Entre las intervenciones más duras hacia la Unión Europea de Santiago Abascal destaca la del 21 de octubre de 2020 en el Congreso de los Diputados.

[4] Esos elementos euroescépticos se aprecian en los apartados 91 y 96 a 99.

Eurobarómetro[5], en otoño de 2023, una mayoría del 63 % de los ciudadanos españoles entrevistados afirmaba sentirse unido a la Unión Europea, un porcentaje superior a la media, que se situaba en el 59 %. Así mismo, los españoles decían sentirse ciudadanos de la Unión en un 83 %, de nuevo un porcentaje significativamente superior al 72 % de la media europea, lo que situaba a España en quinto lugar, solo superado por Luxemburgo (89 %), Austria y Portugal (86 %) y Malta (85 %).

Aún más notable resulta el apoyo de los españoles al crecimiento competencial de la Unión Europea. Nada menos que el 78 % de la ciudadanía española se manifestaba favorable a que se tomen más decisiones en la Unión, expresándose en contra tan solo el 15 %. La diferencia con el conjunto de la ciudadanía de la Unión es muy significativa, pues solo el 55 % de los europeos se manifestaron a favor. Así mismo, una mayoría abrumadora de la ciudadanía española se pronunciaba a favor de una política común en materia de Seguridad y Defensa (84 %), de Migración (84 %), o de Política Exterior (81 %). En todos los casos, porcentajes muy superiores a los del conjunto de la Unión.

Conviene, no obstante, interpretar estos datos con cierta cautela y ponerlos en relación con otros parámetros. El último Barómetro del Real Instituto Elcano, también de 2023[6], muestra la gran confianza de los españoles en las instituciones europeas, algo que considera una peculiaridad española, no compartida por la mayor parte de los Estados miembros, que atribuye a la baja credibilidad de las instituciones políticas de gobierno o representativas en nuestro país.

Además, considera dicho informe que la confianza en la UE descansa también en una falta de interés e información. Llama la atención que, preguntados por alguna decisión positiva tomada por la Unión en los últimos tiempos, el 42 % de los encuestados respondiera: «no se me ocurre nada». Preguntados sobre qué debería hacer la Unión Europea que no esté haciendo ya, las respuestas recibidas son vagas y dispersas, indicando de nuevo el escaso conocimiento entre los españoles sobre las competencias y las políticas europeas. Llama la atención que el desarrollo de una Política Exterior Común o una Política Común de Seguridad y Defensa, que los ciudadanos españoles parecían respaldar tan abrumadoramente en la mencionada encuesta del Eurobarómetro, brille por su ausencia en el informe del Barómetro de Elcano.

Como ha señalado Hernández Ruiz (2023), los parámetros de apoyo a la Unión y conocimiento sobre la misma deben interpretarse conjuntamente. Si bien en el caso español el apoyo a la integración es alto, puede fluctuar en función

[5] Eurobarómetro Standard 100. Opinión Pública en la Unión Europea. Otoño 2023. Informe nacional: España. Trabajo de campo: octubre – noviembre 2023.

[6] Barómetro del Real Instituto Elcano. Resultados de febrero-marzo de 2023, 43ª oleada. Diseño del estudio y elaboración del informe: Carmen González Enríquez y José Pablo Martínez Romera.

de los acontecimientos si no encuentra una base sólida en un conocimiento sobre la Unión: «Cuando no hay un conocimiento profundo y asentado, las emociones siempre son coyunturales y fácilmente manipulables. Por tanto, la Unión Europea no debe confiarse en los momentos en los que crece de manera exponencial la simpatía hacia las instituciones, porque hasta que no se base en un conocimiento profundo, esta será voluble y cambiante». En España, el apoyo a la integración es aún muy mayoritario, pero su base es endeble y es vulnerable al discurso euroescéptico que se ha desarrollado en los últimos años. Más allá del papel de los medios, cuyas limitaciones estructurales no cabe abordar aquí (puede consultarse al respecto Hernández Ruiz, 2019), la respuesta al reto planteado solo puede venir de un mayor esfuerzo en la educación.

2. Europa como proyecto: *construir Europa*

Decía Calvo-Sotelo (2019: 57) en el mencionado discurso de 1978 que España se acercaba a las Comunidades Europeas «con una clara voluntad de participar positiva y eficazmente en sus instituciones y de colaborar en su perfeccionamiento». Plenamente consciente de la significación y la trascendencia de su decisión, España estaba «dispuesta a aportar a esta tarea, generosamente, el rigor de sus juristas, el saber de sus técnicos, el entusiasmo de sus políticos y la ilusión y la esperanza de los españoles».

Durante las negociaciones que llevaron a la adhesión se pusieron de manifiesto la resolución de los sucesivos gobiernos, el consenso de las fuerzas políticas y también el apoyo del pueblo español a la causa europea. España llegaba para participar plenamente en el proyecto europeo, para *construir Europa*.

La fuerza del europeísmo español no pasó inadvertida al canciller alemán Helmut Kohl, cuyo apoyo resultó tan relevante para vencer los obstáculos que se plantearon, en gran medida a causa de las reticencias francesas, a lo largo de un proceso de negociación largo y difícil. Kohl esperaba encontrar en España un socio decidido para avanzar en el proceso de integración: así lo expresó con ocasión de la visita del presidente Felipe González a Bonn en 1985, poco después de la firma del Tratado de Adhesión. Kohl instó al español a apoyar la profundización en el proceso europeo que se formalizaría poco después con la firma del Acta Única Europea: «Si no conseguimos durante esta década integrar irrevocablemente a la Comunidad con el objetivo de lograr la Unión Europea, corremos el peligro de poner en tela de juicio los logros que ya hemos alcanzado», afirmaba en canciller. «Constato con satisfacción que su gobierno, señor presidente, comparte con nosotros esta dirección», añadía (Kohl, 2020: 82).

A diferencia de otras adhesiones, anteriores y posteriores, la de España, lejos de debilitar, fortaleció el proyecto europeo. Desde la entrada en vigor del Tratado de Adhesión, España se convirtió en un socio leal, comprometido con el proyecto de los padres fundadores y su deseo de forjar, como dicen los Tratados, «una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa». En el segundo semestre de 1985, antes incluso de la entrada en vigor del Tratado, España participaba ya, con voz, pero sin voto, en las negociaciones que dieron lugar al Acta Única Europea, y apoyaba la profundización que pondría en marcha el proyecto del mercado interior.

España aprendió pronto las reglas del juego institucional. Desde la apertura de las negociaciones nos representaron en Bruselas nuestros mejores diplomáticos, a menudo permaneciendo en el cargo con gobiernos de distinto signo político. Tan pronto como en 1989 España asumió por vez primera la responsabilidad de organizar una presidencia del Consejo y logró cumplir las expectativas, poniendo de manifiesto que nuestra administración pública estaba a la altura.

España se sumó a todo. Participó en la Cooperación Política Europea, en calidad de observador, antes de que se formalizase la adhesión. Se unió al espacio Schengen para la supresión de controles sistemáticos en las fronteras tan pronto como fue posible. También se integró en el Sistema Monetario Europeo en 1989 y, más tarde, sorprendió a sus socios europeos cuando el Gobierno presidido por José María Aznar logró su incorporación, desde el primer momento, a la Unión Económica y Monetaria. España nunca solicitó ninguna cláusula de no participación (*opt outs*), como harían Dinamarca, Reino Unido, Irlanda o más tarde Polonia. Luchó por estar siempre estar en la vanguardia.

Nuestro país aprendió rápido a conciliar intereses nacionales y europeos, y proponer iniciativas que conviniesen al país y, a su vez, impulsasen el proceso de integración. Buena muestra de ello es la política de Cohesión Económica y Social que constituye, en gran medida, el resultado de un esfuerzo continuado del gobierno de España desde la adhesión. Las batallas del presidente González en los sucesivos Consejos Europeos por desarrollar los Fondos Regionales y sacar adelante el Fondo de Cohesión fueron un éxito rotundo.

Todo ello se hizo desde la defensa del interés común europeo, nunca como una contrapartida exclusiva para España a cambio de otras cesiones. España se alzaba en defensa de una política de solidaridad que complementase el mercado interior. Una posición muy diferente a la mantenida por el gobierno del Reino Unido en relación con su cheque británico. Más recientemente, tras la crisis causada por la pandemia de 2020, el esfuerzo del Gobierno de España para la aprobación de un Fondo de Recuperación y la emisión de deuda mancomunada por parte de la Unión Europea puede considerarse una nueva y relevante contribución a la política europea de solidaridad.

El concepto de ciudadanía europea, propuesto por España en la Conferencia Intergubernamental de 1991 e incorporado al Tratado con motivo de la reforma de Maastricht, fue otra relevante contribución española, atribuida a la iniciativa personal del presidente González. Con la ciudadanía se formalizaba un doble vínculo político, con el Estado miembro y con la Unión. A esta nueva ciudadanía europea, complementaria de la nacional, se asociaban un haz de derechos que en aquel momento constituían un avance importante, estableciéndose un procedimiento especial para completarlos con el paso del tiempo. A pesar de que posteriormente estas expectativas de actualización no se han cumplido, la ciudadanía europea ha sido un elemento crucial para superar el carácter económico del proceso europeo y fortalecer su dimensión política.

España ha jugado también un papel protagonista en la construcción del Espacio Europeo de Libertad Seguridad y Justicia. La cooperación judicial y policial ha sido una prioridad española desde tiempos de Maastricht, pero no fue hasta que los atentados del 11 de septiembre colocaron esta política entre las prioridades de la agenda internacional que España encontró el clima de opinión favorable para avanzar en la lucha antiterrorista en la Unión Europea. Los acuerdos del Consejo Europeo de Tampere, la decisión marco sobre el terrorismo o la Orden Europea de Detención y Entrega fueron éxitos notables logrados con el impulso de España en esa etapa.

Quizás debido a la necesidad de que nuestra adhesión contribuyese a superar el aislamiento internacional sufrido en el pasado, España ha favorecido también el desarrollo de una política exterior común. Desde el momento de la adhesión, los gobiernos de España se esforzaron por impulsar las relaciones de la Comunidad Europea con los países de América Latina y del Mediterráneo, con el fin de europeizar nuestra política hacia esas regiones e incluirlas entre las prioridades de la acción exterior europea. Desde 1986, la dimensión europea de las relaciones exteriores de España ha sido el centro de su actividad y proyección internacional (Mangas Martín, 2011: 13). Cabe mencionar en particular los éxitos de la presidencia española del 1995, con el lanzamiento del Proceso de Barcelona y la firma de la Agenda Transatlántica. Igualmente, la presidencia de 2002 prestó especial atención a las relaciones de la Unión Europea con el Mediterráneo, América Latina y con los Estados Unidos (Powell, 2003, 558).

Un breve repaso, sin ánimo exhaustivo, a algunas de las contribuciones españolas más relevantes a la construcción europea pone de manifiesto los elementos de continuidad en la política europea de España. El apoyo a la profundización en el proceso de integración, a su dimensión política, a la Cohesión Económica y Social, a la Unión Económica y Monetaria, al desarrollo de la Política Exterior Común y del Espacio Europeo de Libertad Seguridad y Justicia, son una buena muestra de ello. En lo institucional, España ha apoyado en sucesivas reformas el

incremento de las competencias del Parlamento Europeo y la simplificación de los procedimientos legislativos.

Esta continuidad se observa también en su dimensión negativa, si atendemos a aquellas propuestas o políticas que no han contado, a lo largo de los años, con el apoyo español. Cabe aquí mencionar la cautela con la que se han recibido siempre las propuestas que pudiesen conducir a una renacionalización de políticas a través de una interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad o de una categorización rígida de las competencias de la Unión. España también se ha mostrado reticente al desarrollo de mecanismos de flexibilidad que pudiesen dar lugar a un núcleo duro, exigiendo cautelas y garantías, como hizo en la reforma de Ámsterdam. Ha contribuido así a preservar el acervo, a salvaguardar el edifico construido con tanto esfuerzo a lo largo de los años y a velar por la unidad.

No todo ha sido positivo. España ha ganado y perdido muchas batallas en Bruselas y en algunas etapas ha sido difícil ejercer la influencia que cabría esperar de un socio de su tamaño. En 2003, la Convención Europea proponía dejar atrás el sistema de voto de Niza, que convenía particularmente a España, en favor de una nueva mayoría cualificada en el Consejo. Años más tarde, la gravedad de la crisis económico y financiera provocaba una fuerte pérdida de influencia de España en Bruselas que se puso de manifiesto, con especial crudeza, en una deslucida cuarta presidencia española del Consejo.

Las consecuencias de la crisis se prolongaron durante años. También la crisis territorial provocada por el embate del independentismo catalán en 2017 afectó gravemente a la proyección europea e internacional de nuestro país. Más recientemente, la creciente polarización política ha proyectado su sombra sobre la quinta presidencia española del Consejo, en el segundo semestre de 2023. El éxito de la intensa actividad legislativa y el buen hacer de los funcionarios españoles se han visto empañados por la celebración de elecciones generales durante presidencia y por el impacto de los acuerdos de gobierno y de la proposición de ley de amnistía, que dieron lugar a la celebración de un debate en el Parlamento Europeo sobre el Estado de derecho en España en plena presidencia.

A pesar de las dificultades, el balance de la contribución española es más que positivo. La adhesión puso de manifiesto la capacidad de un Estado de tamaño medio, pero dinámico y europeísta, de convertirse en un socio influyente de la Unión. España ha contribuido a construir Europa, superando el riesgo, siempre presente, de quedar en la periferia. Como recordaba Elorza (2023), que ha escrito detenidamente sobre la política europea de España durante las presidencias de Felipe González y José María Aznar, nuestro país ha sido protagonista activo y principal en el proceso de integración. Lo ha hecho, en sus mejores momentos, defendiendo el interés nacional con determinación y pragmatismo; con capacidad de iniciativa, planteando propuestas que pudiesen acabar plasmándose en legisla-

ción. También ha recordado el valor de la unidad. La continuidad de la acción es básica: «No debemos replantearnos nuestra política con la Unión en cada ciclo. El consenso no tiene por qué abarcar todo lo que se discute en Europa, pero sí sus elementos institucionales y estructuras esenciales» (Elorza, 2023: 401).

La reflexión sobre la contribución española al proyecto europeo resulta particularmente oportuna en nuestros días, cuando la Unión afronta la posibilidad de una nueva ampliación a los países de los Balcanes Occidentales, Ucrania, Moldavia y Georgia. Esta tendría el efecto de desplazar, una vez más, el centro gravedad de la Unión Europea hacia el Este y tendría un impacto profundo en sus instituciones, sus políticas y su presupuesto.

España ha sido desde su adhesión favorable a las sucesivas rondas de ampliación, pero no ha dejado de velar, con pragmatismo, por acompasar y conciliar el interés europeo con el interés nacional, para lograr que ambos avancen de la mano (Rupérez Pascualena, 2024). Una nueva ampliación tendría un impacto notable en políticas relevantes para España, como la Política Agrícola o la Cohesión Económica y Social, así como en el presupuesto europeo. Afectaría también a la proyección regional de la Unión, dirigiendo una vez más el esfuerzo político, económico y técnico hacia el Este. Algo que España tendría que tratar de compensar, como ha señalado García-Berdoy (2023: 82), introduciendo su visión geopolítica en el proceso y proponiendo un marco de relaciones con los países del sur más consistente, pues «descuidar las oportunidades de asociación estratégica con nuestros vecinos del norte de África en materia de transición energética o de migración» sería «una mala asignación de recursos económicos y políticos».

En lo que respecta al debate institucional, España ha contribuido a lo largo de los años a la construcción de una Europa fuerte y eficaz. Una nueva ampliación requeriría una reforma institucional importante, con el fin de que un incremento del número de Estados miembros no dificulte, aún en mayor medida, el funcionamiento de las instituciones. De las propuestas que se discuten en la actualidad cabe destacar la extensión del voto por mayoría cualificada en el Consejo a algunas decisiones en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común como la adopción de sanciones, el despliegue de misiones civiles o las posiciones relativas a los derechos humanos. Algo que reforzaría esta política, a la que España ha contribuido desde su adhesión.

3. Europa como tarea: *cumplir con Europa*

Volviendo una vez más a su ya mencionado discurso, Calvo-Sotelo (2019: 57) dijo también en aquella ocasión que España se acercaba a las Comunidades Europeas con una clara voluntad «de asumir el llamado *acquis communautaire*, es

decir, los compromisos internos e internacionales de la Comunidad de Nueve y de cumplir todas las obligaciones que lleve consigo su calidad de miembro». Es preciso admitir que no siempre ha sido así.

En los años de la adhesión, el deseo de *estar en Europa* hizo posible que se emprendieran reformas políticas y económicas de gran calado. La adhesión fue un incentivo que permitió emprender un proceso de modernización, reestructuración y liberalización de todo el tejido económico y social español. Es interesante notar que el hecho de que el proceso de reforma fuese encauzado desde Europa planteaba algunas ambigüedades a la joven democracia española. Como se ha señalado, Raimundo Bassols, embajador de España ante las Comunidades Europeas entre 1977 y 1982, vino a reconocerlo, quizás sin saberlo, con estas palabras: «La Comunidad Europea, en los últimos años, ha adoptado una legislación moderna y eficaz en los aspectos económicos y sociales (..). Es difícil tomar la decisión de cambio de legislaciones en una democracia nueva, por miedo a las repercusiones electorales que ello pudiera tener. La adhesión nos marca el camino del progreso, sin coste político alguno en la lucha electoral interna, ya que la transformación legislativa y la modernización se nos imponen desde fuera, desde la propia Comunidad, por el hecho mismo de entrar en ella. La adhesión implica la aceptación del acervo comunitario» (Powell, 2023: 9).

Como es bien sabido, el acervo no es negociable: España tuvo que cumplir, aceptándose tan solo algunas derogaciones temporales en el Tratado de Adhesión. No obstante, el ingreso de España se produjo justo a tiempo para que nuestro país pudiese participar en la gran oleada de legislación que se aprobó tras la adopción del Acta Única Europea, por lo que pudo negociar con sus socios todo el nuevo acervo comunitario en el ámbito del mercado interior.

Durante muchos años España cumplió adecuadamente con las obligaciones de transposición y aplicación interna del Derecho de la Unión Europea. A mediados de los años noventa, la Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas podía manifestarse satisfecha con el grado de cumplimiento, que situaba a España en una honrosa cuarta posición en la transposición de las directivas relativas al mercado interior[7]. Esta Secretaría de Estado se ocupaba del seguimiento y recordaba a los ministerios competentes sus obligaciones para con el Derecho de la Unión. Era también responsable de la redacción de un informe semestral que se presentaba a la Comisión de Subsecretarios o a la Comisión Delegada del Gobierno de Asuntos Económicos para suscitar una toma de conciencia general, al más alto nivel, del grado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias (Dastis, 1995: 343).

[7] En 1995, España había transpuesto un 91,9 por 100 de las directivas en vigor, es decir, 1.088 de un total de 1.296 directivas relativas al mercado interior (Dastis, 1995: 342).

Desde mediados de la década de dos mil, sin embargo, los datos de los informes anuales de la Comisión Europea relativos al control de la aplicación del Derecho de la Unión Europea en España dejan mucho que desear. Como se ha visto en estas páginas, España ha sido un socio leal en la construcción europea, pero no ha sido siempre un socio cumplidor.

El informe de la Comisión más reciente data de julio de 2023 y recoge los datos de cumplimiento de 2002, los últimos disponibles[8]. Los procedimientos de infracción en curso, abiertos a término del año 2022, suman una totalidad de 1991, lo que constituye un incremento global respecto a los años previos. De estos, corresponden a España 100: 40 por transposición tardía, 47 por transposición incorrecta de directivas y 13 por incumplimiento de reglamentos, tratados o decisiones. Esto nos sitúa en el segundo lugar por la cola, que compartimos con Grecia. Por detrás solo queda Bélgica, el Estado con más procedimientos abiertos, con 114 asuntos. El mejor cumplidor es Dinamarca, con 36. Conviene notar que el resultado de España, si bien es muy negativo, constituye un progreso respecto a los datos del año anterior. En 2021 España ocupó la última posición. Fue el Estado miembro con más procedimientos de infracción abiertos: 105.

En lo que respecta a nuevos procedimientos de infracción, en el año 2022 la Comisión abrió una totalidad de 551, lo que constituye un descenso considerable frente a los años previos. De estos, 23 correspondieron a España: veinte por transposición tardía, dos por transposición incorrecta de directivas y uno por incumplimiento de reglamentos, tratados o decisiones. Esto nos sitúa en el octavo lugar por la cola, que encabeza Bélgica, con 43 asuntos, seguida por Portugal, Chipre, Bulgaria, Polonia, Hungría y Chequia. Resulta interesante señalar que el Estado miembro con menos procedimientos de infracción nuevos abiertos fue una incorporación de la quinta ampliación, Estonia, con seis. El resultado de España constituye, de nuevo, un progreso relativo respecto a 2021, pues en ese año le correspondieron 38, situándose en la sexta posición por la cola. Si se mantiene esta pauta y el número de procedimientos nuevos continúa descendiendo, los datos de asuntos abiertos acompañarán paulatinamente.

Es probable que el progreso de España en 2022 se deba en alguna medida al hecho de que en el segundo semestre de 2023 España ha ejercido la presidencia del Consejo de la Unión. Es difícil liderar la institución de representación intergubernamental cuando se lidera también, por la cola, la lista de procedimientos de infracción abiertos. La presidencia ha podido por tanto constituir un incentivo, muy bienvenido, que ha contribuido a mejorar las cosas. Esperemos que esta tendencia se mantenga en el futuro, en bien del prestigio de España y de la buena marcha de

[8] Comisión Europea, *Control de la aplicación del Derecho de la Unión Europea. Informe anual de 2022*. Bruselas, 14.7.2023 COM(2023).

una organización internacional que es, sobre todo, una Unión de Derecho. El incumplimiento del acervo vulnera el principio de igualdad y constituye un motivo con frecuencia invocado por aquellos que plantean la renacionalización de competencias —algo a lo que, como ya se ha señalado, España siempre se ha opuesto— o son reticentes a realizar nuevas atribuciones de competencias a la Unión.

El informe de 2023 también pone de manifiesto en qué políticas se concentran los casos de incumplimiento. De los 23 procedimientos abiertos a España seis trataban sobre movilidad y transporte, cuatro sobre estabilidad financiera, servicios financieros y mercado de capitales, cuatro sobre fiscalidad y unión aduanera, dos sobre justicia, derechos fundamentales y ciudadanía, dos sobre medio ambiente, dos sobre empleo y asuntos sociales, uno sobre energía, otro sobre mercado interior, industria, emprendimiento y pymes y un último sobre asuntos marítimos y pesca. En cuanto a denuncias, se interpusieron en 2022 una totalidad de 3464, de las cuales 577 se referían a España: 176 relativas a justicia, derechos fundamentales y ciudadanía, 99 a empleo, asuntos sociales e inclusión y 95 a medio ambiente.

En 2022, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una totalidad de 18 sentencias en el marco de recursos de incumplimiento. España fue objeto de tres sentencias condenatorias, favorables a la Comisión, lo que lamentablemente nos sitúa en primera posición, seguidos de Bulgaria, Irlanda, Polonia y Eslovaquia, que fueron objeto de dos sentencias condenatorias en cada caso.

Dos de las sentencias relativas a España tuvieron particular relevancia[9]. En la primera, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 2022, *Comisión Europea contra Reino de España* (C-278/20, EU:C:2022:503), el Tribunal resolvió que la legislación nacional que obligaba a los residentes fiscales en España a declarar sus bienes o derechos situados en el extranjero era contraria al Derecho de la Unión. La obligación de presentar el «Modelo 720» y las sanciones derivadas del incumplimiento se consideraron desproporcionadas y el Tribunal concluyó que constituían una vulneración de la libre circulación de capitales.

En la segunda, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2022, *Comisión Europea contra Reino de España* (C-278/20, EU:C:2022:503), el Tribunal se pronunciaba de nuevo en contra de una norma española, en este caso relativa a los requisitos exigidos para la indemnización de los daños ocasionados a los particulares como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión. El Tribunal concluía que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del principio de efectividad.

[9] Existe también una Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2022, *Comisión Europea contra Reino de España* (C-125/20, EU:C:2022:1025). El Tribunal concluyó que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa en relación con determinadas áreas de Madrid y Cataluña.

La llamada «fase descendente», que consiste en una correcta ejecución de las normas europeas depende en gran medida del buen funcionamiento de las estructuras de coordinación. La Secretaría de Estado para la Unión Europea juega aquí un papel relevante que puede haberse visto dificultado por la modificación de la composición de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos que tuvo lugar en 2020, en virtud de la cual se excluye de la misma a esta Secretaría de Estado. Se ha sostenido que el ministro de Asuntos Exteriores puede asistir a las reuniones, como ya era el caso, pero sus muchas ocupaciones y viajes lo dificultan, por lo que la exclusión del secretario de Estado ha tenido el efecto de apartar al Ministerio de Asuntos Exteriores del debate de innumerables y muy importantes temas comunitarios (Elorza, 2023: 36).

Podría plantearse también si la complejidad del Estado autonómico pudiera explicar en alguna medida los elevados casos incumplimientos del Derecho de la UE por parte de España. Sin embargo, algunos estudios han señalado que los supuestos de incumplimiento imputables a las comunidades autónomas son, en términos porcentuales, escasos (Molina, 2023: 45)[10].

Es importante que España alcance un nivel de cumplimiento propio de un Estado miembro comprometido con el proyecto europeo. No se trata solo de dar seguimiento a los compromisos adquiridos y dejar de liderar la lista de incumplimientos. La observancia de la legislación europea constituye un estímulo necesario para alcanzar los estándares europeos, sea en el ámbito de la política medioambiental o en el de la política económica. También es así en nuevas áreas, de carácter no económico, en las que la Unión Europea ha asumido en la última década un papel relevante, como es la independencia del poder judicial y la defensa del Estado de derecho.

4. A modo de conclusión

Europa como destino. Europa ha sido, y de algún modo sigue siendo para España, *destino*. El deseo de *estar en Europa* tiene una larga historia y unas raíces profundas y ha seguido latiendo con fuerza después de la adhesión. Las palabras de Ortega y Gasset –*España es el problema y Europa la solución*– marcaron para siempre el modo español de sentir Europa. Bien podría decirse que Europa ha constituido ese «proyecto sugestivo de vida en común» del que nos hablaba el filósofo pues, de alguna manera, como señala Mangas Martín (2011: 14), «los españoles hemos hecho de Europa nuestro propio proyecto nacional».

[10] Con cita a este respecto de Cienfuegos Mateo (2011).

En nuestros días, el deseo de *estar en Europa* se manifiesta en el apoyo mayoritario de la opinión pública española a la membresía, que sigue siendo superior a la media de los Estados miembros. Aún más notable resulta el abrumador apoyo de los españoles al crecimiento competencial de la Unión Europea en ámbitos como la política exterior, la defensa o la política migratoria, algo que tiene que ver, también, con la falta de confianza en las instituciones nacionales. Sin embargo, tras el entusiasta europeísmo español se esconde cierta fragilidad. El conocimiento de los españoles sobre la Unión es particularmente débil y el singular consenso europeísta de nuestras fuerzas políticas, heredado de la transición, hace tiempo que se ha quebrado, habiendo hecho su aparición un discurso euroescéptico que en ocasiones cabría calificar de eurófobo. El apoyo a la integración es aún muy mayoritario, pero su base es endeble y vulnerable. Más allá del papel de los medios, la respuesta al reto planteado solo puede venir de un mayor esfuerzo por fortalecer el conocimiento sobre la Unión Europea a través de la educación.

Europa como proyecto. El deseo de *estar en Europa* explica en gran medida que a lo largo de los años España haya contribuido con particular entusiasmo, y mayor o menos éxito, a *construir Europa*. Para España, Europa es destino, pero es también *proyecto*. A diferencia otras adhesiones, anteriores y posteriores, la llegada de España fortaleció la construcción europea. No hubo disyuntiva entre ampliación y profundización. Nuestro país aprendió rápido a conciliar intereses nacionales y europeos, y proponer iniciativas que conviniesen a España y, a su vez, impulsasen el proceso de integración.

Un breve repaso, sin ánimo exhaustivo, a algunas de las contribuciones españolas más relevantes pone de manifiesto los elementos de continuidad en la política europea de España. El apoyo a la profundización en el proceso de integración, a su dimensión política, a la Cohesión Económica y Social, a la Unión Económica y Monetaria, al desarrollo de la Política Exterior Común y del Espacio Europeo de Libertad Seguridad y Justicia, son una buena muestra de ello. Esta continuidad se observa también si atendemos a aquellas propuestas que no han contado, a lo largo de los años, con el apoyo de España. Entre ellas destacan las iniciativas que pudiesen conducir a una renacionalización de competencias o a una Europa flexible, liderada por un núcleo duro. España ha contribuido a preservar el acervo y velar por la unidad.

No todo ha sido positivo. Las dificultades económicas, la tensión territorial y la polarización política han dificultado, en diferentes momentos, que España pudiese ejercer la influencia que corresponde a un Estado de su tamaño. Una lección que debemos tener en cuenta en nuestros días, cuando afrontamos el desafío de una nueva ampliación que desplazaría el centro de gravedad de la Unión Europea hacia el Este, y tendría un impacto notable en el sistema institucional, las políticas europeas y el presupuesto.

Europa como tarea. Europa es destino y es proyecto, pero es también *tarea*. La membresía exige *cumplir con Europa*, observar las normas comunes, respetar al acervo. Algo que desde hace años España hace deficientemente, situándose a la cola, entre los más negligentes, incluso en la última posición. Afortunadamente, los datos de la Comisión ponen de manifiesto en el último año un descenso en el número de nuevos procedimientos de infracción abiertos, algo que esperemos marque un cambio de tendencia.

Es importante que España sea diligente en la transposición y aplicación interna del Derecho de la Unión. No se trata solo de dar seguimiento a los compromisos adquiridos. El necesario cumplimiento de la legislación constituye un estímulo para alcanzar los estándares europeos, sea en el ámbito de la política medioambiental o en del mercado interior. También es así en nuevas áreas, más allá de la economía, en las que la Unión Europea ha asumido recientemente un papel relevante, como es salvaguarda de la independencia del poder judicial y el Estado de derecho. También aquí, España necesita a Europa. *Europa como límite*.

Bibliografía

Bassols, Raimundo (1995). *España en Europa*, Madrid, Política Exterior.

Becerril, Belén (2022). «La Unión Europea y Polonia: drama en tres actos», *Política Exterior*, núm. 205.

Calvo Sotelo, Leopoldo (2019). *Un Europeísta en la transición* (edición de Jorge Lafuente Cano), Madrid, Encuentro/Real Instituto de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo.

Cienfuegos Mateo, Manuel (2011). «Instrumentos de colaboración procesal entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la prevención de los incumplimientos autonómicos del Derecho de la Unión Europea», en P. Biglino; L. Delgado (dir.): *El incumplimiento del Derecho comunitario en el Estado autonómico*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Dastis, Alfonso (1995). «La Administración española ante la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 90.

Dumitrascu, Alexandra (2021). «El discurso populista ante la Unión Europea en perspectiva comparada, los partidos políticos en el Parlamento Europeo», en A. Uribe (dir.): *Nuevos retos para la democracia liberal: Nacionalismos y populismos en Europa*. Valencia, Tirant lo Blanch.

Elorza, Javier (2023). *Una pica en Flandes. La huella de España en la Unión Europea*. Barcelona, Debate.

García-Berdoy, Pablo (2023). «Ampliación y vecindad: un equilibrio necesario», *Política Exterior*, núm. 211.

Hernández Ruiz, Marta (2023). «Los efectos de la pandemia de la COVID-19 en la opinión pública europea. Una aproximación desde las teorías de la jerarquía de los efectos y de la agenda», en J.M. Beneyto (dir.); B. Becerril (coord.): *Ciudadanía europea, democracia y participación*. Aranzadi, Cizur Menor.

Hernández Ruiz, Marta (2019). *La Unión Europea en los medios de comunicación españoles. Estudio de primer nivel de la teoría de la Agenda Setting*. Cizur Menor, Aranzadi.

Kohl, Helmut (2020). *Una Alemania europea. Discursos e intervenciones (1983-1998)*e (edición de Belén Becerril Atienza), Madrid, Encuentro/Real Instituto de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo.

Mangas Martín, Araceli (2011). «Veinticinco años de España en la Unión Europea: Reflexiones», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38.

Molina, Ignacio (2023). «Las bases institucionales de la pertenencia española a la Unión Europea», en R. García Llorente; I. Molina (coord.): *La política europea de España: elaboración y prioridades*. Madrid, Real Instituto Elcano de Estudios Estratégicos e Internacionales.

Oreja Aguirre, Marcelino (2021). *Europa, vocación y destino de España*, Madrid, Encuentro/Real Instituto de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo.

Ortega y Gasset, José (2007a). *Obras completas, vol. I (1902-1915)*. Madrid, Fundación José Ortega y Gasset/Taurus («Asamblea para el progreso de las ciencias», publicado en *El Imparcial*, 27 de Julio de 1908).

Ortega Y Gasset, José (2007b). *Obras completas, vol. I (1902-1915)*. Madrid, Fundación José Ortega y Gasset/Taurus («La herencia viva de Costa», publicado en *El Imparcial*, 20 de febrero de 1911).

Powell, Charles (2023). «Las bases de la relación España-Unión Europea», en R. García Llorente; I. Molina (coord.): *La política europea de España: elaboración y prioridades*. Madrid, Real Instituto Elcano de Estudios Estratégicos e Internacionales.

Powell, Charles (2009). «The Long Road to Europe. Spain and the European Community, 1957-86», en J. Baquero; C. Closa (ed.): *European integration from Rome to Berlin, 1957-2007*. Berlin, Peter Lang.

Powell, Charles (2003). «Un balance de la Presidencia española de la Unión Europea de 2002», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119.

Rupérez Pascualena, Pablo (2024). «La ampliación de la Unión Europea, complejidad y posición de España», *Política Exterior*, núm. 217.

Torreblanca, José Ignacio (2005). «El referéndum sobre la Constitución Europea en España: una doble decepción», *Real Instituto Elcano de Estudios Estratégicos e Internacionales*, 21 de febrero de 2005.

LA GOBERNANZA ESPAÑOLA DE LA PERTENENCIA A LA UNIÓN EUROPEA: PROBLEMAS PERSISTENTES Y POSIBLES VÍAS DE MEJORA

Ignacio Molina Á. de Cienfuegos
Profesor de Ciencia Política y Relaciones Internacionaes de la Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción: una problemática hace tiempo diagnosticada

En junio de 2005 se cumplieron veinte años de la firma del Tratado de adhesión a las Comunidades Europeas (luego rebautizadas como Unión Europea, UE). El balance sustantivo que se hizo entonces de ese primer periodo de pertenencia española fue triunfal pues así lo avalaban las estadísticas. Si a mitad de los ochenta la tasa de paro superaba el 20 % y el PIB estaba solo en el 71 % de la media comunitaria, a mitad de los 2000 el desempleo había bajado a menos del 10 % y la riqueza española estaba por encima del 90 % de la media de la Europa de los 15, y casi en el 100 % de la media de la UE a 25.

España era en ese momento, de hecho, la octava economía del mundo y sus indicadores económicos (inflación, tipos de interés o deuda pública) eran equiparables a los de las economías más abiertas y dinámicas. Mientras que en 1985 el país disponía de poco más de 2.000 kilómetros de autopistas y autovías, veinte años más tarde había multiplicado esa cifra por seis y el resto de las infraestructuras habían mejorado igualmente, en gran parte como resultado de los fondos europeos. En ese tiempo, además, España había pasado de ser receptor de inversión extranjera directa a disponer de grandes empresas multinacionales. También había dejado de ser tierra de emigrantes para convertirse en el estado miembro con el mayor saldo neto migratorio por habitante de la Unión. La transformación radical de su proyección internacional podía igualmente medirse comparando la irrelevante situación de partida y los datos de 2005 referidos a ayuda al desarrollo o misiones militares en el extranjero. Los datos objetivos eran ciertamente brillantes, pero todavía lo era más el relato colectivo; la sensación de haber logrado el desarrollo económico, la modernización social y la plena normalización políti-

ca con su entorno democrático avanzado tras casi dos siglos de declive y aislamiento (Piedrafita, Steinberg y Torreblanca, 2006).

Resulta interesante constatar que, coincidiendo con ese estado general de complacencia por la exitosa europeización lograda, el propio Gobierno de España tuviera la honestidad de reconocer que las bases institucionales y procedimentales sobre las que se asentaba la relación con la UE eran frágiles y requerían mejoras. En primer lugar, se había identificado la necesidad de reforzar la cláusula constitucional de apertura al Derecho supranacional (el todavía hoy inalterado artículo 93) por no incluir una mención explícita al proceso de integración ni articular adecuadamente los objetivos, límites, procesos decisorios y controles de la política europea de España. Por acuerdo aprobado en Consejo de ministros el 4 de marzo de 2005 se solicitó al Consejo de Estado un informe para modificar la Constitución de modo que, junto a otras tres enmiendas a introducir en otros tantos aspectos del texto, se hiciera esa referencia expresa a la construcción europea. Aunque el informe se realizó y además dio lugar a una publicación académica sumamente interesante (Rubio Llorente y Álvarez Junco, 2006), la falta de consenso suficiente durante esa legislatura —sobre todo en lo relativo al Senado y al desarrollo del modelo territorial en plena reforma del Estatuto de Cataluña— impidió llevar a buen puerto la pretendida reforma.

Al poco de aquel primer encargo, el Gobierno pidió otro Informe al Consejo de Estado que volvía a incidir en la conveniencia de mejorar la gobernanza de los asuntos europeos. Esta vez el objetivo afectaba a una parte menos dignificada de la interrelación entre los dos ordenamientos, pero seguramente más acuciante desde un punto de vista práctico al haberse constatado que, en paralelo a los altos rendimientos que generaba la pertenencia para la prosperidad y proyección de España, existían importantes cuellos de botella para participar de manera más efectiva en la elaboración de las políticas decididas en Bruselas y aplicar luego adecuadamente el Derecho europeo (tanto las normas y la jurisprudencia producidas en el ámbito de la UE como las sentencias del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo). La encomienda del estudio se aprobó en Consejo de ministros el 23 de febrero de 2007 y el informe fue publicado al año siguiente, generando de nuevo —como ya había ocurrido con el anterior— un análisis académico fruto de la colaboración entre el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Consejo de Estado (Rubio Llorente, 2008).

Merece la pena resumir la preocupación gubernamental que guio esa segunda solicitud. Se trataba de adaptar España a las crecientes obligaciones jurídicas que suponía la incesante expansión del «acervo comunitario» debido a modificaciones del derecho primario (tras el nacimiento jurídico de la UE con el Tratado de Lisboa del mismo 2007), un derecho secundario «cada vez más amplio», importantes desarrollos en materia de acción internacional y hasta nuevas formas de

actuación normativa, como el método abierto de coordinación. El encargo menciona la complejidad de esos cambios, la responsabilidad que tienen la Administración y el poder judicial en su gestión y el riesgo de que se produzcan disfunciones y conflictos. Algunos de esos problemas son difíciles de medir. Por ejemplo, no se puede cuantificar bien el coste de no ser más influyentes en la fase ascendente del proceso decisorio europeo; en cambio sí era posible compararse de modo objetivo con el resto de Estados miembros en cuanto al cumplimiento de la incorporación de las normas de la UE en el ordenamiento nacional.

En 2007 ya era evidente que España estaba a la cola en la obligación de transposición de directivas, ya fuera por falta total de transposición, transposición tardía, incompleta o inexacta (también hay algunos casos de incumplimiento de reglamentos, decisiones y hasta de los propios Tratados, pero son menos numerosos). Y así, el Informe del Consejo de Estado hace referencia a los datos «ilustrativos que resultan de los sucesivos controles efectuados por la Comisión en relación con el estado de comunicación de las medidas de ejecución nacionales». España compartía entonces datos negativos con otros países meridionales, pero su posición era ya especialmente mala al quedar de forma sistemática en último o penúltimo lugar —en competición con Italia— de los distintos indicadores de cumplimiento y también, en consecuencia, de los rankings de actuaciones formales por parte de la Comisión[1].

2. La situación no ha mejorado en los últimos quince años

El Consejo de Estado incluyó en sus conclusiones una serie de recomendaciones para mejorar la eficacia de España tanto en la fase ascendente de creación del Derecho europeo como en la descendente de inserción, de modo que se tuvieran más en cuenta desde el primer momento los intereses nacionales y se aliviase el problema de mala transposición de las normas. Sin embargo, más de quince años después de que aquel estudio se publicase no parece que la situación haya mejorado. Del mismo modo que la cláusula constitucional de apertura al proceso de integración sigue siendo tan débil como en 2006 (cuando el Consejo

[1] Tampoco era buena la posición de España en otros informes periódicos sobre la puesta en práctica del Mercado Interior o sobre la implementación de las reformas estructurales que componían la llamada «Agenda de Lisboa». En este último caso, fuera del ámbito oficial de la Comisión, puede citarse la clasificación realizada durante la primera década del siglo por el Centre for European Reform: en estudios anuales elaborados entre 2001-2010 (*The Lisbon Scorecard*) advertía de modo recurrente sobre el contraste entre el rápido crecimiento experimentado por España desde mitad de los años noventa, que le acercaba en PIB real per cápita con los países más ricos, y la mala posición que ocupaba en los indicadores de competitividad en sectores de alto valor añadido dado sus niveles muy bajos de gasto en I+D, un sistema educativo atrasado, un entorno empresarial poco propicio a la innovación y un historial mediocre en acción climática.

de Estado diagnosticó la conveniencia de su reforzamiento), otros aspectos de la gobernanza de los asuntos europeos en los que el Consejo de Estado recomendó reformas en 2008 apenas han experimentado mejoras.

En algunos casos, ya sea por la experiencia de la larga recesión económica subsiguiente (2008-2014) que tanto afectó a España o por la complejidad creciente de la UE, los indicadores incluso han empeorado. Por ejemplo, cuando se analizan las estadísticas de cumplimiento del Derecho europeo desde la fecha de publicación del Informe del Consejo de Estado hasta hoy, el rendimiento es muy decepcionante. La Tabla 1 muestra el número de procedimientos de infracción iniciados por la Comisión Europea contra los Estados miembros que estaban abiertos al final de cada año desde 2008 hasta 2022 y España queda en último lugar con mucha frecuencia. Al incluir 2023, que es el último dato disponible, se sitúa ya por detrás de Italia en el acumulado total.

Si se desagregan esos quince años, se observa una ligera disminución de los procedimientos abiertos, pues en 2008 se acercaban a los 150 y más recientemente rozan el centenar, sin que se note aún el nuevo procedimiento de evaluar las propuestas normativas europeas que se adoptó en 2021 y se comenta luego. Sin embargo, la mejora ha sido más acusada y consistente en los otros tres Estados miembros grandes (Alemania, Francia e Italia), que hace quince años no estaban muy por delante de España. De hecho, si se examinan con detalle los dos últimos quinquenios (2013-2017 y 2018-2022), se constata empíricamente que la situación ha empeorado en términos relativos, pues España queda ahora como el peor de todos los Estados miembros en ambos periodos (véanse Tablas 3 y 4).

Es interesante comprobar, además, que se trata de dos momentos con gobiernos de distinto color político —el PP primero y el PSOE después— sin que parezca afectar tampoco a los resultados ni la situación económica ni la coyuntura política (mayorías absolutas, coaliciones frágiles o interinidad). El mal desempeño español es, pues, una nota estructural, de forma que sigue plenamente vigente lo que en 2008 señalaba el Consejo de Estado sobre la necesidad de una revisión profunda del modelo con arreglo al cual se abordan en la actualidad las labores de transposición.

De todos modos, antes de concluir que España es el Estado miembro con peor desempeño en la aplicación del Derecho de la UE y que eso supone un grave problema, conviene hacer tres matizaciones. La primera es una consideración desdramatizadora general cuando se cotejan los procedimientos de infracción abiertos por la Comisión y los que terminan en recursos por incumplimiento. La realidad es que los Estados miembros saben solucionar la gran mayoría de casos que la Comisión identifica como infracciones y el porcentaje que acaba en el Tribunal de Justicia ronda solo el 5 %. En algunas ocasiones simplemente se necesita algo más de tiempo del otorgado por la Comisión para transponer con corrección o implementar efectivamente una determinada norma. Los umbrales

Tabla 1. Procedimientos de infracción al final de cada año y acumulado total desde 2008

Estado miembro	2022	2021	2020	2019	2018	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2010	2009	2008	TOTAL
Croacia*	64	68	56	48	48	56	44	21	10	4	-	-	-	-	-	419
Dinamarca	36	31	31	31	32	28	34	23	26	30	27	37	29	36	48	479
Estonia	41	49	39	30	27	33	30	26	16	25	24	36	40	34	45	495
Lituania	46	51	37	27	33	34	50	33	26	25	22	36	24	28	37	509
Malta	56	52	47	42	39	33	31	24	18	21	26	36	22	30	40	517
Letonia	60	57	46	40	47	35	38	28	26	20	20	23	26	30	35	531
Finlandia	47	48	40	31	32	41	52	31	28	39	43	55	42	37	60	626
Luxemburgo	61	58	46	35	45	44	50	37	36	32	34	48	41	53	73	693
Eslovaquia	70	66	59	48	52	48	41	46	37	38	33	41	38	49	46	712
Eslovenia	76	73	64	53	54	51	53	47	47	47	39	46	33	25	26	734
Suecia	66	60	46	46	48	48	50	42	33	33	36	60	53	58	62	741
Países Bajos	61	53	41	43	47	40	45	38	33	40	41	71	62	58	71	744
Hungría	75	60	61	66	50	48	57	38	44	37	42	54	53	50	47	782
Rumania	75	84	78	64	59	58	57	50	68	47	44	47	36	32	26	825
Chipre	75	75	66	54	67	61	68	47	41	44	43	59	44	31	52	827
Irlanda	67	59	57	61	52	56	53	35	42	38	39	42	58	98	81	838
Bulgaria	90	87	78	74	60	53	55	39	50	42	46	54	44	45	30	847
República Checa	94	85	70	59	67	73	60	46	38	31	36	65	48	60	72	904
Reino Unido*	27	23	97	66	65	49	55	48	54	53	61	76	72	98	98	942
Austria	76	76	74	66	66	62	66	49	53	49	51	65	57	66	79	955
Portugal	91	72	73	61	57	85	84	55	52	51	67	84	98	100	114	1144
Alemania	71	71	79	70	80	74	91	88	68	63	61	76	79	90	107	1168
Francia	72	80	67	59	62	65	83	80	78	77	63	95	95	92	118	1186
Polonia	98	92	80	74	70	70	76	78	79	68	82	95	91	97	103	1253
Bélgica	114	91	81	69	79	81	87	65	80	75	92	117	126	128	139	1424
Grecia	100	102	88	85	76	78	86	82	89	79	81	123	125	137	127	1458
ESPAÑA	100	105	99	85	97	93	91	83	86	90	91	99	109	129	144	1501
Italia	82	102	86	77	70	62	70	89	89	104	99	135	128	151	159	1503

* Croacia se adhirió a la UE en 2013. Reino Unido abandonó la UE en 2020.

Fuente: elaboración propia a partir de los informes sobre el control de la aplicación del Derecho de la Unión, que publica cada año la Comisión Europea.

de cumplimiento de la legislación de europea se sitúan pues en unos parámetros razonables y no existe una patología sustancial, sobre todo si se tienen en cuenta los miles de directivas, reglamentos, decisiones y artículos de los Tratados que forman parte del acervo comunitario (Arregui, 2016).

Las otras dos matizaciones aplican específicamente a España. La primera es de carácter cuantitativo y consiste precisamente en la diferencia que existe al contrastar

Tablas 2 y 3. Posición de España y del resto de Estados miembros en el acumulado de procedimientos de infracción al final de cada año (últimos dos quinquenios)

Estado miembro	Quinquenio 2013-2017
Malta	127
Estonia	130
Croacia*	135
Dinamarca	141
Letonia	147
Lituania	168
Finlandia	191
Países Bajos	196
Luxemburgo	199
Suecia	206
Eslovaquia	210
Hungría	224
Irlanda	224
Bulgaria	239
Eslovenia	245
República Checa	248
Reino Unido	259
Chipre	261
Austria	279
Rumania	280
Portugal	327
Polonia	371
Francia	383
Alemania	384
Bélgica	388
Grecia	414
Italia	414
ESPAÑA	443

* Croacia se adhirió a la UE en 2013

Estado miembro	Quinquenio 2018-2022
Dinamarca	161
Estonia	186
Lituania	194
Finlandia	198
Malta	236
Luxemburgo	245
Países Bajos	245
Letonia	250
Suecia	266
Reino Unido*	278
Croacia	284
Eslovaquia	295
Irlanda	296
Hungría	312
Eslovenia	320
Chipre	337
Francia	340
Portugal	354
Austria	358
Rumania	360
Alemania	371
República Checa	375
Bulgaria	389
Polonia	414
Italia	417
Bélgica	434
Grecia	451
ESPAÑA	486

*Reino Unido abandonó la UE en 2020

Fuente: elaboración propia (ver tabla 1)

su pésima posición en la fase precontenciosa (donde efectivamente se sitúa a la cola del ranking de las infracciones detectadas por la Comisión) y la contenciosa (donde ocupa un lugar más decoroso). Si se atiende a los datos de la Tabla 4, que recoge el número de recursos de incumplimiento ante el Tribunal de Luxemburgo durante el último quinquenio, España queda mejor que Bulgaria, Polonia, Italia, Hungría y Portugal. No obstante, el desempeño sigue siendo manifiestamente mejorable y, de hecho, solo Italia ha acabado recibiendo más condenas desde 2019.

Tabla 4. Los Estados miembros ante el Tribunal de Justicia de la UE

Estado miembro	**Nuevos procedimientos por incumplimiento (2019-2023)**	**Incumplimientos declarados (2019-2023)**
Alemania	6	5
Austria	5	5
Bélgica	5	5
Bulgaria	15	3
Chequia	4	0
Chipre	2	1
Croacia	1	1
Dinamarca	4	1
Eslovaquia	9	4
Eslovenia	5	4
ESPAÑA	11	10
Estonia	2	0
Finlandia	1	1
Francia	2	2
Grecia	9	8
Hungría	12	10
Irlanda	8	7
Italia	11	13
Letonia	4	1
Lituania	0	0
Luxemburgo	2	0
Malta	5	0
Países Bajos	3	3
Polonia	14	8
Portugal	12	4
Reino Unido*	4	5
Rumania	3	3
Suecia	3	2

*Reino Unido abandonó la UE en 2020

Fuente: elaboración propia a partir de los datos estadísticos proporcionados por el TJUE.

Más importancia reviste el matiz cualitativo. El incumplimiento ocasional de España al aplicar internamente sus obligaciones como miembro de la UE nunca ha supuesto un problema grave para el proceso de integración, pues España nunca ha cuestionado los grandes principios y valores que lo sustentan: la primacía del Derecho europeo sobre el nacional, su efecto directo, la responsabilidad de los poderes públicos en caso de incumplimiento, el alcance de la ciudadanía europea o una interpretación poco restrictiva de las competencias cedidas al nivel supranacional. Los ámbitos en los que España tiende a ser denunciada por la Comisión están relacionados con políticas sectoriales, sobre todo de medioambiente y en aspectos técnicos de la implementación del mercado interior.

Pero hechos todos esos matices sobre la conveniencia de analizar sin exageración los problemas de aplicación del Derecho europeo por parte de España, es innegable que la gobernanza actual de la pertenencia a la UE puede mejorar para reducir incumplimientos y aumentar la capacidad de influencia en Bruselas. La recomendación que hacía el Consejo de Estado en 2008 —que a la vista de la situación persistente continúa siendo válida hoy— apuntaba a concebir las fases de toma de decisiones y de incorporación como un único proceso, reforzar la coordinación interministerial, mejorar el procedimiento legislativo de la transposición e introducir mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones aplicables al Estado y a las comunidades autónomas. Apenas ha habido avances.

En la sección 4 se detalla algo más cómo podría abordarse esa mejora del modelo y qué cambios introducir en el funcionamiento actual de las Cortes Generales, la Administración General del Estado y las administraciones autonómicas. Pero antes de hacerlo procede examinar una dimensión tal vez más relevante, atendida a su vez por el Consejo de Estado en su Informe previo de 2006: la conveniencia de reforzar la cláusula constitucional de apertura al proceso de integración.

3. La deficiente base constitucional de la pertenencia a la UE

Las constituciones nacionales de los Estados miembros incluyen artículos que permiten ceder a la UE el ejercicio de competencias soberanas[2]. Esas «cláusulas de apertura» varían en detalle y alcance pero, en general, se caracterizan por: (i) reconocer expresamente la relevancia que tiene el proceso de integración para el proyecto nacional respectivo; (ii) establecer requerimientos y límites para auto-

[2] Aunque en el lenguaje político y periodístico se suele hablar de transferencia de soberanía nacional a la UE, lo que se da en rigor es una atribución a las instituciones europeas del ejercicio de poderes derivados de la soberanía. La soberanía es —y sigue siendo— titularidad del pueblo español, por lo que no se transfiere: como señala Mangas Martín (1991: 601), «quienes soportan las consecuencias de la transferencia son los poderes del Estado que ejercían sus competencias en nombre del pueblo español y por atribución suya».

rizar esa atribución competencial; y (iii) regular los procedimientos para participar en la creación del Derecho europeo y asegurar su posterior cumplimiento.

La evolución general de la base constitucional de la pertenencia, que en un primer momento solía ser parca y sin mención explícita a la construcción europea, es un buen reflejo de cuánto ha evolucionado ésta. Así, hace ya algo más de treinta años, coincidiendo con el Tratado de Maastricht, se inició un proceso en muchos Estados miembros para perfeccionarla recogiendo de forma específica y detallada la trascendencia constitucional de la relación entre la UE y cada Estado miembro. Francia y Alemania representan ejemplos avanzados desde que en 1992 reformaron sus constituciones con ese propósito.

Francia introdujo los arts. 88.1-88.7 (que componen el título XV «De la Unión Europea») en su Constitución. Lo hizo a modo de cláusula de habilitación positiva que permite ir transfiriendo competencias concretas, lo que ha llevado a enmiendas constitucionales posteriores en 1999, 2003 y 2008, al entender que ciertas reformas del Derecho europeo así lo exigían. Alemania, por su parte, añadió el artículo 23 «Europa» en su Ley Fundamental, que funciona como cláusula de habilitación negativa; es decir, permite avanzar en la integración siempre que se respete la subsidiariedad y no afecte al núcleo fundamental de la Constitución alemana (algo jurídicamente indeterminado que corresponde juzgar en última instancia a su Tribunal Constitucional Federal).

La Tabla 5 recoge en qué artículo de cada Constitución nacional se inserta esa cláusula de apertura, detallando si se hace o no con una mención específica al proyecto europeo, así como el umbral de apoyo que se requiere en el parlamento para autorizar la atribución de competencias a Bruselas. Como se puede comprobar, la mayor parte de los Estados miembros ha optado por nombrar a la UE en su texto constitucional, aunque todavía existen ocho —España entre ellos— que optan por un tratamiento genérico. Asimismo, se constata que en casi todos los casos se necesita superar una mayoría cualificada o un referéndum a la ciudadanía para ceder nuevos poderes al nivel supranacional, pero también hay ejemplos —como el de España— de mayorías poco exigentes[3].

El artículo 93 de la Constitución de 1978 consiste todavía en una disposición vaga e incompleta que, si bien ha servido técnicamente para regular la pertenencia española desde 1986, no menciona a Europa ni el porqué de la limitación de soberanía. Además, exige solo la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados para autorizarla y hace una alusión poco precisa a que el cumplimiento del Derecho Europeo corresponde a las Cortes Generales y al Gobierno, olvidando las obligaciones que tienen los demás poderes del Estado: comunidades autónomas, gobiernos locales, poder judicial o Tribunal Constitucional.

[3] En Francia e Irlanda la ratificación de reformas del Derecho primario de la UE solo exige —en teoría— la mayoría simple de ambas cámaras de sus parlamentos. Sin embargo, la regulación práctica de la cláusula de apertura obliga a reformar el texto de la Constitución, de modo que el procedimiento y la mayoría requerida son los mismos que los de una enmienda constitucional.

Tabla 5. Las cláusulas de apertura a la UE
en las 27 constituciones nacionales

Estado miembro	Artículo de la Constitución	Mención expresa a la UE	Mayoría parlamentaria que se exige
Alemania	23	Sí	2/3 en ambas cámaras
Austria	23a-23k	Sí	2/3 en ambas cámaras
Bélgica	34 y 168-169	Sí	mayoría en los parlamentos federal, regionales y de las comunidades
Bulgaria	4.3 y 85.9	Sí	2/3 del parlamento
Chequia	10a, 10b y 39.4	No*	3/5 en ambas camáras
Chipre	1a y 169.4	Sí	mayoría del parlamento
Croacia	140-146	Sí	2/3 del parlamento
Dinamarca	20	No	5/6 del parlamento o referéndum
Eslovaquia	7 y 84	Sí	3/5 del parlamento
Eslovenia	3a	No	2/3 del parlamento
ESPAÑA	93	No*	mayoría absoluta en la cámara baja
Estonia	Ley constitucional 2003	Sí	mayoría del parlamento
Finlandia	93-97	Sí	2/3 del parlamento
Francia	88.1-88.7	Sí	3/5 del parlamento o referéndum
Grecia	28	No*	3/5 del Parlamento
Hungría	E	Sí	2/3 del parlamento
Irlanda	29.4	Sí	mayoría en ambas cámaras y referéndum
Italia	11, 80 y 117	Sí	mayoría en ambas cámaras
Letonia	68 y 79	Sí	mayoría del parlamento o referéndum
Lituania	Ley constitucional 2004	Sí	mayoría del parlamento
Luxemburgo	37, 49bis y 114.2	No	2/3 del parlamento
Malta	65.1	Sí	mayoría del parlamento
Países Bajos	91.3 y 92	No	2/3 en ambas cámaras
Polonia	90	No	2/3 en ambas cámaras
Portugal	7.6 y 8.4	Sí	mayoría del parlamento
Rumania	148	Sí	2/3 del parlamento
Suecia	1:10 y 10:6	Sí	3/4 del parlamento

* Las constituciones checa, española y griega mencionan la UE, pero de modo tangencial.

Fuente: elaboración propia

El único intento serio de reformar la Constitución para europeizar su contenido se produjo a partir de 2004, a iniciativa del Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero, pero fracasó por falta de consenso interior y el propio descarrilamiento del Tratado Constitucional Europeo[4]. Es cierto que en la reforma del artículo 135, aprobada en 2011, se introdujo una mención específica a Europa, pero no se conectó a la cláusula de apertura sino que se insertó a propósito de una cuestión tangencial. De hecho, aquella reforma precipitada y con el fondo controvertido de la estabilidad presupuestaria en un momento de crisis económica más bien agravó el problema de la deficiente regulación constitucional.

La falta de desarrollo del artículo 93 genera inseguridad jurídica y problemas de coherencia entre el derecho nacional y el europeo. El control de la compatibilidad entre la Constitución y el Derecho de la UE puede ser interpretado por el Tribunal Constitucional de forma rígida, como pasó en 1992 cuando obligó a extender la posibilidad de derecho de sufragio pasivo a todos los extranjeros, aunque el Tratado y el poder constituyente solo deseaban otorgarlo a los ciudadanos de la UE. Pero es casi mayor el peligro de una interpretación demasiado elástica que lleve a una mutación de facto del texto, sin pasar por un procedimiento formal de reforma, lo que socava la vigencia y la integridad del marco constitucional.

Una reforma del artículo 93 debería incluir una mención al compromiso de España con los ideales del proyecto europeo, aumentar la mayoría exigida para autorizar la transferencia de competencias, establecer otras condiciones claras (e incluso límites) y detallar el papel de las distintas instituciones en la aplicación del Derecho europeo. Esta reforma fortalecería la base jurídico-política de la participación española en la UE y resolvería las actuales ambigüedades y debilidades del sistema.

Se ha sugerido, en todo caso, dejar igual que ahora la primera frase para que pueda servir a organizaciones internacionales distintas de la UE que exijan también ceder partes del ejercicio de la soberanía (como ya pasó con la Ley Orgánica 6/2000, de ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional). En cambio, no hay duda que la segunda frase del actual artículo 93 necesita una reforma que sí haga mención expresa a Europa y tal vez a sus grandes áreas de actuación: mercado interior, euro, asuntos de justicia e interior y política exterior y de defensa (Mangas Martín, 2018).

[4] Ese intento se canalizó a través del citado primer Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional, que además incluía trabajos académicos (véase en particular López Castillo, 2006).

4. Debilidades en la elaboración y aplicación de la política europea de España por parte del Gobierno, las Cortes Generales y las comunidades autónomas

El análisis de las deficiencias del modelo actual de gobernanza de la relación entre España y la UE debe comenzar por el Gobierno, que dirige la política europea y se sitúa en la cúspide de la Administración General del Estado. El Informe del Consejo de Estado de 2008 identificó la existencia en el poder ejecutivo de carencias procedimentales y orgánicas, así como de debilidades en la coordinación interministerial que afectaban tanto a la participación española en la toma de decisiones como en la del cumplimiento posterior. Muy en concreto se aconsejaba asegurar que, al negociar el contenido de las normas europeas, los representantes de la Administración velasen porque se recogiese adecuadamente las necesidades españolas para que su aplicación posterior no resultase injustificadamente compleja o disfuncional.

Lo cierto es que la coordinación gubernamental en España de la política europea tiene fortalezas acreditadas desde un punto de vista comparativo: la participación en el Consejo Europeo se beneficia de la estabilidad de los presidentes del Gobierno (solo el canciller federal alemán y los primeros ministros de Luxemburgo y Países Bajos tienen una permanencia media mayor), su nítida jerarquía dentro del sistema político y la progresiva conformación de una sólida estructura de apoyo en Moncloa. Otro punto fuerte es la Representación Permanente (REPER), relativamente bien conectada con los demás jugadores en Bruselas (Comisión, eurodiputados españoles, resto de Estados miembros y grupos privados), con una elevada dotación de medios humanos y una interlocución razonable tanto con Presidencia del Gobierno como con los distintos ministerios a la hora de adoptar y negociar posiciones nacionales.

Las flaquezas recaen más bien en las dos estructuras de coordinación de las políticas sectoriales: la estructura departamental que es la Secretaría de Estado para la Unión Europea (SEUE) y la colegiada que es la Comisión Interministerial para Asuntos de la Unión Europea (CIAUE), ambas incardinadas en el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.

La SEUE está integrada por personal proveniente de distintos ministerios especializados, lo que le permite en teoría desarrollar una función transversal efectiva. Sin embargo, el sistema ha experimentado una disminución en su capacidad centralizadora debido a varios factores. Primero, la progresiva europeización de casi todos los ministerios, que gestionan ahora directamente las negociaciones a través de sus consejeros en la REPER o con funcionarios desplazados, reduciendo el papel de la SEUE en la relación Madrid-Bruselas. Segundo, la dinámica del Consejo de la UE, que opera bajo múltiples configuraciones, favorece

la departamentalización, de modo que la decisión final sobre la posición española en asuntos que afectan a varios ministerios la toma el ministerio responsable del consejo sectorial correspondiente, no la SEUE. Las reformas administrativas de 1996 y 2010, orientadas a medidas de austeridad burocrática, han sido un tercer factor de reducción del papel coordinador de la SEUE. Finalmente, la relativa debilidad del Ministerio de Asuntos Exteriores dentro del poder ejecutivo español también ha contribuido a la pérdida de centralización.

En la actualidad, la dirección política de los temas europeos recae principalmente en el presidente del Gobierno y, crecientemente desde 2011, en el Ministerio de Economía. Para reforzar a la SEUE se ha recomendado, aparte de aumentar sus recursos humanos, la posible adscripción al entorno de la jefatura del Gobierno, como ocurre en Francia y otros Estados miembros[5]. Pese a sus limitaciones, la SEUE sigue desempeñando funciones cruciales como la coordinación de los asuntos generales de la UE, el seguimiento de las políticas sectoriales y la toma de decisiones en asuntos jurídicos, además de mantener una relación constante con la REPER.

La CIAUE, por su parte, tiene el propósito de coordinar la postura de España en asuntos europeos que afecten a varios departamentos. Sin embargo, la escasa tradición de los órganos colegiados interministeriales en España, la participación de cargos administrativos de poco rango y su gran número de miembros limitan su eficacia y relevancia política. En la práctica, grupos de trabajo ad hoc, relaciones informales y contactos personales suelen ser más eficaces para la coordinación[6]. Además de la CIAUE, existe la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, que se reúne semanalmente y está compuesta por ministros y secretarios de Estado. También la Comisión General de Subsecretarios y el Consejo de Ministros podrían dedicarse a asuntos europeos pero son foros demasiado formalizados y normalmente tardíos para introducir coordinación efectiva.

En comparación con otros Estados miembros, España tiene un sistema de coordinación descentralizado de los asuntos europeos debido a la naturaleza frag-

[5] El Informe del Consejo de Estado de 2008 propone una SEUE con doble dependencia: del Ministerio de la Presidencia en lo relativo a la coordinación interministerial y del Ministerio de Asuntos Exteriores en lo relativo a la dimensión externa de la integración. Su papel reforzado trataría de ejercer «el arbitraje final entre posturas no coincidentes entre distintos ministerios sectoriales» y entre comunidades autónomas [véase el trabajo de Molina (2008) que se publicó como acompañamiento a ese Informe].

[6] Para sortear los problemas de coordinación colegiada que presenta la CIAUE el Informe del Consejo de Estado de 2008 propone crear una «Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Europeos —con plena capacidad decisoria— encabezada por una Vicepresidencia del Gobierno e integrada como núcleo permanente por los titulares de los Ministerios de la Presidencia, de Economía y Hacienda, de Asuntos Exteriores y de Administraciones Públicas, a los que se añadirían otros, en una composición flexible, en función de los concretos asuntos a tratar en cada caso». Eso se acompañaría en cada Ministerio con la creación o el reforzamiento de una unidad, con rango y medios adecuados, para coordinar, intradepartamental e interdepartamentalmente, los asuntos relacionados con la UE.

mentada de la Administración General del Estado y a su modelo territorial compuesto. No obstante, cuando se identifica una prioridad clara, el presidente del Gobierno y otros actores clave han demostrado ser eficaces a la hora de reunir y utilizar los recursos políticos que aseguren la unidad de actuación en la política europea. Esta capacidad de adaptación y eficacia en contextos específicos ha permitido a España mantener una influencia significativa en las negociaciones en Bruselas, a pesar de las limitaciones estructurales de su sistema administrativo. El 23 de febrero de 2021 el Consejo de Ministros aprobó un nuevo procedimiento que obliga a cada ministerio afectado por una iniciativa regulatoria de la Comisión a realizar un «Estudio de Impacto sobre las Propuestas Legislativas Europeas» (EIPLE). Esto ha podido ayudar a mejorar algo la negociación y transposición de las normas europeas pero, cuatro años después de su puesta en marcha, no ha servido para resolver el mal desempeño comparativo de España en la aplicación del derecho de la UE.

Por lo que se refiere a las Cortes Generales existe amplio margen de mejora en su participación en asuntos relativos a la UE. Desde 1986 el parlamento español ha traspuesto numerosas directivas y ha debatido mucho sobre la integración europea, pero no ha destacado en moldear la posición española en Bruselas ni en vigilar el cumplimiento del Derecho europeo. En las ratificaciones de las reformas del Derecho originario o de otros tratados vinculados a la política comercial de la UE las Cortes nunca han tenido posición distinta a la del Gobierno. Esa falta de protagonismo se debe sobre todo a los rasgos generales del sistema político español, donde el ejecutivo controla la agenda legislativa, y al consenso dominante entre los partidos españoles respecto a la UE, que hace a este tema poco atractivo para el debate parlamentario.

En vez de un funcionamiento separado en ambas cámaras, existe una Comisión Mixta Congreso-Senado para la Unión Europea. La regulación de esta comisión se encuentra en diversas leyes (Ley 8/1994, Ley 24/2009 y Ley 38/2010), que han ido reforzando relativamente su papel de vigilancia al Gobierno antes y después de la toma de decisiones en el Consejo de la UE[7]. La Comisión Mixta ejerce también funciones de control del principio de subsidiariedad desde 2010 y puede elaborar dictámenes motivados si considera que se vulnera. En el seno de la Comisión Mixta se celebran además comparecencias periódicas del secretario de Estado para la UE y esporádicas de otros miembros del Gobierno. En la práctica, estos debates, controles y audiencias no han limitado significativamente la libertad del Gobierno español para dirigir la política europea ni ha habido tampoco una europeización significativa del resto de comisiones parlamentarias especializadas.

[7] No obstante, la Comisión Mixta dispone de recursos humanos y materiales muy limitados, con solo tres letrados y menos de cinco administrativos. Eso impide que organice desplazamientos de expertos o autoridades extranjeras; la mayoría de sus audiencias se concentran en académicos españoles y embajadores en Madrid.

Mayor visibilidad tienen los debates plenarios tras las reuniones del Consejo Europeo. Aunque estos plenos escrutan la postura española en la UE suelen ser usados para el lucimiento del presidente del Gobierno y a menudo se celebran con retraso. Los intentos de control previo a las reuniones del Consejo Europeo no se han institucionalizado. Las Cortes también pueden hacer preguntas orales y escritas, elaborar informes y crear subcomisiones especializadas. La aplicación de estos instrumentos no es sistemática ni vinculante y suelen adoptarse sin mucho debate ni votación. Las preguntas y mociones no legislativas sobre acciones del Gobierno en la UE han aumentado en los últimos años, pero representan una pequeña proporción de las iniciativas parlamentarias generales. Y las subcomisiones creadas para tareas específicas suelen recopilar información más que controlar al Gobierno. Lo que sí ha adquirido algo más de relevancia han sido las comparecencias de autoridades europeas (incluyendo comisarios o responsables del Banco Central Europeo).

Por último, la cooperación interparlamentaria con diputados de otros Estados miembros y del Parlamento Europeo ha sido limitada, aunque ha aumentado con la introducción del Semestre europeo y la participación en la Conferencia de los Órganos Especializados en Asuntos de la Unión (COSAC). Asimismo, y aunque fue bastante más tarde que el resto de Estados miembros, las Cortes crearon una oficina de representación en Bruselas/Estrasburgo en 2010 para facilitar la comunicación con el Parlamento Europeo y otros parlamentos nacionales.

Pese a los avances, las Cortes siguen teniendo un papel menor en la elaboración y cumplimiento del Derecho europeo en comparación con otros parlamentos nacionales. No aspiran a ser un «actor europeo» ni un «actor nacional» en asuntos de la UE, sino que se conforman con una influencia informal sobre el Gobierno y a darle legitimidad en sus pretensiones negociadoras. Para mejorar su papel, las Cortes podrían reforzar su capacidad de control, tanto retrospectivo como prospectivo. Esto implicaría estrategias informales de cooperación con el Gobierno, una mejor comunicación pública de los debates, aumentar los medios humanos (quizá instalando un centro de análisis propio sobre la UE) y fortalecer la relación con los eurodiputados españoles, otros parlamentos nacionales y las instituciones europeas (Kölling y Molina, 2015).

Las comunidades autónomas son actores claves para entender la gobernanza de la pertenencia española a la UE. La inclusión de entes subestatales con capacidad normativa en la función europea de los Estados miembros ha sido una tarea compleja y diversa, que ha tenido más desarrollo en la aplicación que en la elaboración de las normas. El Tratado de Maastricht institucionalizó la participación regional en los asuntos europeos, a instancias de Bélgica y Alemania y con escaso entusiasmo español. Desde entonces, y ante las limitaciones de una «Europa de las regiones», los entes subestatales buscaron reforzar su influencia en los proce-

dimientos nacionales de toma de decisiones europeas, intentando codeterminar la posición del Estado miembro. Esta estrategia ha sido más defensiva desde la gran ampliación y la posterior «policrisis», enfatizando la protección de la subsidiariedad. El sistema es inestable, con algunas regiones usando incluso su pertenencia a la UE para desafiar su permanencia en un Estado miembro. Los casos de Escocia y Cataluña son los más destacados.

En cualquier caso, los amplios poderes de las comunidades las convierten en cruciales para influir en la posición española ante los procesos normativos europeos y, sobre todo, en la aplicación de las normas. Aunque en los años 80 no se prestó atención a la participación autonómica en temas europeos, las demandas de gobiernos nacionalistas y con mayores recursos, como Cataluña y el País Vasco, llevaron al Gobierno central a ir adoptando prácticas federales para permitir la participación colectiva en materias que afectaban a sus competencias autonómicas. Las comunidades crearon además unidades administrativas internas para gestionar los asuntos europeos.

A partir de 1989 se utilizaron las conferencias sectoriales para coordinar a Estado y gobiernos territoriales en las distintas políticas europeizadas. En 1994 se alcanzó un acuerdo para considerar las posiciones de las comunidades autónomas en la formación de la posición nacional en competencias exclusivas. En 1997 se introdujo un consejero autonómico en la REPER y se codificó la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE, ahora CARUE) como foro de coordinación. La CARUE, multilateral, es un foro funcional que incluye representantes de todas las comunidades y del Gobierno central. Los Estatutos de Autonomía revisados entre 2006 y 2010 regularon detalladamente las competencias autonómicas en asuntos de la UE.

En 1996 las comunidades autónomas obtuvieron participación en comités de expertos de la Comisión Europea, ampliándose a más de 150 comités en 2018. Desde 2004 pueden participar también en grupos de trabajo y formaciones del Consejo en competencias autonómicas, aunque defendiendo una posición común del Estado. En diciembre de 2018 se estableció que en las reuniones del Consejo el consejero autonómico se siente junto al ministro del Gobierno central y que éste le dé siempre la palabra para intervenir si se están debatiendo cuestiones que afecten a competencias autonómicas y existe una posición común autonómica que expresar (salvo en casos excepcionales y motivados). Hoy, por tanto, las comunidades pueden representar a España en comités de la Comisión y en reuniones del Consejo, para aquellas materias donde tienen competencia exclusiva. Todas las comunidades tienen delegaciones en Bruselas, cuya constitucionalidad fue confirmada por el Tribunal Constitucional en 1994, aunque seis de las diecisiete utilizan las instalaciones propias de la REPER en Bruselas. También participan en el Comité de las Regiones.

Es indudable que la complejidad del Estado autonómico ha contribuido a los incumplimientos del Derecho de la UE por parte de España. Sin embargo, las infracciones atribuibles a las comunidades autónomas son menores que las que corresponden a la Administración General del Estado. El Informe del Consejo de Estado de 2008 aconsejó reforzar al Estado frente a las comunidades en caso de incumplimiento de obligaciones europeas (introduciendo el poder sustitutivo cuando no haya transposición autonómica en plazo y repercutiéndoles las consecuencias económicas derivadas de un incumplimiento) y también mencionaba la posibilidad de recurrir a las leyes de armonización para evitar que la diversidad de normas autonómicas al aplicar el Derecho europeo lesionase el interés general. Estas recomendaciones con aroma centralizador le han hecho merecer críticas por parte de algunos autores (Arzoz, 2013). En 2010, el Consejo de Estado publicó otro Informe específicamente orientado a reducir el incumplimiento autonómico de las normas de la UE donde se recomendaba crear un mecanismo de repercusión de responsabilidades. Esa sugerencia fue asumida por la Ley Orgánica 2/2012, que justo desarrollaba el antes mencionado artículo 135 reformado de la Constitución sobre estabilidad presupuestaria. El Real Decreto 515/2013 reguló el procedimiento y desde entonces el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas publica un informe anual con las sanciones europeas y quiénes deben asumirlas, bien la Administración del Estado, bien una determinada comunidad autónoma.

5. Los tribunales de justicia españoles en la aplicación y control del Derecho europeo

No es posible repasar las dimensiones de la gobernanza española de la pertenencia a la UE sin hacer alusión, siquiera breve, al poder judicial y al Tribunal Constitucional. Los datos disponibles muestran que los jueces españoles han aceptado mayoritariamente su papel al aplicar el Derecho de la UE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Su europeización se manifiesta a través de sus experiencias diarias, su conocimiento de las normas europeas y la aceptación de las consecuencias que comporta aplicarlas (sobre todo en la jurisdicción contencioso-administrativa). No obstante, se ha observado la necesidad de refuerzos (por ejemplo, las redes judiciales) y de recursos telemáticos para capacitar o facilitar a los jueces su labor como juez descentralizado del sistema judicial de la UE. Resulta especialmente significativo que, según los resultados de una encuesta, los jueces españoles confían más por regla general en las instituciones judiciales europeas que en el Tribunal Supremo y el Constitucional (Mayoral Díaz-Asensio, Berberoff y Ordóñez. 2013).

Las estadísticas de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia que se muestran en la Tabla 6 colocan a España como el tercer Estado en número abso-

luto de cuestiones planteadas (solo por detrás de Alemania e Italia), aunque una medición que tenga en cuenta el tamaño de los distintos miembros le deja en una posición menos brillante; pero aun así a la par o por delante de todos los países mediterráneos (Chipre, Grecia, Francia, Italia y Malta).

Tabla 6. Número de cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces y tribunales nacionales

Estado miembro	**Número de cuestiones prejudiciales 2018-2022**	**Cuestiones prejudiciales per cápita**
Alemania	536	6,35
Italia	291	4,94
España	237	4,93
Austria	193	21,2
Polonia	184	5,00
Bélgica	180	15,31
Bulgaria	173	26,83
Rumania	159	8,34
Francia	140	2,06
Países Bajos	136	7,64
Hungría	104	10,84
Portugal	94	8,98
Irlanda	52	10,01
Letonia	50	26,55
Chequia	47	4,34
Lituania	41	14,35
Finlandia	36	6,47
Eslovaquia	31	5,71
Suecia	31	2,95
Croacia	26	6,75
Dinamarca	20	3,37
Luxemburgo	20	30,3
Eslovenia	16	7,56
Grecia	16	1,53
Estonia	14	10,25
Chipre	2	2,17
Malta	1	1,84

Fuente: elaboración propia a partir de los datos estadísticos proporcionados por el TJUE.

Un juicio algo más ambiguo merece el Tribunal Constitucional, con una jurisprudencia a veces discutible (véase lo ocurrido en la antes mencionada reforma constitucional de 1992), que se ha resistido a dialogar con el Tribunal de Luxemburgo y que ha sido tradicionalmente reacio a convertirse en juez del derecho europeo; es decir, a considerar como parámetro de la constitucionalidad a las normas del derecho de la UE (Martín Rebollo, 2016). No obstante, su Declaración 1/2004, sobre el nonato Tratado Constitucional o la aceptación a partir de 2011 de la posibilidad de plantear él mismo una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia (por el llamado Caso Melloni) son muestras de una evolución europeizadora.

6. Conclusiones

Este capítulo ha abordado las deficiencias existentes en la gobernanza de la política europea de España, que fueron diagnosticadas hace ya bastantes años sin que se hayan remediado en todo este tiempo. El análisis de esta problemática debe realizarse sin dramatismo, pues el balance general que arroja la participación de España en el proceso de integración europeo es muy positivo. Pero es precisamente la gran trascendencia de la relación con la UE la que aconseja acometer las reformas que se han identificado como convenientes.

No resulta propio del cuarto Estado miembro más importante tener la cláusula constitucional de apertura a la UE menos sólida de entre todos los Veintisiete, sin menciones a los valores e ideales europeos, sin límites a la atribución de competencias y con una mayoría parlamentaria muy poco exigente que la regula. La modificación urgente del artículo 135, introduciendo en 2011 una mención periférica y poco amable a la UE a propósito de los márgenes máximos de déficit público, ha acentuado la necesidad de detallar y reforzar esa regulación constitucional de la pertenencia española.

Por otro lado, los datos que arrojan de modo sostenido una mediocre aplicación del Derecho europeo por parte de España abonan la necesidad de acrecentar la coordinación de la Administración General del Estado (tanto en la fase ascendente de decisión como en la descendente de aplicación, que deben ser concebidas como un único proceso), fomentar la participación parlamentaria en la política europea e introducir mecanismos más eficaces de control del cumplimiento de las obligaciones que sean aplicables tanto al Estado como a las comunidades autónomas.

Bibliografía

Arregui, Javier (2016). *¿Es España un Estado miembro especialmente incumplidor en la implementación de la legislación europea?* Madrid, Real Instituto Elcano.

Arzoz Santisteban, Xabier (dir.) (2013). *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics.

Kölling, Mario; Molina, Ignacio (2015). «The Spanish National Parliament and the European Union: Slow Adaptation to New Responsibilities in Times of Crisis», en C. Hefftler; C. Neuhold; O. Rozenberg; J. Smith (dir.): *The Palgrave Handbook of National Parliaments and the European Union*. Houndmills, Palgrave Macmillan.

López Castillo, Antonio (2006). «A propósito de la proyectada articulación de una cláusula europea en la CE (propuesta y apuntes para el debate)», en F. Rubio Llorente y J. Álvarez Junco (ed.): *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Consejo de Estado.

Mangas Martín, Araceli (1991). «La Constitución y la Ley ante el Derecho Comunitario (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento Europeo)», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 18(2).

— (2018). «De la cláusula sin nombre a la identidad europea de España», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 95.

Martín Rebollo, Luis (2016). «Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del Derecho europeo y su control», *Revista de Administración Pública*, núm. 200.

Mayoral Díaz-Asensio, Juan Antonio; Berberoff; Dimitry; Ordóñez, David (2013). «El juez español como juez de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 48.

Molina, Ignacio (2008). «Coordinación administrativa y capacidad gubernamental en el proceso normativo comunitario», en F. Rubio Llorente (ed.): *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/ Consejo de Estado.

Piedrafita, Sonia; Steinberg, Federico; Torreblanca, José Ignacio (2006). *20 Años de España en la Unión Europea (1986-2006)*. Madrid, Real Instituto Elcano.

Rubio Llorente, Francisco; Álvarez Junco, José (ed.) (2006). *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates*

académicos. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/ Consejo de Estado.

Rubio Llorente, Francisco (ed.) (2008). *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/ Consejo de Estado.

ESPAÑA Y LA AGENDA INTERNACIONAL DE DESARROLLO

Iliana Olivié
Profesora titular de Economía Aplicada de la Universidad Complutense de Madrid

Introducción

Este texto analiza la forma en la que España se ha relacionado históricamente y se relaciona, en la actualidad, con la agenda global de desarrollo. Esta relación, que se remonta a finales de los años setenta, es bidireccional. Por una parte, España incorpora internamente dicha agenda y, para ello, diseña unas instituciones y un sistema de gobierno. Por otra parte, aunque en mucha menor medida, España contribuye, o trata de contribuir, a la misma.

Los dos primeros epígrafes de este artículo ofrecen un recorrido histórico por la cooperación española, desde sus orígenes hasta mediados de la década pasada. En la tercera sección se describe, en relación con lo anterior, el perfil de España como donante que es el de un *policy taker* (más que un *policy maker*) con la incorporación relativamente acrítica de la agenda internacional de desarrollo elaborada por el conjunto de la comunidad internacional, y esto en línea con los objetivos de la transición a la democracia.

Los siguientes epígrafes detallan la actual agenda de desarrollo, la Agenda 2030, que incorpora, entre otros, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) aprobados en 2015 y que se deberían alcanzar en 2030. Se analiza, en el epígrafe cuarto, la transición de la anterior agenda, de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) a la actual y, en el quinto, la forma en la que España incorpora la Agenda 2030. El último apartado concluye y ofrece una serie de recomendaciones.

1. Origen y primeros años de la ayuda española[1]

España pasó de ser receptor de ayuda oficial al desarrollo (AOD) a donante en un período relativamente corto de tiempo y en el contexto de su transición a la democracia y vuelta a la comunidad internacional.

De hecho, en su origen se simultanearon ambos roles. Mientras, en 1976, se creaba el Fondo de Ayuda al Desarrollo (FAD) y la Comisión Interministerial de Ayuda al Desarrollo, España era todavía considerada un país de renta media y, por tanto, susceptible de recibir ayuda al desarrollo según la clasificación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Cuando el partido socialista de Felipe González llegó al poder en 1982, las actividades de España en materia de cooperación al desarrollo ascendían a 500 millones de dólares, según datos de la OCDE. Consistían principalmente en préstamos ligados —esto es, sujetos a la compra de bienes y servicios españoles por parte de los receptores de ayuda— financiados por el FAD y gestionados por el Ministerio de Comercio con el apoyo de las oficinas comerciales de las embajadas españolas. En la segunda mitad de los ochenta, se produjeron una serie de avances institucionales que anticiparon un aumento significativo del volumen de ayuda española como la publicación del primer Plan Anual de Cooperación Internacional (PACI) en 1986 —documento que debería marcar las directrices de la ayuda española— y la creación de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) en 1988. El decreto de creación de la AECI presentaba dos objetivos multidimensionales: fomentar el crecimiento económico y el progreso social, así como el desarrollo cultural, institucional y político de los países en desarrollo, principalmente los de origen hispano, por una parte; y, por otra parte, favorecer el estrechamiento de los lazos de entendimiento mutuo y cooperación entre los países, principalmente los latinoamericanos y los pertenecientes a las Comunidades Europeas (Real Decreto 1527/1988, de 11 de noviembre, por el que se reestructura la Secretaría de Estado para la Cooperación Internacional y para Iberoamérica). A estos desarrollos se sumó una comisión parlamentaria en 1992 que reconocía la obligación de España de avanzar hacia el objetivo de la ONU de dedicar el 0,7 % de la Renta Nacional Bruta (RNB) a la AOD.

La primera legislatura del gobierno del Partido Popular (PP) presidido por José María Aznar se acompañó por restricciones presupuestarias que afectaron al crecimiento de la ayuda. Sin embargo, durante el segundo mandato de Aznar, a principios de la década de 2000, se inició el movimiento hacia el objetivo del

[1] Este epígrafe y el siguiente sintetizan el recorrido histórico de la cooperación española recogido en Olivié y Pérez (2020).

0,7 % mediante el establecimiento de objetivos intermedios, anunciados en declaraciones públicas realizadas en la Conferencia de Monterrey sobre Financiación del Desarrollo y en el Consejo Europeo de Barcelona. En consecuencia, esta administración aumentó considerablemente los presupuestos de ayuda a partir de 2000.

Además, la arquitectura institucional de la política de ayuda española se vio reforzada por la Ley 23/1998 de Cooperación Internacional para el Desarrollo y el primer plan director de la cooperación española 2001–2004. Aunque esta legislación cubría principalmente los aspectos institucionales de la política, los motivos de la ayuda recibieron una nueva exposición. El preámbulo de esta ley declaraba la cooperación al desarrollo como una faceta de la acción exterior de los Estados democráticos, ofreciendo también una vaga declaración sobre la relevancia de la solidaridad en una sociedad internacional interdependiente. Dicha declaración incluía una referencia a un principio constitucional español sobre las relaciones pacíficas y la cooperación eficaz entre los pueblos de la Tierra. Otro artículo de la ley centrado en los principios recordaba la idea de solidaridad y profundizaba en el concepto de desarrollo, refiriéndose a la sostenibilidad, la equidad, la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como al cumplimiento de los compromisos adoptados en los foros internacionales.

Por su parte, el primer plan director recordaba el principio de solidaridad de la citada ley y declaraba la erradicación de la pobreza como el objetivo primordial de la cooperación española, buscando explícitamente el alineamiento con las tendencias dominantes en la comunidad internacional de donantes. El plan también repasaba la historia de la ayuda española. Mencionaba la transición del país de receptor a donante, su entrada en el comité del CAD y su posición entre los proveedores de AOD, relacionando estos logros con la integración del país en la UE, la OTAN, la Organización Mundial del Comercio (OMC) y las cumbres de la ONU.

Tanto la ley como el plan argumentaban además que la ayuda internacional en España estaba respaldada por un amplio consenso político y social y esto, al calor del Pacto por la Solidaridad firmado por todos los grupos parlamentarios en 1996, refrendando el compromiso del 0,7 %. El acuerdo internacional sobre el objetivo del 0,7 % fue la bandera que enarboló aquella iniciativa ciudadana durante la década de 1990. Este movimiento comenzó con un pequeño grupo de ciudadanos en Madrid que recogieron 6.000 firmas para una petición al Parlamento de incluir un gasto en AOD del 0,7 % de la RNB en los Presupuestos Generales del Estado. Poco a poco, el movimiento atrajo el apoyo de ONG formales, otros ciudadanos y medios de comunicación, mediante manifestaciones masivas y acampadas permanentes frente a edificios oficiales. Se sumaron huelgas

de hambre que tuvieron un fuerte impacto en la opinión pública. Cuando finalizaron estas movilizaciones en 1996, los grupos parlamentarios habían firmado dicho Pacto.

La respuesta o influencia de la comunidad internacional en la ayuda española puede leerse a través de la revisión por pares del Comité de Ayuda al Desarrollo (CAD) de la OCDE, un sistema periódico de evaluación entre Estados miembro orientado a la mejora de la ayuda al desarrollo de los donantes tradicionales. Si bien la evaluación de España de 1998 instaba a que se produjeran algunos cambios (particularmente en los créditos FAD), se reconocían los esfuerzos en materia presupuestaria y en la consolidación de un marco político e institucional.

En esta misma línea, cuatro años más tarde, una segunda revisión elogiaba la cooperación española por sus notables progresos en el establecimiento de la reducción de la pobreza como objetivo general de su política, así como por considerar la igualdad de género y el medio ambiente como prioridades de integración, por centrarse de nuevo en las necesidades sociales básicas y por lanzar un nuevo programa de microfinanciación. Esto es, se felicitaba por el alineamiento de la ayuda española con el que era en aquel momento el consenso de la comunidad internacional en materia de desarrollo, materializado en los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM). En cuanto al esfuerzo financiero, el CAD consideró que el 0,22 % de ratio AOD/RNB desembolsado por España, si bien lejos del compromiso del 0,7, podía considerarse acorde con el nivel del donante en renta per cápita.

No obstante, al mismo tiempo, la revisión del CAD de 2002 señalaba que España debería alinear mejor sus principios y objetivos con la reducción de la pobreza y, en este sentido, también animaba a reflexionar en profundidad sobre las contribuciones de la cooperación española a la reducción de la pobreza en los países de renta media, en una clara referencia a lo que se consideraba una excesiva focalización de la ayuda española en América Latina.

2. La cooperación española desde mediados de los 2000

José Luis Rodríguez Zapatero asumió el poder en el contexto de la guerra de Irak, que marcó el fin de un consenso total en materia de política exterior por parte de los principales partidos españoles. Zapatero decretó pronto la retirada del apoyo español a las operaciones militares en ese país y declaró la vuelta de España al multilateralismo. En el ámbito de la ayuda, elevó el perfil de la política, haciendo ajustes en los nombres de sus principales instituciones y aumentando significativamente los presupuestos de AOD y los compromisos a largo plazo con vistas al objetivo del 0,7.

El segundo plan director de la cooperación española 2005-2008 (el primero de un gobierno socialista) profundizó en la narrativa de su predecesor y declaró la erradicación de la pobreza como un imperativo ético universal. Este plan se refería a la Declaración del Milenio y a los acuerdos alcanzados en la ONU en términos generales, acreditándolos como marcos para el nuevo plan director. La cooperación española reiteraba su compromiso del 0,7 (0,5 en esa legislatura) y hacía suyos los criterios del CAD de destinar el 20 % de la ayuda bilateral a los países menos desarrollados y el 20 % a necesidades sociales básicas.

En esos años, la ONG española Plataforma 0,7 % impulsaba un nuevo Pacto de Estado contra la Pobreza, firmado por los principales partidos políticos en 2006. Al igual que el plan director, el Pacto declaraba que la ayuda era un imperativo ético y reconocía la importancia de los compromisos internacionales asumidos por España a lo largo de su trayectoria democrática. A estos dos principios se sumaban referencias a los ODM y a la meta de erradicación de la pobreza.

Inmediatamente después del estallido de la crisis financiera internacional, se adoptó el tercer plan director 2009-2012. En su preámbulo, el presidente del Gobierno reforzaba la narrativa de los planes anteriores haciendo referencia a la Declaración del Milenio y presentando la AOD como un imperativo ético. También se refería a la crisis financiera, destacando sus efectos sobre las poblaciones más vulnerables, y ratificaba el compromiso del país con la ayuda y su orientación hacia la erradicación de la pobreza. Se consideraba aquí que la cooperación al desarrollo se había convertido en parte de la identidad de España, aumentando la legitimidad del país para intervenir en los foros internacionales.

Mientras tanto, las revisiones por pares del CAD seguían lanzando mensajes esencialmente positivos acerca de la cooperación española. La revisión de 2007 elogiaba la meta del 0,7 a la vez que aplaudía varios elementos del plan director vigente en ese momento: el nuevo compromiso con el África Subsahariana, reflejando una mayor atención a la pobreza o una ayuda multilateral mayor y más estratégica. Por su parte, la revisión publicada en 2011, cuando ya eran perceptibles las consecuencias fiscales de la Gran Recesión, seguía reconociendo los progresos cuantitativos y cualitativos de la ayuda española y el mantenimiento del objetivo del 0,7 a pesar de las circunstancias económicas.

Y es que ya a inicios de los años 2010, en el segundo mandato de Rodríguez Zapatero, el mismo gobierno (mismo presidente, mismo ministro) inició la reducción de los presupuestos de ayuda, con un recorte de más de 2.000 millones de dólares en dos años, según datos de la OCDE. Los recortes de la ayuda fueron una de las respuestas a la crisis financiera y a las presiones internacionales para que España aplicara la contención fiscal. No obstante, la revisión del CAD insistía en que la cooperación al desarrollo de España estaba impulsada por el compromiso de la lucha contra la pobreza.

De este modo, el presidente Mariano Rajoy asumía en 2011 la misión de impulsar la economía española mediante políticas presupuestarias restrictivas. En aquel momento, las dificultades económicas de España figuraban entre los principales retos del sistema financiero mundial, por lo que se aplicaron restricciones presupuestarias vigiladas por las instituciones europeas y el Fondo Monetario Internacional. Este difícil contexto fue considerado en el preámbulo del cuarto plan director 2013-2016 (el primero adoptado en el periodo de crisis), que anunciaba la continuidad en el enfoque global de la política de ayuda y la recuperación de los compromisos financieros de España a largo plazo. Sin embargo, el posterior quinto plan director 2018-2021 (publicado tras un recorte del 75 % del presupuesto de ayuda que hizo caer a España a la 25ª posición en el ranking de donantes) no incluía ya tal declaración política. Se seguía evocando, sin embargo, la solidaridad y la generosidad como motivos básicos de la ayuda internacional, y se seguía insistiendo en la erradicación de la pobreza como su principal objetivo.

En este contexto, la respuesta del CAD fue de nuevo positiva, al menos en términos generales. En 2013 se publicaba una nueva revisión que subrayaba el descenso acelerado del presupuesto de AOD de España, pero aun así reconocía el compromiso de aumentar la ayuda tan pronto como se recuperaran las tasas de crecimiento. Tres años más tarde, tras un recorte acumulado de la AOD del 68 % entre 2010 y 2014, el tono de la revisión del CAD cambió ligeramente por primera vez, señalando que la ratio AOD/RNB española (0,13 % en 2013) estaba muy por debajo de la media del CAD (0,29 %), y que suponía un retroceso a los niveles alcanzados en 1988, antes de que España ingresara en el CAD. El informe de 2016 señalaba una falta de claridad en cuanto a la trayectoria de España hacia el compromiso del 0,7 %.

3. La cooperación española en la agenda nacional

La narrativa de la ayuda española ha seguido una evolución bastante coherente a lo largo del tiempo. Mientras que, en los primeros años, la ayuda se presentaba como una política polivalente vinculada tanto a las obligaciones internacionales como a los intereses nacionales, el relato oficial desde finales de los años noventa evita progresivamente los argumentos de interés propio nacional. Los documentos oficiales adoptan una narrativa similar basada en el principio de solidaridad, los imperativos éticos de los donantes y los derechos de los beneficiarios de la ayuda. Además, estos documentos refuerzan progresivamente la orientación de la política de ayuda española hacia el objetivo de erradicar la pobreza.

El rechazo de los intereses económicos y comerciales es probablemente el mejor ejemplo de esta evolución. Durante los años ochenta y principios de los noventa, la promoción de bienes, servicios y profesionales españoles se consideraba un valor añadido de la ayuda internacional, compatible con las obligaciones solidarias y morales del país. No sólo los préstamos FAD podían contribuir a la internacionalización de la economía española, sino que se esperaba que la ayuda multilateral aumentara la presencia e influencia de los funcionarios españoles en los organismos internacionales. Este planteamiento se fue abandonado en los planes directores.

Además, las estadísticas de la OCDE sobre la ayuda muestran que España fue reduciendo drásticamente la ayuda ligada, la reembolsable y la destinada a sectores económicos y productivos. Estas reducciones persistieron incluso en los años posteriores a la crisis financiera, a pesar de las restricciones presupuestarias y del interés del país en reactivar su economía vía exportaciones. Asimismo, la parte de la ayuda destinada a América Latina ha seguido una tendencia negativa a largo plazo, mientras que las referencias a la vinculación histórica de España iban desapareciendo de las declaraciones políticas sobre la ayuda.

Este comportamiento ha respondido a las peticiones de los socios de España en el CAD, y así se ha reconocido en los informes de evaluación de la OCDE. Las primeras evaluaciones del CAD cuestionaban los préstamos FAD y la focalización de la ayuda española en América Latina, así como algunos instrumentos claramente orientados a esa región (como el programa de becas y las actividades de cooperación cultural), mientras que las más recientes reconocían el cumplimiento por parte del país de la doctrina internacional sobre la ayuda, así como de recomendaciones específicas formuladas por el CAD en evaluaciones anteriores.

Coincide, además, que poco después de la Declaración del Milenio, España hizo suya la agenda de los ODM, del mismo modo que, años más tarde, se convertiría la Agenda 2030 en el eje vertebrador del discurso político de la ayuda. Esto es, podría decirse que la agenda nacional de la ayuda prácticamente reproduce la agenda internacional.

Las fases presupuestarias de la ayuda española no coinciden con el ciclo político nacional pero sí con el fiscal que viene definido, en parte también, por la agenda internacional y europea. Tanto el auge como la caída de la AOD española se han producido bajo gobiernos socialistas y populares, apoyados por coaliciones parlamentarias distintas en las que participaban partidos nacionalistas de varias regiones.

En conclusión, la evolución de la ayuda española no ha estado impulsada por las decisiones de política exterior tomadas a nivel nacional. Por el contrario, encontramos que la evolución a largo plazo de la AOD española ha respondido principalmente al objetivo del país de cumplir con las normas internacionales,

especialmente el acuerdo del 0,7 %, el consenso de la OCDE sobre la calidad de la ayuda y las agendas de la ONU como los ODM, orientadas a la erradicación de la pobreza.

Entonces, al menos hasta la segunda mitad de los 2010, la cooperación española se puede definir con tres características, conectadas entre sí. En primer lugar, la ayuda es una política «importada» en el sentido de que, como hemos visto en los dos epígrafes anteriores, nace en el contexto de la vuelta de España a la comunidad internacional. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, se trata de una política frágil, poco anclada políticamente y, así, particularmente susceptible a los ciclos fiscales, en mucha mayor medida que a los ciclos políticos. En tercer lugar, por tanto, no se ha generado, al menos no hasta recientemente, un sentido de apropiación de esta política, no entre los partidos políticos y las administraciones.

4. De los Objetivos de Desarrollo del Milenio a la Agenda 2030

Con la Declaración del Milenio, a inicios de los 2000, y la aprobación, poco después, de los ODM, dieron un vuelco la agenda del desarrollo mundial y también la forma en la que donantes y receptores de ayuda gestionaban sus políticas de cooperación.

Sin embargo, en los últimos años de esta agenda, en la primera mitad de los 2010, las expectativas generalizadas sobre la posibilidad de renovar una agenda global de desarrollo eran ciertamente bajas. La crisis económica mundial y los cambios de ciclo fiscal y político habían vapuleado los presupuestos de ayuda de algunos donantes tradicionales, como hemos visto para el caso de España. Además, Europa y Estados Unidos habían dejado de crecer, o apenas lo hacían, mientras que parte de América Latina, África y Asia se beneficiaban de una subida de los precios de la energía y de otras materias primas. Por su parte, China, un país dependiente de dichas materias primas y también del consumo occidental, parecía resistir la crisis sin tantos problemas como los donantes tradicionales. En definitiva, no solamente había una lectura generalizada de que el mundo se igualaba con la decadencia de unos y la emergencia de otros; también pasaron a cobrar mucha más importancia las agendas nacionales frente a las internacionales.

A pesar de todo ello, la comunidad internacional de desarrollo supo impulsar un proceso político, que se acompañó de un proceso masivo de consultas liderado por Naciones Unidas, que volvió a elevar el perfil de la agenda internacional frente a las nacionales y que desembocó en la adopción de la Agenda 2030 y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Los ODS son más numerosos que los ODM previos (17 frente a 8). Por lo tanto, contemplan más dimensiones del

desarrollo: la pobreza, la educación o la salud, tan presentes en los ODM, pero también la desigualdad, el crecimiento económico inclusivo, las pautas de consumo, la calidad institucional, tan ausentes de la anterior agenda, y, sobre todo, la agenda medioambiental y climática.

En el momento de su adopción, fueron múltiples las críticas a esta proliferación de objetivos dispersos, con metas que no siempre son tales, con distintos niveles de exigencia: se persigue, por ejemplo la erradicación de la pobreza de 1,25 dólares para 2030 mientras que en lo que respecta a la comercio bastaría, en general, con «aumentar significativamente las exportaciones de los países en desarrollo».

No obstante, los ODS también fueron el resultado y la respuesta a los ODM: a sus logros pero igualmente a sus fracasos y críticas. Durante los años de puesta en práctica de los ODM, éstos no estuvieron exentos de polémica. Se aplaudía, sí, el hecho de que la comunidad internacional hubiera llegado a un compromiso ambicioso y mensurable; prueba de ello es quizás que los flujos de ayuda se disparan en los años 2000. Pero también se criticaron los objetivos por distintos motivos. En primer lugar, excepto por la meta de la pobreza, los ODM obviaron por completo el problema de las desigualdades que ya era importante y creciente a principios de este siglo. En segundo lugar, los ODM, derivados en parte del enfoque académico de las necesidades sociales básicas, heredaron sus fortalezas y sus debilidades. La Declaración del Milenio, resultado de las cumbres sociales de los años noventa supo responder con contundencia a las carencias de agendas previas demasiado economicistas y vagas. Se volvió a poner al ser humano en el centro de la problemática del progreso y, con él, la dimensión social del mismo. Pero haciéndolo, también se simplificó en exceso la narrativa del desarrollo, olvidando que los individuos se organizan en comunidades con lógicas políticas, culturales y económicas que les trascienden pero que también moldean. Y resultó que los problemas de las desigualdades o de la prevalencia de la pobreza también tenían que ver con el patrón de crecimiento económico que, ahora sí, se incluía en forma de ODS 8.

En definitiva, con la adopción de los ODS, la comunidad internacional reconocía, acertadamente, que los procesos de desarrollo son largos, complejos, holísticos, multidimensionales e inciertos. Sin embargo, esta complejidad y el enorme alcance de la Agenda 2030 también marcarían la forma en la que distintos países, incluida España, que nos ocupa aquí, trasladaría la agenda al ámbito nacional.

La forma en la que los distintos países leen la Agenda 2030 es también el resultado de los acontecimientos internacionales y nacionales, desde su adopción, en 2015. Esto es, la forma de comprender y traducir nacionalmente una agenda de 15 años varía también a lo largo de ese periodo de tiempo. En este sentido, son particularmente relevantes la pandemia del COVID-19, la guerra en

Ucrania, o las consecuencias cada vez más visibles de un cambio climático acelerado para la implementación nacional de la agenda.

5. España y la Agenda 2030

Como hemos visto en el segundo epígrafe, cuando se adoptaron los ODS, en 2015, España estaba gobernada por el PP, bajo la presidencia de Mariano Rajoy. En un esquema bipartidista, la política de desarrollo y la cooperación internacional eran, como hemos visto, ampliamente aceptadas —aunque sin excesivo entusiasmo— por el conjunto del espectro político español. En consonancia con la actitud política hacia los asuntos globales desde la transición a la democracia, España sólo hizo leves aportaciones a la Agenda 2030 pero la adoptó, una vez aprobada, como el principal marco operativo de la política de cooperación al desarrollo. En definitiva, en esta fase política de pre-polarización y pre-fragmentación, los ODS fueron vistos como un esquema más bien técnico y transversal de lo que debería ser el desarrollo global.

Cuando Pedro Sánchez llegó al poder en 2018, como consecuencia de la moción de censura a Rajoy, el PSOE había adoptado la Agenda 2030 como una suerte de hoja de ruta socialdemócrata. La lectura de la agenda iba mucho más allá de la cooperación al desarrollo e, incluso, de la política exterior. Según el relato del partido, se trataba de un marco para una economía española más sostenible desde el punto de vista medioambiental y social, y más avanzada tecnológicamente. Esto fue en paralelo a un mayor perfil internacional de los representantes políticos españoles, con una presencia más fuerte en las instituciones internacionales, y en particular en la UE.

En este contexto, Podemos ignoró (o a veces incluso rechazó) una agenda que consideraba excesivamente globalista, con, incluso, impactos negativos en el desarrollo local. El PP y en aquel momento también Ciudadanos (Cs), con responsabilidades políticas en gran parte del territorio a través de los gobiernos de comunidades autónomas y municipios, se alinearon explícitamente con la Agenda 2030, con programas y estrategias de implementación (por ejemplo, los de los gobiernos regional y local de Madrid). Sin embargo, a la larga esto resultó en una actitud mucho menos proactiva por parte de PP, Cs o Podemos. Lo que inicialmente se entendió como una lista de objetivos de desarrollo relativamente técnica y bastante compartida por el conjunto del Parlamento español, pasó a ser vista por una parte de la opinión pública y del espectro político como una agenda política de izquierdas, mayoritariamente «propiedad» del PSOE.

A pesar de ello, cuando las elecciones generales de 2019 dieron lugar a la coalición de izquierdas formada por PSOE y Unidas Podemos (UP), la agenda

pasó a depender de UP: entre las cuatro vicepresidencias, una se dedicó a los derechos sociales y la Agenda 2030 (incluyendo una secretaría de Estado específicamente dedicada a la agenda) bajo el liderazgo de Pablo Iglesias, en ese momento al frente de Podemos. De acuerdo con la visión política del partido, la agenda fue entonces releída en clave local y social. En ese momento, la agenda que había nacido desde la visión holística de los procesos de desarrollo, estaba siendo posteriormente fragmentada en lo social frente a lo económico y en lo global frente a local.

Durante ese periodo, antes de la guerra en Ucrania y de la pandemia, la Agenda 2030 ganó protagonismo en España entre el sector privado; un protagonismo que los ODM nunca tuvieron más allá del ámbito de la ayuda. Fue incluida en la mayoría de las estrategias de comunicación, de empresas del Ibex-35 de todos los sectores (como por ejemplo el banco BBVA) y también por parte de otros actores económicos y sociales (como la Federación Española de Fútbol).

En este contexto, Vox se posicionó explícitamente en contra de la Agenda 2030, lo que estructuraba su narrativa antiglobalización. El partido propuso en su lugar la Agenda España, que incluía una lista de veinte objetivos alternativos para el desarrollo local yendo desde la unidad de España a la Iberosfera (como referencia al influyente papel que España tiene o debería tener en América Latina), salarios justos, igualdad o la mejora de las condiciones económicas en las zonas rurales.

En el fragmentado panorama político que ahora caracteriza a España, así como a otros países europeos, lo más probable es que los gobiernos que vengan a corto y medio plazo lo hagan en forma de coaliciones. En el momento de escribir estas líneas, el Parlamento resultante de las elecciones generales celebradas en julio de 2023 está definido principalmente por cuatro partidos: Sumar (que hereda el espacio político de Podemos) y PSOE, en la izquierda, y PP y Vox, en la derecha. En el caso de que el PP formara en alguna legislatura próxima, es probable que lo hiciera con el apoyo de Vox. Quizá en parte por esta razón, el PP se ha distanciado significativamente de la Agenda 2030, evolucionando desde la posición inicial adoptada por el PP de Rajoy, y a pesar de la inclusión de una referencia a la agenda en el programa de las últimas elecciones generales.

6. Conclusiones

Como donante ayuda al desarrollo y en su relación con la agenda internacional, España ha tendido a comportarse más como un *policy taker* que como un *policy maker*, incorporando de forma relativamente acrítica dicha agenda, y

esto como parte de su estrategia de reincorporación a la comunidad internacional en la transición a la democracia. En estas ya más de cuatro décadas de cooperación española, ésta se ha visto moldeada, en buena medida, por sus pares y/o organismos supranacionales —particularmente la OCDE pero también, durante los años de austeridad fiscal, la UE— y, en mucha menor medida, por agentes internos entre los que destaca el sector de la sociedad civil. Hay, pues, un bajo grado de apropiación de la ayuda por parte de las principales fuerzas políticas y de las administraciones. Además, como resultado, la ayuda española ha sido históricamente, y aún es hoy, una política relativamente frágil y procíclica.

Con la Agenda 2030, se ha elevado el perfil político de la ayuda y de la agenda de desarrollo internacional, hoy más presente en el discurso oficial y el debate parlamentario. No obstante, a cambio, se ha roto un consenso histórico en materia de ayuda que, quizás, pecaba en cualquier caso de ser excesivamente epidérmico; construido en torno a una política que resultaba poco relevante al conjunto de las fuerzas y de las administraciones.

Así pues, una primera recomendación iría orientada a aumentar el grado de apropiación de la agenda de desarrollo y de la cooperación española entre las principales fuerzas políticas. Para ello, es importante ofrecer una narrativa de la ayuda que, por una parte, muestre todo el potencial de la cooperación española en términos de defensa de los valores —algo ya presente en el discurso oficial— pero también de los intereses, que pueden ser múltiples —desde la reputación internacional hasta el diálogo político con el Sur Global, pasando por la mayor capacidad para moldear las instituciones de gobernanza multilateral—. En esta misma línea, para la construcción de la ayuda como una política de Estado, es importante que el potencial de la ayuda se muestre en correlato con las distintas prioridades de las distintas fuerzas políticas (Olivié y Santillán O'Shea, 2021).

Una segunda recomendación iría dirigida a reducir la aparente brecha entre la opinión pública y el discurso de la ayuda de los principales partidos políticos. Como se ha visto, el de la ayuda es un discurso oficial anclado en los valores —la solidaridad o la caridad— frente a los intereses, lo que no termina de reflejar las preferencias de una ciudadanía que muestra, según las encuestas del Eurobarómetro, un apoyo a la ayuda por encima de la media europea y sustentado en la posibilidad que ofrece la ayuda tanto de promover valores como de defender intereses.

Referencias bibliográficas

Olivié, Iliana; Santillán O'Shea, María (2021). *Narrativas de la ayuda*, Madrid, Real Instituto Elcano.

Olivié, Iliana; Pérez, Aitor (2020). «Spain: the rise and fall of a compliant donor», en I. Olivié y A. Pérez (coord.): *Aid Power and Politics*. Abingdon/New York, Routledge.

III

UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ORIENTADA A RESULTADOS

EVALUACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y TRANSPARENCIA: DOS INSTRUMENTOS DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS ÚTILES PARA REORIENTAR LA GESTIÓN PÚBLICA A RESULTADOS

Ana Ruiz Martínez
Vocal asesora en el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

Introducción

Probablemente, una de las cuestiones que suscita más consenso en los análisis, tanto teóricos como empíricos, en relación con las administraciones públicas españolas, es la carencia de lo que, en palabras de Crozier (1997), constituye una auténtica cultura de gestión pública, que oriente la actividad administrativa a la resolución de problemas globales interconectados y complejos, a dar respuesta a las exigencias paralelas de eficiencia y sostenibilidad de lo público y, en paralelo, a necesidades sociales crecientes y cambiantes, contando con recursos públicos escasos.

Esta falta de orientación a resultados de las administraciones públicas españolas, deriva, en gran medida, del elevado peso que la cultura burocrática sigue teniendo en nuestras organizaciones. Esto implica que los aspectos vinculados al control de legalidad, al cumplimiento de procedimientos y normas, sigan siendo nucleares en nuestra práctica administrativa, lo que, a su vez, explica la escasa cultura de medición existente. Si lo nuclear en la actuación administrativa es la sujeción al principio de legalidad, el conocimiento de los resultados obtenidos, obviamente, nunca será una prioridad.

Por otra parte, el enfoque gerencial-empresarial impulsado por la Nueva Gestión Pública, que en los últimos años se ha ido incorporando a nuestra cultura administrativa, ha implicado que el foco de la medición, cuando se produce, se centre básicamente en los principios de eficiencia y sostenibilidad económica (entendiendo la eficiencia desde la lógica productiva privada) y, en paralelo, minusvalorado el conocimiento de los resultados en términos de bienestar social (Ruiz, 2017).

Todo ello ha facilitado que las organizaciones públicas españolas no estén, en general, orientadas a resultados y que, en el mejor de los casos, estos se midan en términos puramente gestores: productos y servicios, tiempos de tramitación, costes, etc.

Esta cuestión no es baladí, ya que tiene efectos en diferentes dimensiones de nuestro sistema político-administrativo.

El primero de ellos se vincula a la calidad de la democracia. De los tres enfoques normativos que Tusell Collado (2015) identifica para la evaluación del nivel de calidad de una democracia, dos se relacionan directamente con la orientación de las organizaciones públicas a resultados: el enfoque procedimental ampliado, que además de considerar las reglas que regulan el acceso al poder, tiene en cuenta el control del poder político que se materializa en la rendición de cuentas tanto horizontal (a través de instituciones de control) como vertical (ejercida a través del voto en las elecciones y de organizaciones de la sociedad civil orientadas al control de la acción pública) y, el enfoque sustantivo, que, además, valora los resultados de la democracia en términos de igualdad o bienestar social.

A partir de estos enfoques generales se han desarrollado diversas teorías, también numerosos estudios empíricos, en torno a los factores que deberían considerarse para analizar la calidad de una democracia. Muchos de estos análisis contienen un denominador común: la rendición de cuentas como un factor clave a la hora de valorar la calidad de una democracia.

En el esquema de Schedler (2004) la rendición de cuentas engloba dos dimensiones: una dimensión informativa (*answerability*, término de difícil traducción al castellano y que el autor traduce como respondabilidad) y una dimensión sancionadora (*enforcement*).

La dimensión informativa engloba dos elementos diferentes y complementarios: la *inspección pública*, es decir, la obligación para gobiernos y administraciones de proporcionar información sobre sus decisiones —y el derecho complementario de los ciudadanos a exigir esta información— y la *justificación*, que consiste en la obligación de gobiernos y administraciones de explicar y justificar sus actos, obligación complementada por el derecho ciudadano a recibir una explicación. Mientras la inspección pública constituye el elemento más netamente informativo, la justificación aporta el elemento argumentativo de la rendición de cuentas. Tal como señala el autor, la rendición de cuentas consiste entonces en la búsqueda de hechos y la generación de evidencias.

Si la búsqueda de hechos y generación de evidencias constituyen la misión de la rendición de cuentas, disponemos de dos herramientas que facilitan el cumplimiento de esta misión: la transparencia y la evaluación de políticas públicas.

El segundo efecto que provoca esta falta de orientación a resultados, es la limitación de la capacidad de aprendizaje de las organizaciones públicas y, en

consecuencia, las dificultades para promover mejoras tanto en el diseño como en la implementación de las políticas públicas que gestionan.

1. ¿De qué manera pueden contribuir la transparencia y la evaluación a la transición de nuestras organizaciones hacia un modelo de gestión pública?

Comenzaremos analizando lo que puede aportar la transparencia. Uno de los efectos que normativamente se atribuyen a la implantación de políticas públicas de transparencia, es lograr una mayor eficacia y responsabilidad de gobiernos y administraciones frente a los ciudadanos. Como señala Cunill Grau (2004), la transparencia puede constituir una herramienta clave para promover cambios culturales en las organizaciones públicas, porque además de su capacidad para producir más democracia, también genera más eficiencia en las políticas y servicios públicos.

Respecto de la articulación y diseño de políticas públicas, la transparencia puede generar eficiencia al promover la competencia entre ideas, argumentos y políticas. Como señala la autora, a partir de experiencias concretas de algunos países, cuestiones como, por ejemplo, la publicación de los costes de políticas públicas en competencia durante el proceso de su elaboración o la utilización de trámites de información pública en los procesos de elaboración normativa, pueden hacer posible la competencia de ideas y contribuir a la eficiencia por esa vía.

Un segundo efecto de la transparencia es que también puede fomentar la competencia entre servicios públicos para conseguir una mejor valoración social de su desempeño. La publicación de información sobre los resultados alcanzados por servicios y organizaciones públicas puede promover la mejora sobre la base del coste reputacional que implica la divulgación pública de resultados poco satisfactorios y, en paralelo, la incentivación del uso de sistemas de medición de resultados, precisamente, para aflorar déficits e introducir medidas que promuevan un mejor posicionamiento del servicio en ese *ranking* de valoración social.

Por lo que respecta a la evaluación de políticas públicas y su contribución a la reorientación de las administraciones a resultados, una primera cuestión a considerar es qué entendemos por resultados de la acción de gobierno, por eficacia gubernamental en definitiva.

Cuando hablamos de eficacia gubernamental pensamos en primer lugar en la capacidad de los gobiernos para proveer a los ciudadanos de bienes y servicios públicos suficientes para cubrir diferentes necesidades sociales. Desde una perspectiva más amplia, entenderíamos la eficacia gubernamental como la capacidad de los gobiernos para resolver los problemas públicos, entendidos estos como aquellas si-

tuaciones, demandas o necesidades sociales que han conseguido formar parte de la agenda política y que, además, han generado una intervención gubernamental en forma de política pública. Y en última instancia entenderíamos la eficacia gubernamental como la capacidad de generación de bienestar, de valor público, a través de la inversión pública del Estado en forma de políticas, programas o servicios.

Este último enfoque de la eficacia gubernamental plantea dos cuestiones adicionales: cómo medirla y qué tipo de instrumentos son necesarios para conseguir resultados e impactos desde esta perspectiva.

Desde el punto de vista de la medición, una máxima bien conocida por quien haya trabajado en sistemas de monitoreo, es que lo que se mide tiene influencia en lo que se hace. Si, como ha venido ocurriendo, el foco de la medición se centra en los inputs consumidos y en los productos generados, las organizaciones públicas pondrán todo su esfuerzo en la minimización de los primeros y en la maximización de los segundos, independientemente de su utilidad desde el punto de vista de la generación de valor público. Sus modelos organizativos, sus procesos e instrumentos de gestión no estarán orientados a alcanzar el mayor grado de eficacia social. Si, por el contrario, el foco de la medición se desplaza a los resultados, se facilitará en gran medida el avance hacia la implantación de modelos de gestión por resultados en las organizaciones públicas, que produzcan valor público y que concilie la búsqueda de eficiencia y el uso de los recursos públicos para resolver demandas sociales.

La evaluación es una herramienta idónea para promover el cambio cultural que implica la reorientación de la gestión pública a resultados, porque permite valorar la acción de gobierno, tanto por los productos que genera como por su eficacia en la resolución de los problemas públicos en el corto y medio plazo y sus impactos en términos de bienestar en el largo plazo; porque puede incorporar diferentes perspectivas doctrinales y científicas y, porque puede aplicar todo tipo de técnicas e instrumentos para generar evidencias en torno a los efectos de la acción de gobierno.

Finalmente y en relación con el desarrollo de la capacidad de aprendizaje y mejora de nuestras organizaciones, la evaluación permite aprender a partir de la propia experiencia de las organizaciones públicas, al proporcionar información sobre los resultados obtenidos en el uso de los recursos públicos, identificar y comprender las razones de los éxitos y fracasos de las políticas públicas que se relacionan con los procesos de diseño e implementación, ayudar a identificar las prioridades desde la perspectiva ciudadana y aflorar los déficits de la estructura de gestión y de cooperación entre las diferentes organizaciones públicas que intervienen en el proceso de las políticas.

Una vez analizado lo que la transparencia y la evaluación pueden aportar a la implantación de modelos de gestión orientados a resultados, es preciso conocer

la situación de partida en nuestro país de ambas políticas y a qué retos han de dar respuesta, para valorar qué cuestiones debemos afrontar para que la transparencia y la evaluación desarrollen todo su potencial como instrumentos de cambio.

2. Las políticas de transparencia y evaluación en España: diagnóstico de situación en la Administración General del Estado

La primera cuestión que llama la atención a la hora de analizar la configuración de la política de transparencia en España, es el retraso en su formulación en comparación con otros Estados de nuestro entorno socio-político. Hasta la segunda década del siglo XXI, España carecía de una normativa específica, aunque existía una regulación del acceso de los interesados a los expedientes relativos a los procedimientos administrativos y también, normas de carácter sectorial que obligaban a publicar determinadas informaciones, especialmente en materia de medio ambiente.

Es esta singularidad de España frente a los restantes Estados miembros de la Unión Europea, junto a la presión de las organizaciones no gubernamentales integrantes de la coalición pro-acceso, lo que, a nuestro juicio, impulsó de manera determinante la formulación de la política de Transparencia mediante la aprobación de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, LTAIBG). El peso del primer factor se evidencia en el diseño de la política pública de transparencia en la Administración General del Estado (en adelante, AGE). La política se formula y formaliza a través de una ley y esta constituye, hasta el momento, el único instrumento[1] existente a través del que se articula.

La falta de despliegue de la política de transparencia, implica, a su vez, un conjunto de carencias que afectan a su diseño e implementación y, en consecuencia a sus potenciales resultados e impactos.

Respecto del diseño, no se ha abordado una planificación estratégica de la política, a partir del diagnóstico de los problemas públicos a los que debería dar respuesta, no existen objetivos definidos (más allá de los que se pueden deducir de la exposición de motivos de la LTAIBG), no se han planificado los instrumentos de implementación necesarios para que la política surta efectos, efectos que por otra parte tampoco se explicitan. Tampoco existe un sistema de seguimiento y evaluación y los mecanismos previstos legalmente se orientan más al cumplimiento formal de la LTAIBG que al conocimiento de los efectos que normativamente se asignan a las políticas de transparencia.

[1] Hasta la fecha, la LTAIBG carece de desarrollo reglamentario.

Por lo que respecta a la implementación de la política de transparencia en el nivel estatal, al margen de impulso y coordinación que realiza la Dirección General de Gobernanza Pública, son las Unidades de Información y Transparencia los principales actores de implementación. Estas unidades, que según la LTAIBG, deben constituirse como unidades especializadas, en la práctica compatibilizan las actividades derivadas de la política de transparencia con otras competencias y tareas ajenas a ella.

Por otra parte, la LTAIBG preveía tres instrumentos de implementación de los cuales solo se ha desplegado uno, el Portal de Transparencia de la Administración General del Estado.

Otro de los instrumentos, el plan de formación destinado a empleados públicos ha tenido un alcance muy limitado, ya que su cobertura estimada tan solo ha alcanzado a una pequeña fracción de la población objetivo. A título de ejemplo, el Programa de Actividades 2023 del Instituto Nacional de Administración Pública solo incluye 7 acciones formativas relacionadas con la transparencia. De ellas una puede considerarse específica —está orientada en gran medida al Portal de Transparencia de la Administración General del Estado—, otras tres acciones forman parte de sendos cursos sobre Gobierno Abierto y las tres restantes ponen el foco en aspectos sectoriales.

La tercera medida de implementación prevista en la LTAIBG, la campaña informativa dirigida a la ciudadanía, todavía no se ha desarrollado.

Por otra parte, los Planes de Gobierno Abierto también han incluido diversas iniciativas dentro del eje transparencia. Sin embargo, las evaluaciones del segundo y tercer Plan de Gobierno Abierto, realizadas por el Mecanismo Independiente de Revisión de la Alianza para el Gobierno Abierto, ha considerado que estás iniciativas son de impacto moderado, debido a que tienen escasa capacidad de transformación de la práctica gubernamental y consisten básicamente en acciones de mejora continua, estando orientadas, en muchos casos, a la reutilización de la información pública, al impulso de los datos abiertos o a la mejora de los sistemas de información administrativa, sin que se explicite su vinculación con la transparencia y la rendición de cuentas.

Este déficit en cuanto a la implementación de la política de transparencia, se ha visto compensado, en parte, por la actividad del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, CTBG), a través de acciones formativas y de sensibilización dirigidas a empleados públicos y a la ciudadanía y mediante la elaboración y difusión de criterios interpretativos y recomendaciones. También las sentencias de diversos órganos jurisdiccionales han contribuido a clarificar diversas cuestiones relacionadas con la aplicación de la LTAIBG.

En cuanto al control de la política de transparencia, esta competencia se ejecuta por el CTBG que asume también la evaluación del cumplimiento de la LTAIBG.

Además de las funciones de control y evaluación, el CTBG resuelve las reclamaciones frente a las resoluciones denegatorias del acceso a información pública.

Las funciones que asigna la ley al CTBG son fundamentalmente de carácter no decisorio, lo que constituye un obstáculo para que realmente pueda desarrollar sus funciones como órgano garante y supervisor del cumplimiento de la ley. El CTBG no tiene capacidad para hacer cumplir sus resoluciones ni tiene asignada ninguna potestad sancionadora, lo que constituye una peculiaridad del CTBG frente a otros organismos de naturaleza y funciones análogas. Desde su creación en 2014 ha sufrido una infradotación de medios de todo tipo que ha limitado, en gran medida, el desarrollo pleno de sus competencias y funciones.

No obstante, es preciso señalar, que en el ejercicio 2022, se incrementó el presupuesto del Consejo, lo que ha permitido, además de paliar el recorte presupuestario sufrido en 2018, aumentar la dotación de recursos humanos del consejo en siete personas más: un incremento del 30 %, aunque, en paralelo, solo en el ámbito de las reclamaciones contra resoluciones de la Administración General del Estado, la actividad ha aumentado el 203% desde 2015 y el 191 % en el caso de las reclamaciones contra resoluciones de las comunidades y ciudades autónomas —incluidas las entidades locales de su ámbito territorial—, con las que el CTBG ha suscrito un convenio con este objeto.

Finalmente y en lo que respecta a los resultados de la política de transparencia, medidos en función del grado de cumplimiento de la LTAIBG, las evaluaciones realizadas por el CTBG[2] evidencian que todavía existe un amplio margen de mejora en el ámbito de la Administración General del Estado: en 2022 y en promedio, la proporción de informaciones obligatorias que se publican no alcanzó el 52 % y el nivel de cumplimiento medio de las obligaciones de publicidad activa —que evalúa, además de la publicación de contenidos obligatorios, un conjunto de atributos asociados a la calidad de la información publicada— se situó, en el 49,8 %, con una gran variabilidad según el grupo de sujetos obligados contemplados en la LTAIBG. Mientras entre los órganos constitucionales y de relevancia constitucional el cumplimiento medio fue del 94 %, en el caso de las entidades que integran el Sector Público Institucional Estatal disminuye hasta el 51,6 %. Y si el foco se dirige a las entidades privadas perceptoras de subvenciones y ayudas públicas por valor superior a 100.000 euros, el nivel de cumplimiento alcanza poco más del 33 %. Un factor que puede explicar estos resultados es la escasa aplicación de las recomendaciones derivadas de las evaluaciones realizadas por el Consejo. En 2022 se aplicó en promedio el 31,4 % de las recomendaciones

[2] El CTBG ha desarrollado una metodología propia de evaluación del cumplimiento de la LTAIBG, la Metodología de evaluación y seguimiento de la transparencia en la actividad pública (MESTA), que viene aplicando en sus evaluaciones anuales desde 2016.

efectuadas en 2021, también con una gran variabilidad: el rango oscila entre el 72 % correspondiente a los órganos constitucionales y de relevancia constitucional y el 10 % de las entidades perceptoras de subvenciones y ayudas públicas.

Por lo que respecta a la evaluación de políticas públicas, tradicionalmente se ha considerado que la plasmación de la voluntad política de impulsar la evaluación de las políticas públicas, consistiría, básicamente, en su regulación y en la asignación de la función de evaluación a estructuras organizativas preexistentes o creadas al efecto.

Sin embargo, aun considerando nucleares estos requisitos para el impulso de la evaluación, no son suficientes si no van acompañados de otros elementos como la existencia de una cultura de evaluación interiorizada por las organizaciones públicas, la práctica sistemática de la evaluación y la existencia de espacios compartidos que impulsen el trabajo colaborativo, el intercambio de experiencias y conocimiento, los consensos metodológicos entre las organizaciones o unidades dedicadas a la evaluación, lo que en la Agencia Estatal para la Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (en adelante, AEVAL) se denominaba Sistema Público de Evaluación[3].

En relación con los aspectos normativos, lo cierto es que hasta la aprobación de la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado, no ha existido un marco regulatorio específico de la evaluación de políticas públicas en la AGE. Una cuestión adicional, es que, a semejanza de la génesis de la LTAIBG, el impulso de la regulación de la evaluación de políticas públicas procede, en gran medida, de la Unión Europea, ya que la promulgación de esta Ley, constituye uno de los hitos contemplados en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, vinculado, a su vez, a los fondos *Next Generation*.

Hasta 2022, las únicas referencias regulatorias relativas a la evaluación han sido la Ley de Agencia Estatales que, simplemente, autorizaba al Gobierno a la creación de la AEVAL —Agencia a la que, curiosamente, no se alude en la Ley 27/2022—, el propio Estatuto de AEVAL y finalmente, la LTAIBG que en su artículo 6.2 establece la obligación de evaluar los planes y programas y de publicar periódicamente, los resultados de estas evaluaciones.

En cuanto a los marcos organizativos, en 2007 inicia su andadura AEVAL, organización creada *ex profeso* para la realización de evaluaciones externas de políticas públicas. Sin embargo, en 2017 se produce un claro retroceso al suprimirse la Agencia en aplicación del Acuerdo de Investidura entre el Partido Popular y Ciudadanos. AEVAL, como las demás Agencias Estatales, se caracterizaba por su orientación a resultados, autonomía de gestión y un elevado grado de indepen-

[3] Tal y como proponía la Comisión de Expertos para la creación de AEVAL.

dencia. A partir de esta fecha, la evaluación de programas y políticas públicas se encomienda al Instituto para la Evaluación de las Políticas Públicas al que se califica de independiente, lo que parece difícilmente compatible con su rango administrativo de subdirección general, como bien sabe cualquier persona que conozca mínimamente la administración pública.

Finalmente, la Ley 27/2022 prevé la creación de una nueva Agencia Estatal de Evaluación, todavía en fase de diseño, por lo que será necesario esperar hasta su configuración definitiva, para valorar su potencial para el impulso de la política de evaluación desde el punto de vista de la generación de marcos organizativos para la evaluación.

El tercer elemento a considerar para valorar el grado de implantación de la evaluación de las políticas públicas es hasta qué punto se realizan evaluaciones. Una cuestión adicional para conocer el nivel de institucionalización de la evaluación desde esta perspectiva, más allá de lo puramente cuantitativo, es el grado de publicidad que se da a los resultados de estas evaluaciones.

En lo que respecta a la extensión de la práctica de la evaluación, la propia exposición de motivos de la Ley 27/2022, señala los déficits existentes: en el ámbito de la Administración General del Estado, más de un centenar de unidades de diferente naturaleza tienen atribuidas funciones o competencias relacionadas con la evaluación en su concepción más amplia. Menos de una cuarta parte de esas unidades y organismos llevan a cabo evaluaciones de políticas públicas contenidas en estrategias, planes, programas o equivalentes. Otro tercio se reparte entre las actividades de evaluación o autoevaluación relacionadas con la inspección y calidad de servicios u organizaciones, por un lado, y las actividades de evaluación normativa o seguimiento de la aplicación de una ley, por otro. En general, el diagnóstico realizado muestra la dispersión y falta de uniformidad de la práctica de la evaluación, así como la disparidad de criterios a la hora de definir la evaluación de políticas públicas y sus contenidos, ya que se incluye en dicho concepto una gran variedad de actividades de seguimiento, auditoría, supervisión y análisis.

Si nos centramos en las evaluaciones externas realizadas por los organismos públicos con funciones exclusivas en materia de evaluación, en los últimos 15 años se han realizado 41 evaluaciones, de ellas 39 fueron realizadas por AEVAL y 2 por el Instituto para la Evaluación de las Políticas Públicas. Y si el foco de atención se centra en las evaluaciones, bien de carácter interno o, bien realizadas por entidades que no centran su actividad exclusivamente en la evaluación, según la información que proporciona el estudio de diagnóstico de la evaluación en la AGE del Instituto para la evaluación de las Políticas Públicas, realizado en 2021, solo el 22 % de los organismos con competencias en evaluación de planes y programas realiza evaluaciones.

Por lo que respecta al grado de publicación de los informes de evaluación, las organizaciones generalistas de evaluación, AEVAL y el Instituto para la Evaluación de las Políticas Públicas, han dado publicidad a sus informes de evaluación. En cuanto al nivel de publicación de las evaluaciones internas o realizadas por organismos y unidades de la AGE que no tienen como competencia exclusiva la realización de evaluaciones, según la información que aporta el citado estudio, solo el 16 % de estas entidades difunden los resultados de sus evaluaciones en sus webs institucionales.

Esta escasa difusión de los resultados de las evaluaciones, se corrobora si la búsqueda de esta información se efectúa a través de la información publicada en el Portal de Transparencia de la Administración General del Estado. Recordemos que el artículo 6.2 de la LTAIBG, establece la obligación de evaluar planes y programas y de publicar los resultados de estas evaluaciones. En el apartado planes y programas del Portal de Transparencia se localizan 17 informes, pero todos ellos son informes de seguimiento.

Por otra parte, el análisis de las contrataciones externas realizadas a partir de la información que proporciona la Plataforma de Contratación del Sector Público, muestra que, desde 2020 y hasta la actualidad, se han licitado en torno a 55 evaluaciones de planes y programas.

Todo lo anterior parece indicar que la práctica de la evaluación está más extendida en la AGE de lo que aparenta. También refuerza esta hipótesis el hecho de que todas las organizaciones públicas que gestionan acciones financiadas con Fondos Comunitarios, están obligadas a realizar evaluaciones de eficacia, eficiencia y sostenibilidad así como evaluaciones ex ante.

El problema es que estas evaluaciones no se publicitan, lo que tiene mucho que ver con el grado de penetración en nuestras organizaciones de la cultura de la rendición de cuentas.

El cuarto elemento que condiciona el desarrollo de políticas de evaluación, es el grado de implantación de la cultura de la evaluación —y en general, de la cultura de la medición— en nuestras organizaciones. Como señalan Valenzuela González, Ramírez Montoya y Alfaro Rivera (2011), para promover la cultura de evaluación en las instituciones, es preciso potenciar la capacitación en evaluación en todos los niveles y dirigirla tanto a potenciales evaluadores como a los evaluados. Mejorar el conocimiento sobre los procesos de evaluación reduce los temores de decisores y gestores públicos y en consecuencia, los obstáculos a su desarrollo. Por ello, un buen indicador para analizar hasta qué punto se considera la necesidad de promover cambios culturales orientados a favorecer la evaluación, es conocer la oferta formativa tanto dirigida a empleados públicos como a otros públicos.

Desde el punto de vista de la oferta formativa, diversas universidades españolas imparten en este momento formación de posgrado en evaluación de políti-

cas públicas, sin embargo esta oferta en centros de formación de empleados públicos es netamente inferior. No ha sido posible localizar ningún curso en materia de evaluación de políticas públicas en el Programa Anual de Actividades 2023 del INAP. Si se ha constatado la existencia de cursos en la oferta formativa de algunas entidades de la AGE, a través de los planes de formación que gestionan. No puede concluirse, por lo tanto, que exista una oferta formativa suficiente que permita avances en la sensibilización y capacitación de directivos y empleados públicos en evaluación.

Pero si una oferta suficiente de formación es importante, también lo es la posibilidad de transferir los conocimientos adquiridos al puesto de trabajo. Las evidencias aportadas por diversos trabajos en esta materia, apuntan a que la transferencia de la formación se relaciona, entre otros factores, con la mayor o menor resistencia al cambio y a la innovación de las organizaciones y con la existencia de oportunidades reales de aplicar lo aprendido. Por lo tanto, por mucha formación que se imparta si no existen instituciones que promuevan la práctica de la evaluación y su uso, difícilmente se progresará hacia el cambio cultural que precisa la institucionalización de la evaluación.

Lo expuesto hasta ahora, indica que todavía hemos de recorrer un largo camino para que la transparencia y la evaluación desarrollen todo su potencial para el cambio de paradigma que supone la implantación de modelos de gestión orientados a resultados en nuestras administraciones. Ambas herramientas han de afrontar un conjunto de retos a corto plazo, que se detallarán en el siguiente epígrafe.

3. Retos a corto y medio plazo para impulsar la implantación efectiva de políticas de transparencia y evaluación.

La primera cuestión a abordar por la política de transparencia en el corto plazo, es que debe articularse como una auténtica política pública. Para ello, debe incorporar la visión estratégica del gobierno en cuanto a su impulso, lo que a su vez implica el desarrollo de instrumentos de planificación estratégica y operativa de la política, la definición de objetivos y resultados esperados, la asignación de los recursos necesarios (organizativos, materiales, económicos y humanos, entre otros) para el logro de resultados y el establecimiento de mecanismos de seguimiento y evaluación de la política de transparencia.

Desde el punto de vista del alcance, parece necesario emprender una revisión en profundidad de la LTAIBG, que se ha visto ampliamente superada por la regulación autonómica. En concreto, es preciso ampliar las informaciones susceptibles de publicación proactiva, siempre desde la perspectiva de su rele-

vancia para la rendición de cuentas y de la utilidad de esta información para su principal destinatario: la ciudadanía En este sentido, una cuestión a abordar, sería el conocimiento de la información que realmente es relevante desde la perspectiva ciudadana, que no tiene necesariamente que coincidir con la que consideran relevante gestores y decisores públicos. Una evaluación realizada por la Oficina Nacional de Auditoría británica sobre la implantación de su política de transparencia, concluía que un 82 % de los visitantes de su Portal de Transparencia, abandonaba habiendo visitado exclusivamente la página inicial, lo que se interpretaba por la Oficina, en el sentido de que no obtenían la información que buscaban. Por esta razón, recomendaba la realización de estudios específicos que permitiesen conocer la información que realmente demanda la ciudadanía.

También es preciso mejorar el procedimiento de acceso a la información pública, agilizándolo y acotando y definiendo con mayor concreción los límites al ejercicio del derecho y las causas de inadmisión.

Otro de los retos sería abordar el debate en torno a la naturaleza del derecho de acceso como derecho fundamental para alinearnos con otros países de nuestro entorno y las recomendaciones de diversos organismos internacionales.

Además, es preciso continuar reforzando al CTBG para que pueda desarrollar de manera óptima sus competencias y funciones. Esto implica la asignación de recursos humanos y económicos suficientes y también el refuerzo de su autonomía e independencia, el reconocimiento legal del carácter vinculante de sus resoluciones y dotarle de potestad sancionadora. La efectividad del control del cumplimiento de la ley requiere instrumentos más potentes que el simple temor al coste reputacional que para las instituciones y los organismos públicos, pueden suponer las evaluaciones anuales del CTBG.

Finalmente, la implantación efectiva de la política pública de transparencia implica un cambio cultural no solo en los responsables y empleados públicos, sino también en la sociedad en su conjunto. El logro de este cambio implica un esfuerzo informativo y formativo, que no se ha realizado, porque la formación es una herramienta clave para propiciar el cambio cultural que implica en las organizaciones, directivos y empleados públicos la implantación de políticas públicas de transparencia.

Por lo que respecta al impulso de la evaluación de políticas públicas, existen retos comunes con la política de transparencia.

El principal es el refuerzo del grado de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en España, que actualmente puede considerarse débil. Habrá que esperar al despliegue de la Ley de Institucionalización de la Evaluación de Políticas Públicas para valorar hasta qué punto promueve la práctica y el uso de la evaluación. Como se ha señalado, el establecimiento de marcos normativos

y organizativos, aun siendo nucleares, no son suficientes por si mismos para una implantación efectiva de sistemas de evaluación de políticas públicas.

Como señala UNICEF, una cultura claramente favorable a la evaluación es la base para construir y mejorar las prácticas evaluativas y la función de evaluación. El problema en estos momentos no es la existencia de instrumentos que posibiliten la evaluación, es la debilidad de la cultura de rendición de cuentas en nuestras instituciones. Por lo tanto una prioridad debe ser generar cultura evaluadora en el conjunto de las organizaciones públicas. Tarea no fácil teniendo en cuenta la falta de orientación a resultados en nuestras organizaciones públicas y por lo tanto de una cultura de responsabilidad y rendición de cuentas.

También en este caso, la formación puede jugar un papel clave al promover cambios en la cultura organizacional impulsando una orientación a resultados, ya que adicionalmente posibilita una mayor sensibilización de los directivos y empleados públicos en la necesidad de ir más allá del estricto cumplimiento de normas y procedimientos y poner el foco en los efectos de la acción pública. Esto implica articular una oferta formativa suficiente desde los centros de formación de empleados públicos, lo que no ocurre en este momento.

Pero no debemos olvidar, como bien indican Valenzuela González, Ramírez Montoya y Alfaro Rivera (2011), que impulsar la cultura de evaluación implica vencer los intereses de todo tipo que se oponen al desarrollo de sistemas de evaluación.

Uno de los elementos que ha dificultado un mayor desarrollo de la evaluación ha sido la desconfianza hacia la evaluación, en muchos casos de base corporativa. Y esto deriva en gran medida del desconocimiento sobre lo que es y puede aportar para un mejor conocimiento de la acción pública y de sus resultados. Sin embargo, partir de la consideración de que la evaluación y otras formas de valorar la acción pública, como por ejemplo los controles horizontales tradicionales, se complementan, permitiría avanzar hacia una auténtica rendición de cuentas. Mientras los controles horizontales tradicionales, aportan una visión interna al sistema (a partir del cumplimiento de normas y reglas jurídicas, contables o de funcionamiento) la evaluación aporta la visión externa al centrarse en los efectos y el valor público de las intervenciones públicas, además de identificar y analizar los aspectos de su diseño e implementación que son determinantes para explicar estos efectos. Por eso, es fundamental diseñar estrategias de trabajo colaborativo entre las instituciones que con una visión u otra y con enfoques y herramientas diferentes valoran la acción pública, de manera que se fomente el conocimiento mutuo y la cooperación.

El fomento del trabajo colaborativo debe extenderse también a la práctica de la propia evaluación. Propiciar cambios en la cultura de la evaluación en las orga-

nizaciones públicas, implica también que desde la evaluación se busque un entendimiento común y un significado compartido de lo que es la evaluación (Valenzuela González, Ramírez Montoya y Alfaro Rivera, 2011). Las redes de evaluación pueden ser un buen instrumento para cumplir este propósito, redes que ya empiezan a configurarse en España.

Al margen del impulso de la cultura de la evaluación hay un elemento adicional a tener en cuenta para lograr avances reales en la institucionalización de la evaluación en España. Es la garantía de independencia de las evaluaciones. El factor que más puede deslegitimar la evaluación es la falta de independencia, el hecho de que puedan existir presiones que orienten, tanto el propio proceso evaluador como el informe final o impidan su publicación. Si la evaluación no es independiente obviamente no puede cumplir su finalidad de rendición de cuentas. Y tampoco puede cumplir su propósito de contribuir al aprendizaje y mejora institucional.

Finalmente, el impulso de políticas de transparencia y evaluación, depende de la existencia de una voluntad política real de impulsar un auténtico sistema de rendición de cuentas a la ciudadanía. Esta voluntad política debe plasmarse en la existencia de marcos institucionales que impulsen la cultura de rendición de cuentas en nuestras organizaciones. Y junto a ello, una sociedad civil que, en paralelo, presione para conseguir una mayor responsabilidad de gestores y decisores públicos y alcanzar una mayor influencia sobre las administraciones a través de la participación, accediendo a información que posibilite la conformación de una opinión informada sobre las políticas y servicios públicos.

A mayor transparencia y evaluación, mayor orientación de la gestión pública a resultados y, a su vez, más rendición de cuentas.

Bibliografía

Crozier, Michel (1997). «La transición del paradigma burocrático a una cultura de gestión pública». *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 7.

Cunill Grau, Nuria (2004). «La democratización de la administración pública. Los mitos a vencer», en L.C. Bresser-Pereira; N. Cunill Grau; L. Garnier; O. Oszlak; A. Preworski: *Política y Gestión Pública*. Buenos Aires, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarollo/Fondo de Cultura Económica.

Ruiz, Ana (2017). «Evaluación, calidad democrática y mejora institucional», *Tiempo de Paz*, núm. 124.

Schedler, Andreas (2004). ¿Qué es la rendición de cuentas? México DF, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.

Tusell Collado, Alex (2015). «La calidad de la democracia y sus factores determinantes. Un análisis comparado de 60 países», *Política y Sociedad*, núm. 52 (1).

Valenzuela González, Jaime Ricardo; Ramírez Montoya, María Soledad; Alfaro Rivera, Jorge Antonio (2011). «Cultura de evaluación en instituciones educativas. Comprensión de indicadores, competencias y valores subyacentes», *Perfiles Educativos*, núm. 33 (131).

PROPUESTAS DE REFORMA PARA LA REGULACIÓN E INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA EVALUACIÓN *EX POST*

José María Jover Gómez-Ferrer
Letrado del Consejo de Estado

1. Sobre la importancia y las funciones de la evaluación ex post

En España no existe ni el hábito ni una organización institucional asentada para la evaluación *ex post* de las normas y de las principales medidas que pueden adoptarse, como el establecimiento de un sistema de subvenciones o una decisión de inversión. Ello contrasta con la situación de otros países y de la propia UE, cuyos reglamentos y directivas recogen normalmente la obligación de una revisión *ex post* pasado un período de tiempo, como se expone en el informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo Revisión *ex post* de la legislación de la UE: un sistema bien asentado, pero incompleto. Como se pondrá de manifiesto con los siguientes ejemplos, ello tiene consecuencias relevantes.

a) El caso de las renovables

En 2007 se aprobó una norma que fue fundamental para el desarrollo de las energías renovables: el Real Decreto 661/2007, que sustituía a otro anterior de 2004. En ella se preveían primas para las instalaciones de generación renovable, lo que dio lugar a un muy positivo desarrollo de este tipo de instalaciones (Jover Gómez-Ferrer, Tarlea Jiménez y Gil-Casares Cervera, 2021). Pronto, sin embargo, se advirtió que las primas eran quizá demasiado generosas, y ello motivó un crecimiento de las instalaciones con derecho a prima muy por encima de lo que la propia Administración había previsto, lo que, a su vez, provocó un incremento de los costes del sistema eléctrico. Este incremento, que tenía también otras causas no tan relevantes económicamente, debía dar lugar a un aumento del precio

de la energía eléctrica que compensase los mayores costes, de acuerdo con el régimen jurídico vigente. Dichos precios eran determinados indirectamente por el Gobierno, a través de las órdenes de peajes. Sin embargo, los gobiernos de uno y otro signo no tenían incentivos para subir dichos precios, por los costes políticos que ello trae consigo. Esto dio lugar a que de forma continua, ya desde comienzos de la década pero con más intensidad después, fueran aumentando los costes del sistema eléctrico sin que los precios (esto es, los ingresos del sistema eléctrico) subieran en la misma medida, lo que causó, a su vez, un impresionante déficit del sistema eléctrico, que en los peores momentos llegó a alcanzar una cantidad cercana a los 10.000 millones de euros anuales. Todos estos costes, sus consecuencias, y también las de no subir el precio conforme lo demandaba el aumento de los gastos, llegaron a ser de sobra conocidos, pues el sistema eléctrico tiene una contabilidad precisa, necesaria para llevar a cabo luego la liquidación de pagos e ingresos a cada uno de los agentes.

Las consecuencias de dicha situación fueron fundamentalmente dos. Primero, se aprobó una reforma que consiguió acabar con el déficit eléctrico, y hacerlo además sin incrementar los precios de la energía (lo que se hizo revisando las retribuciones de las renovables, hasta limitar su rentabilidad al 7,5 % anual de las inversiones que un inversor diligente debía haber acometido para llevar a cabo la instalación correspondiente). Las consecuencias en términos de arbitrajes internacionales y de puesta en cuestión de la seguridad jurídica para los inversores, son de sobra conocidas; lo cierto, sin embargo, es que cualquier otra alternativa hubiera dado lugar a costes sociales y de competitividad excesivos. La segunda consecuencia es que, a lo largo del proceso, aunque se contuvo la subida del precio de la electricidad, éste subió comparativamente más que en otros países, lo que, en el caso de los precios industriales, tuvo efectos en la competitividad industrial.

Este episodio —se pueden elegir muchos otros—, ilustra dos cosas. Primero, que en los sectores que llevan una contabilidad, como es el caso del sistema eléctrico, del presupuestario o del de la seguridad social, los efectos de las normas pueden ser conocidos de forma sencilla: piénsese, por ejemplo, en el coste que puede tener una subida de las pensiones o las inversiones que suponen una línea de alta velocidad. Ello permitió que posteriormente se adoptaran otras decisiones que, sin menoscabo del irrenunciable objetivo de incrementar la generación mediante fuentes renovables, recogieran soluciones más eficaces y eficientes, como la celebración de concursos públicos para la adjudicación del derecho a las primas por generación renovable. Sin embargo, en la mayor parte de los sectores falta esta contabilidad, y, a falta de una evaluación *ad hoc* de los efectos, las consecuencias negativas que pueda tener una regulación en materia de residuos, de agricultura o de política industrial, no van a poder ser conocidas ni corregidas. La situación, pues, sería peor que la expuesta en el caso del sistema eléctrico. La segunda

enseñanza es que los agentes políticos tienen con frecuencia incentivos a adoptar medidas que eviten en lo posible los costes políticos o económicos en el corto plazo, como ocurrió en el caso del déficit eléctrico, que fue incrementándose por la falta de voluntad de los agentes políticos para cumplir las normas que les obligaban a mantener un equilibrio entre costes e ingresos.

b) Sobre la ayuda de 20 céntimos por litro de combustible

Veamos otro caso. El Real Decreto-ley 6/2022, con el fin de corregir las consecuencias derivadas de la subida de los carburantes por la invasión rusa de Ucrania, previó una ayuda a los consumidores de 20 céntimos de euros por cada litro de gasolina o gasoil; de esa cantidad, 5 céntimos debía aportarlos el operador privado, y los 15 restantes la Administración. La mayor parte de los partidos políticos apoyaron esta medida, incluso los que votaron en contra del Real Decreto-ley por otras razones. Es evidente que dicha ayuda era, al menos en términos electorales y estratégicos, una buena medida, a la que era difícil oponerse.

Esta norma, al parecer, no ha sido objeto de evaluación *ex post* por la Administración, pero sí por los expertos, que muy pronto pusieron de manifiesto los efectos derivados de ella (Jiménez, Perdiguero y Cazorla Artiles, 2022). En efecto, se trataba de una ayuda que era contraria al criterio de progresividad, dado que beneficiaba más a las rentas más altas (pues son las que consumen más carburante); tenía un fuerte coste presupuestario, lo que, más allá de los potenciales efectos en el déficit público, suponía un indudable coste de oportunidad dado que impedía tomar otras medidas dirigidas a los sectores más vulnerables; y tercero, sus efectos ambientales no eran positivos, ya que una ayuda al consumo de carburante es un incentivo a conductas emisoras de gases de efecto invernadero. En el otro lado de la balanza, la medida pudo tener efectos en relación con la inflación, si bien aquí se ha cuestionado si estos efectos no hubieran sido mayores en el caso de medidas dirigidas a sectores más vulnerables y a los profesionales que intervienen en la cadena de producción (transportistas). Por todo ello, con buen criterio posiblemente, el Gobierno decidió no prorrogar la medida.

De nuevo, este ejemplo evidencia que los efectos de una decisión son dispares: pueden ser beneficiosos para los agentes políticos —sean del signo que sean—, y, sin embargo, ser negativos desde el punto de vista social, económico y ambiental. Desconozco si la memoria del Real Decreto-ley había hecho una evaluación *ex ante* de estos efectos y si ordenaba una evaluación *ex post*, pues, salvo error, la memoria no ha sido publicada. Pero no cabe duda de que unas evaluaciones semejantes, hechas con cuidado, podían haber corregido estos efectos.

c) Sistema de ayudas

Como es sabido, el sistema de ayudas públicas tiene, entre otras finalidades, la de contribuir a la redistribución de la renta, con el fin de corregir la desigualdad. Lo cierto, sin embargo, es que en España dicha finalidad debe ser puesta en duda, no tanto por una falta de voluntad como por la ausencia de evaluaciones que permitan conocer los efectos reales que tienen los sistemas de subvenciones y ayudas públicas.

Las insuficiencias de los sistemas de ayudas y subvenciones fueron puestas de manifiesto por la Agencia Independiente de Responsabilidad Fiscal (en lo que sigue, citada por sus siglas AIReF) en su estudio sobre Evaluación de estrategia y procedimiento de las subvenciones, publicado en junio de 2019, en el que evidenciaba, por una parte, la ausencia de planes estratégicos previos que permitiesen establecer la vinculación de los sistemas de ayudas con las políticas públicas. Pero sobre todo, en lo que ahora interesa, se indicaba que los controles de las subvenciones son sólo de legalidad, sin llevar a cabo una evaluación de eficacia y eficiencia, a pesar de que está prevista en la normativa vigente. Los mecanismos de evaluación *ex post* se limitan a indicadores de ejecución presupuestaria o procedimiento (como número de convocatorias o solicitantes), sin incluir otros que permitan medir la consecución de objetivos.

Uno de los resultados de estas consideraciones se pone de manifiesto con claridad en el plan España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo, elaborado por la Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia en 2021. Se plantea en dicho plan por qué en España el efecto redistributivo de las ayudas es menor que en la mayoría de los países europeos, lo que se debe en primer lugar a la falta de financiación; pero seguidamente se refiere otra razón cuya explicación no puede ser más expresiva: «Por otro [lado], el diseño mismo del sistema de protección social, que concede un menor peso relativo a aquellas transferencias que más directamente benefician a los colectivos más pobres (por ejemplo, ayudas a la vivienda, infancia o inclusión social) y a las prestaciones no contributivas (solo un 20 % del total), algo especialmente problemático dados los elevados niveles de subempleo y desempleo que registra nuestro país. El resultado es un sistema en el que el quintil más rico recibe más transferencias públicas (30 %) que el quintil más pobre (el 12 %). En la OCDE, tan solo Portugal, Italia y Grecia tienen sistemas más regresivos en este sentido».

d) Las funciones de la evaluación ex post

Los tres ejemplos expuestos evidencian la importancia de la evaluación *ex post*. Sólo si esta se efectúa se puede tener conocimiento de los efectos reales que

derivan de una medida, sea la aprobación de una norma, el establecimiento de un régimen de ayudas o subvenciones o la decisión de invertir en una infraestructura como una línea de tren de alta velocidad o un aeropuerto regional. Y sólo conociendo estos efectos se pueden adoptar las medidas que corrijan los fallos y llevar a cabo un aprendizaje regulatorio.

De otra parte, la evaluación *ex post* es un instrumento fundamental de responsabilidad y dación de cuentas (*accountability)*, dado que permite poner de manifiesto los efectos que se siguen en el largo plazo de las decisiones que adoptan los agentes políticos. Ello puede ser relevante para corregir o compensar los incentivos que pueden tener dichos agentes en la toma de decisiones para primar el corto plazo y para evitar aquellas medidas que, aunque puedan resultar positivas o incluso necesarias en el largo plazo, tienen costes políticos inmediatos que se intentan soslayar.

En definitiva, las funciones que cumple la evaluación *ex post* son las siguientes:

— De una parte, favorece la *regulación inteligente* que se vincula con la exigencia de que la ordenación de un sector cumpla el fin que se ha propuesto y que lo haga con la mayor eficacia y eficiencia.
— En segundo lugar, permite el *aprendizaje regulatorio* que resulta de una evaluación sistemática de los efectos de las decisiones y normas. En efecto, antes de aprobar una norma es necesario llevar a cabo la evaluación *ex ante*, como ejercicio que hace la memoria para prever los impactos económicos, sociales y ambientales que puede tener una disposición. La realización sistemática de evaluaciones *ex post* pone de manifiesto los errores cometidos en dichos análisis anteriores a la aprobación y permite aprender de ellos, evitándolos en el futuro.
— En tercer lugar, la evaluación *ex post* posibilita la dación de cuentas y asunción de responsabilidades (*accountability*), y contribuye a evitar los incentivos que pueden tener los agentes políticos para primar en sus decisiones el corto plazo y aquellas medidas que evitan los costes políticos.

El adecuado cumplimiento de estas funciones exige, pues, una evaluación sistemática de los efectos de las normas. Y requiere que se lleven a cabo en determinadas condiciones que permitan cumplir las funciones que han sido expuestas.

2. Calidad normativa y calidad de gobierno

Los problemas a los que se ha hecho referencia tienen que ver con la *calidad normativa*, pero también con la *calidad de gobierno*. La diferencia entre estos

conceptos proviene de la disciplina de entrada en cada uno de estos ámbitos: el primero es un concepto típicamente jurídico, el segundo hace referencia a la ciencia política. El desarrollo de ambas ideas en las últimas décadas ha puesto de manifiesto la necesidad de tomar en consideración ambas aproximaciones, asumiendo una perspectiva común que integre el aspecto jurídico y el político, junto a otros enfoques y metodologías también necesarios, como el económico o el estadístico. Gobernar bien exige regular bien.

La evolución de la idea de calidad normativa en los dos últimos siglos ha supuesto un proceso de ampliación del concepto, de lo formal a lo sustantivo y de los criterios estrictamente jurídicos —siguiendo el afán de pureza de Kelsen— a los extrajurídicos, relativos a consideraciones de política económica y social.

Así, el enfoque característico del momento de la codificación que caracteriza el siglo XIX es el relativo a la calidad técnico-formal, que se vincula con la claridad de lenguaje, el uso apropiado de los conceptos jurídicos y la necesidad de evitar lagunas y antinomias.

Cuando en el siglo siguiente la idea de Estado de Derecho pasa a ocupar el lugar central, la calidad va a centrarse en el contenido de la norma, cuidando su ajuste a derecho, lo que incluye ya la Constitución, con los aspectos relativos al sistema de fuentes y a la distribución competencial, pero también a los principios de la Norma Fundamental, como el de seguridad jurídica, el de irretroactividad o el de confianza legítima, que contribuyen a cuestionar, siempre conforme a criterios jurídicos, la solución misma adoptada por el titular de la potestad normativa.

El tercer enfoque, el más reciente, tiene una pretensión más ambiciosa. Una norma dotada de calidad es aquella que cumple su finalidad, que acierta, nos dicen las Better Regulation Guidelines de la Comisión Europea de 2021. La calidad hace referencia a los criterios de fondo de la regulación. Pero no lo hace ya desde una perspectiva exclusivamente jurídica, sino que afecta al núcleo mismo de la política, para verificar si cumple los fines propuestos con eficacia y eficiencia. En este nuevo contexto, las exigencias de evaluación de las normas antes y después de su aprobación son la clave misma del sistema de calidad normativa, que ahora pasa a pivotar sobre la memoria del análisis de impacto normativo: el documento que evalúa *ex ante* los posibles efectos económicos, sociales y ambientales de la norma, que escoge la alternativa más adecuada de entre varias posibles, y que determina cuándo la disposición deberá ser objeto de evaluación *ex post*.

Si enfocamos la cuestión desde el punto de vista de la calidad de gobierno, como concepto propio de la ciencia política, el punto de llegada es el mismo. La calidad de gobierno aspira a la racionalidad del sistema político, entendida como su capacidad de conseguir el mayor bienestar económico y social, dentro de un marco sostenible, sobre todo desde la perspectiva medioambiental. La mayor ra-

cionalidad del sistema político no depende tanto de los cargos y funcionarios que lo integran como de las rutinas y procedimientos del propio sistema. Se trata de evitar que los incentivos políticos que todo agente tiene desplacen el logro de un mayor bienestar social y económico; de conseguir que las políticas no consistan en decisiones adoptadas en un momento y mantenidas por la inercia de las cosas, como ocurre con nuestro sistema de ayudas; se trata, en definitiva, de hacer un sistema que pueda aprender y corregir los errores.

De esta manera, pues, la clave tanto de la calidad normativa como de la calidad de gobierno, desde una y otra perspectiva (la jurídica y la política), es la misma idea: la necesidad de establecer unas rutinas o procedimientos adecuados con el fin de conseguir que las normas y otras decisiones cumplan los fines perseguidos de forma eficaz y eficiente. A la ciencia política le corresponde señalar cuáles son las funciones de dichos procedimientos, los problemas u obstáculos que presenta el sistema político y jurídico para logar tal calidad y la forma de organizarnos. A los juristas les incumbe determinar cómo se deben regular dichos procedimientos y establecer un sistema institucional adecuado que permita su implementación. Pero para determinar cuándo una norma debe ser evaluada *ex post*, conforme a qué procedimiento y con qué efectos, es necesario asumir un enfoque amplio que no trace ineficientes barreras entre ambas disciplinas.

3. Las exigencias de la evaluación *ex post*

Para que la evaluación *ex post* pueda cumplir las funciones que le son propias, es necesario que cumpla determinados requisitos, que seguidamente se pasan a examinar.

a) Ámbito de aplicación: supuestos en los que debe hacerse la evaluación ex post

En cuanto al ámbito de la evaluación *ex post*, se pueden señalar tres condiciones: proporcionalidad, obligatoriedad y generalidad.

La proporcionalidad es importante para determinar en qué casos debe llevarse a cabo la evaluación *ex post* y para establecer las condiciones en las que debe hacerse. Implica, pues, que sólo debe exigirse la evaluación cuando la norma sea susceptible de tener efectos económicos, sociales o ambientales relevantes, y que las exigencias asociadas a dicha evaluación deben ser acordes con la importancia de dichos efectos. Se persigue con ello evitar que la evaluación *ex post* se convierta en un coste innecesario o una carga burocrática cuyo cumpli-

miento se acaba haciendo puramente formal, como ha ocurrido con frecuencia con algunas de las evaluaciones de impacto contenida en las memorias que acompañan a las normas.

La obligatoriedad quiere decir que cuando se estima que una norma debe ser evaluada por los efectos, ello se debe imponer como una exigencia a la autoridad que ha dictado la norma, sin que pueda soslayarla. La finalidad de este requisito es claro, y consiste en evitar los incentivos que pueden tener los agentes políticos para no evaluar aquellas decisiones que se adoptan por razones estratégicas, a pesar de conocer sus efectos adversos en el largo plazo o su efecto negativo para resolver problemas estructurales. Exige, por una parte, que una norma de rango legal determine de forma suficientemente precisa aquellas disposiciones que deben ser objeto de evaluación; por otra, requiere que existan mecanismos que garanticen el cumplimiento de dicha obligación. Esto último tiene dificultades inevitables. En efecto, la garantía difícilmente puede articularse judicialmente; por ello, es importante el establecimiento de un sistema institucional adecuado que permita garantizar el efectivo cumplimiento de esta exigencia.

El tercer requisito consiste en la generalidad. La idea última es muy clara: toda decisión con efectos relevantes, con independencia de cuál sea su naturaleza y objeto, debiera someterse a un análisis por sus efectos. En este trabajo se ha centrado la atención en la evaluación de normas, pero la misma idea es aplicable en relación con el establecimiento de sistemas de ayudas y subvenciones o con las principales decisiones de inversión. La importancia de extender la evaluación a este tipo de decisiones se hace evidente si vemos algunos ejemplos de las evaluaciones hechas por el Tribunal de Cuentas de la UE[1] o por AIReF[2]. En lo que sigue, haremos referencia principalmente a la evaluación *ex post* de las normas, pero las ideas pueden ser aplicables mutatis mutandis a los otros dos supuestos.

b) Sobre el procedimiento de evaluación *ex post*

En cuanto a la forma de realizar la evaluación *ex post*, la evaluación previa requiere dos condiciones fundamentalmente: calidad técnica e independencia.

Calidad técnica implica que las evaluaciones deben ser realizadas por personal con conocimientos técnicos suficientes y siguiendo protocolos adecuados. Ello exigirá poder contar con expertos con conocimientos suficientes en el sector de que se trate, y también la presencia de economistas o estadísticos, con

[1] Como el informe especial Infraestructuras aeroportuarias financiadas por la UE: escasa rentabilidad, de 2014.

[2] Como el Estudio Infraestructuras de Transportes de 2020 que realizó dicho organismo en el ámbito de la Evaluación del Gasto Público de 2019.

el fin de evitar análisis puramente cualitativos o carentes de cualquier evidencia empírica.

Pero, además de la pericia técnica, es preciso también que aquellos funcionarios y órganos que hacen la evaluación tengan garantizado un adecuado nivel de independencia respecto de los agentes políticos. Se trata de garantizar que las evaluaciones sean honestas, evitando los incentivos que pudieran derivar de la relación entre el evaluador y el agente político directamente interesado en el resultado de dicha evaluación. Se ha señalado que el nivel de independencia debe ser adecuado; con ello se trata de poner en relación las exigencias dirigidas a garantizar dicha independencia con la concurrencia de mayores o menores incentivos políticos que puedan interferir en su relación. Así, por ejemplo, en relación con un real decreto que fija los elementos para determinar el precio que debe recibir un sujeto del sistema eléctrico, la propia naturaleza técnica de la operación hace que la exigencia de independencia sea menor que cuando, por ejemplo, se aprueba una Ley que regula un sector, como la vivienda, estableciendo importantes obligaciones o ayudas para los agentes privados.

Al margen de lo anterior, cuando la norma o decisión que se evalúa ha tenido un impacto significativo en un sector, resulta también razonable oír a los interesados, puesto que son ellos los que mejor pueden dar cuenta de los efectos derivados de la medida. Esto puede ser particularmente aconsejable cuando el impacto en distintos sujetos del sector —por ejemplo, los operadores mayoristas, los minoristas y los consumidores— ha sido diverso.

c) Efectos de la evaluación

La evaluación sirve principalmente para mejorar la regulación. Por ello, no puede verse como un trámite independiente o autónomo, sino como parte del ciclo del ejercicio de la potestad normativa. Del mismo modo que el ciclo no empieza cuando se acuerda iniciar el procedimiento de elaboración de la norma, sino mucho antes, con la planificación, tampoco termina con la aprobación de la norma, sino que a esta le sigue la necesaria evaluación. Además, existe una conexión entre dicha evaluación y la planificación normativa, puesto que el resultado de aquella ha de consistir en determinar si procede mantener, derogar o modificar la disposición objeto de análisis, lo que tendrá su correspondiente reflejo en la planificación. De este modo, el proceso normativo no se define como lineal, con un principio y final determinado, sino circular, en un proceso que se va retroalimentando.

Pero además hemos visto que la evaluación se corresponde con la dación de cuentas del poder político. De ahí que sea necesario cumplir con las exigencias de

transparencia, publicando los resultados de la evaluación. Además, en algunos casos de normas particularmente relevantes, puede ser de utilidad someter el informe de evaluación a examen de los órganos políticos, ya sea del Gobierno en el caso de reglamentos, o del Parlamento en el caso de leyes.

4. Principales problemas de la evaluación *ex post* en España

Si examinamos el panorama español en lo que se refiere a la evaluación *ex post* de las normas, lo primero que llama la atención son los escasos supuestos en los que se lleva a cabo y la inexistente publicidad de los resultados de las evaluaciones que puedan haber efectuado. Ello contrasta con la circunstancia de que en muchos casos la evaluación *ex post* esté prevista en las memorias que acompañan a la norma, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.4 del Real Decreto 286/2017. De conformidad con el artículo 28 de la Ley del Gobierno, el informe anual de evaluación que ha de aprobar el Consejo de Ministros debería incluir las conclusiones de las evaluaciones normativas que se hayan llevado a cabo; sin embargo, los últimos informes anuales aprobados no se refieren a la realización de estas evaluaciones, lo que es posiblemente consecuencia de que no se han llevado a cabo.

Dicha falta de evaluación *ex post* contrasta sin embargo con algunas evaluaciones que se realizan por la academia y por algunas instituciones públicas, como el Banco de España (Barceló, Izquierdo, Lacuesta, Puente, Regil y Villanueva, 2021).

La ausencia de dichas evaluaciones en el ámbito de la Administración General del Estado, antes que a cuestiones normativas, se debe posiblemente a dos circunstancias: primero, la falta del hábito evaluador, más generalizado en otros países; y segundo, la falta de una organización institucional que permita hacer valer las exigencias previstas en el régimen vigente sobre la evaluación *ex post* de las normas. Esto último explica, por ejemplo, por qué en el ámbito que se corresponde con las competencias de AIReF las evaluaciones de los efectos de determinadas medidas y decisiones han sido más comunes.

En este sentido, el sistema burocrático español presenta importantes deficiencias. Algunas de ellas hacen referencia a la **falta de separación de las élites políticas y burocráticas**. Como es sabido, los altos cargos en España son libremente elegidos y cesados por el Presidente del Gobierno —en el caso de los ministros— o por el Gobierno —secretarios de estado, subsecretarios, secretarios generales y directores generales—. Ello determina que en todos estos casos haya una dependencia política de lo que debieran ser las élites burocráticas, frente a lo que ocurre en otros países en los que tanto la carrera administrativa como los puestos reservados a élites políticas y burocráticas están separados (Dahlström y

Lapuente, 2018). Esta dependencia o falta de separación entre élites políticas y burocráticas supone, pues, un riesgo para la independencia de la evaluación, que deberá ser llevada a cabo normalmente por los funcionarios bajo la dirección de aquellas élites.

Pero, más allá de este problema, que no es objeto del presente trabajo, hay una cuestión más básica, que es la relativa a la **falta de especialistas** —principalmente economistas— en muchos departamentos. Como se ha señalado, la evaluación de las normas, *ex ante* y *ex post,* precisa de economistas, tanto cuando hace referencia a los aspectos puramente económicos como a los sociales. Sin embargo, la inercia organizativa hace que los economistas se agrupen en uno o dos ministerios —el de economía y el que tiene incluida la secretaría de estado de comercio—, y que muchos de los departamentos y secretarías de estado que gestionan una parte importante del PIB, como agricultura o industria, carezcan de economistas. Ello puede deberse tanto a razones orgánicas vinculadas con las relaciones de puestos de trabajo, como retributivas, por las diferencias entre departamentos del concepto retributivo de productividad. Como consecuencia de lo anterior, cualquier ejercicio de evaluación de la norma, sea antes de su aprobación como proyección o después como una suerte de control y mecanismo de aprendizaje, es en muchos casos poco más que un ejercicio voluntarista, carente del apoyo técnico suficiente.

En estas circunstancias, no hay incentivos para llevar a cabo la evaluación de las normas y del resto de decisiones relevantes. Las élites políticas no tienen incentivos para evaluar las normas que han aprobado, cuando dichos análisis pueden comprometer su responsabilidad, esto es, en aquellos casos en los que el acierto de la decisión puede ser más cuestionado. Correr tal riesgo no es una decisión racional si atendemos únicamente al punto de vista estratégico. El juego de incentivos es, en este ámbito, el mismo que el que tiene lugar en el ámbito de la colonización de las instituciones, en la que los agentes políticos a menudo perciben que un órgano independiente o arbitral colonizado ideológica o partidistamente supone menos obstáculos para la política propia. Conviene insistir en que no se trata de un problema de mala voluntad, sino de falta de incentivos: es parte del inevitable juego político, en el que el objetivo consiste en maximizar el apoyo electoral. Pero los funcionarios tampoco tienen incentivos para realizar evaluaciones para las que, a menudo, no están preparados técnicamente.

Además, la falta de incentivos no lo es solo para evaluar las normas, sino también, y sobre todo, para establecer un sistema efectivo de evaluación que comprometa al propio poder político. Es evidente, en efecto, que un agente político no tiene incentivos para aprobar una norma que le obligue a evaluar los efectos positivos o negativos de las principales decisiones que adopta. Y tampoco los tendrá para que, cuando dicha evaluación vaya a hacerse —por imponer-

lo, por ejemplo, el derecho de la UE—, se establezca un régimen jurídico que garantice la independencia en su realización. Es sintomático que los mecanismos introducidos para racionalizar el sistema, como la creación de AIReF, hayan venido como imposición de la UE, como si, de alguna manera, sólo desde las instancias europeas pudieran llegar este tipo de medidas racionalizadoras del sistema político.

En este contexto, es evidente la importancia de contar con un régimen jurídico adecuado que imponga la evaluación *ex post* con las condiciones antes señaladas. Sí los incentivos de los agentes políticos pueden ser contrarios a la evaluación normativa y, cuando esta se efectúa, para que sea independiente, es evidente que es el Derecho el que debe establecer los mecanismos necesarios para imponerla como exigencia y no mera opción voluntaria, y para garantizar dicha independencia. Es el ordenamiento jurídico el que debe corregir las disfuncionalidades y garantizar la existencia de una organización suficiente que permita la separación de los aspectos político y técnico y contar con funcionarios adecuados en los departamentos para llevar a cabo las evaluaciones. Lo cierto, sin embargo, es que el régimen vigente no es suficientemente ambicioso ni, sobre todo, está siendo cumplido.

Básicamente, los principales grupos normativos relativos a la evaluación de normas y otras medidas son tres.

El primer grupo normativo es el relativo a la evaluación *ex post* de las normas, contenido en las siguientes disposiciones: la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, modificada por la Ley 40/2015, que se aplica exclusivamente a la Administración General del Estado, y el Real Decreto 286/2017, que desarrolla lo dispuesto en la Ley del Gobierno y que, por ello, es aplicable sólo a la Administración General del Estado. Este conjunto normativo, sustancialmente establecido mediante las leyes de 2015 y completado por el desarrollo reglamentario de 2017, constituyó un paso importante para tratar de introducir la evaluación *ex post*. Con todo, el grado de ambición no era, desde luego, excesivo y lo que es peor es que no ha existido la voluntad política de aplicar dicho régimen.

Sobre estas disposiciones, y en relación con las exigencias que debe tener la evaluación *ex post*, la principal limitación es, posiblemente, que las leyes citadas no determinan su carácter obligatorio, lo que ha facilitado la falta de consolidación del hábito evaluador. Esta insuficiencia fue corregida en parte por el desarrollo reglamentario —qué estableció unos criterios para determinar cuándo debiera hacerse la evaluación *ex post*— y por la doctrina del Consejo de Estado, que ha interpretado de forma amplia la exigencia de llevar a cabo la evaluación (dictámenes núm. 53/2021, 196/2021, 1867/2022, 1915/2022, 111/2023 y 288/2023,

entre otros muchos). No obstante, lo cierto es que el hábito evaluador no ha llegado a imponerse.

En segundo lugar, es preciso hacer referencia a la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de las políticas públicas. No cabe duda, de nuevo, de que se trata de un intento notable de generalizar la evaluación de las políticas públicas. Hay que señalar, no obstante, que de la lectura de dicha Ley no se desprende con la debida claridad en qué forma se deslinda la evaluación de las normas y la de las políticas públicas, y cómo se articulan ambos tipos de evaluaciones. En realidad, en este ámbito la práctica legislativa española parece desplazarse en un movimiento pendular, pues mientras unos gobiernos insisten y regulan la evaluación de las normas, los otros se centran en las políticas públicas. Y el resultado es que ni la una ni la otra terminan por consolidarse. Es evidente, por ello, que es necesario contar con un marco integrador de ambos tipos de prácticas evaluadoras con el fin de evitar redundancias e ineficiencias y de permitir asentar unos hábitos regulares.

En todo caso, considero que, en línea con la práctica que lleva a cabo la UE de las normas que aprueba, la necesaria evaluación de las políticas públicas debe dejar a salvo la especificidad propia de la evaluación normativa, como juicio a la norma, si se permite la expresión, en la que se verifica si los efectos derivados de ella han sido los esperados, si se han producido otros no previstos y, sobre todo, si la norma debe ser derogada, mantenida o modificada. Solo de esta manera podremos dotar de la necesaria racionalidad al sistema político y al jurídico.

En fin, cabría hacer referencia al régimen de AIReF, organismo independiente encargado de emitir informes, opiniones y estudios vinculados con la evaluación continua del ciclo presupuestario, del endeudamiento público y del análisis de las previsiones independientes. Sin duda, la creación de este organismo ha supuesto un avance muy importante. En este sentido, no es un dato menor la independencia, jurídica y de facto, con la que ha desarrollado sus funciones, al menos hasta el momento. Acaso, este éxito ponga de manifiesto que la generalización de la evaluación *ex post* de las normas no pueda llegar a tener éxito si no es mediante la creación de un organismo independiente al que se le dé responsabilidad en la materia, como ocurre en otros países.

5. Algunas propuestas

A la vista del esquema expuesto, se harán seguidamente algunas propuestas que a nuestro juicio permitirían asentar la evaluación *ex post* de las normas y otras medidas relevantes. En aras de la mayor claridad, se incluye al final un anexo con las propuestas de reforma dirigidas a establecer un sistema de evaluación.

a) Regulación

La principal cuestión que cabría suscitar en este ámbito consiste en determinar si la regulación de la evaluación *ex post* debe llevarse a cabo en una norma general que contenga una regulación completa, o en cada norma, que sería la encargada de regular su propio proceso de evaluación. La primera opción presenta ventajas, ya que facilitaría el establecimiento de la evaluación como obligación para la autoridad política; no obstante, podría generar problemas de falta de flexibilidad y adecuación al caso. Se propone, por ello, una solución mixta.

Así, en primer lugar, se considera que sería adecuado que una ley estableciera los criterios generales de evaluación *ex post* de las normas y de las principales decisiones (incluidos los sistemas de ayudas y las decisiones sobre inversión). De esta forma, a través de una norma de rango legal, se garantizaría la obligatoriedad, proporcionalidad y generalidad de la evaluación. Consecuentemente, este sistema debiera determinar con precisión los supuestos en los que dicha evaluación será obligatoria y establecer algunos criterios generales del procedimiento dirigidos a garantizar la calidad técnica y adecuada independencia del proceso evaluador. La evaluación debe configurarse como una obligación cuando la norma tiene efectos económicos, sociales o ambientales significativos. La exigencia de independencia debiera ser mayor en las normas de mayor importancia política —como las leyes que regulan aspectos políticos relevantes—. Además, dicha ley debiera ser coherente con el régimen de evaluación de políticas públicas y con las funciones evaluadoras que corresponden a AIReF, principalmente en el ámbito del gasto público, partiendo pues de una perspectiva holística y estableciendo un marco coherente.

Posteriormente, a partir de estos criterios generales sería cada norma en particular la que en su parte final aplicase aquellos criterios generales, determinando si la disposición debe ser objeto de evaluación *ex post* y concretando el procedimiento y el momento para llevar a cabo la evaluación, de forma semejante a lo que ocurre con muchas directivas y reglamentos comunitarios. Se estima que es mejor que dicha exigencia se incluya en la parte normativa y no en la memoria, como ocurre ahora, con el fin de salvar su fuerza vinculante. Por otra parte, esta función de concretar en la norma en cuestión el procedimiento correspondiente permitiría compatibilizar los mandatos generales recogidos en la Ley con la adecuación del proceso evaluador a cada caso concreto.

b) Procedimiento

En cuanto a la articulación técnica de la evaluación, es necesario contar con procedimientos que combinen adecuadamente la capacidad técnica y la indepen-

dencia. Además, debe darse mayor importancia a la independencia del órgano evaluador cuando la norma tenga una importancia política mayor —como es el caso de las leyes—, tanto por la relevancia que tiene una evaluación adecuada de sus efectos, como por la necesidad de evitar incentivos a evaluaciones sesgadas en uno u otro sentido.

Para ello, en lo que hace al procedimiento general de evaluación de las normas, el sistema más adecuado consiste a nuestro juicio en que sea el propio departamento el que, con audiencia al sector, lleve a cabo dichas evaluaciones, previendo la intervención de órganos dotados de independencia. A este respecto, nuestro sistema administrativo cuenta con algunos de estos organismos dotados de capacidad técnica e independencia para llevar desempeñar dicho papel. Es el caso, por ejemplo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en los sectores regulados (como la energía o las telecomunicaciones) y en aquellos casos en los que la norma puede afectar de forma relevante a la competencia, y de AIReF en el caso del gasto público. Cabría plantear, a este respecto, la posibilidad de contar con órganos análogos o extender las competencias de los ya existentes en relación con otros sectores en los cuales no se cuenta con este tipo de entidades independientes y dotadas de capacidad técnica, como es el caso de la agricultura, la industria o el medio ambiente. A este respecto, a título de ejemplo, pueden ponerse de manifiesto las recientes normas adoptadas en materia de residuos, que tienen importantes impactos tanto en relación con los objetivos medioambientales y de lucha contra el cambio climático, como económicos en relación con la regulación de los sectores industriales; en este ámbito, contar con un organismo que pudiera evaluar unos y otros efectos, y hacer el correspondiente análisis sobre la posibilidad de adoptar otras medidas más eficientes ayudaría a corregir eventuales fallos regulatorios, con importantes beneficios tanto en lo ambiental como en lo económico.

La segunda fase del procedimiento debiera consistir en el sometimiento de la evaluación a un órgano central de evaluación encargado de llevar a cabo un control de calidad y, en su caso, de sugerir los cambios normativos que pueden ser adecuados a la vista del resultado del informe. Como ocurre en otros países, este órgano podría además facilitar protocolos de evaluación con el fin de facilitar la labor de los órganos de los ministerios, como sucede con el Regulatory Policy Committee del Reino Unido. La configuración de este órgano, que sería la pieza central del sistema, debiera garantizar su independencia.

En el caso de las disposiciones de rango legal y de las disposiciones con efectos más relevantes, cabría considerar la creación de un órgano dependiente del Parlamento, con independencia acreditada como condición de su autoridad, que hiciera evaluaciones sistemáticas de las principales decisiones adoptadas. En este ámbito, a pesar del modelo continental de nuestro Tribunal de Cuentas, cabría

explorar la posibilidad de atribuir la competencia para la realización de informes de evaluación sobre los efectos de las normas, más allá de los aspectos contables.

En cuanto a la ubicación sistemática del órgano central encargado de la evaluación de las normas, se presenta en el derecho comparado una alternativa fundamentalmente: o bien su ubicación cerca del departamento encargado de la Hacienda, o bien su dependencia de Presidencia del Gobierno. A mi juicio, esta última opción es más adecuada, dada la conexión de la evaluación *ex post* de las normas con el propio proceso normativo, que debe estar dirigido y coordinado desde la propia presidencia del gobierno (De la Fuente, 2022). Además, ha sido un criterio propuesto por la OCDE en su Recomendación sobre Política y Gobernanza Regulatoria de 2012.

En relación con los procesos de evaluación que se llevan a cabo con los regímenes de ayudas y con las decisiones de inversión, debería reconocerse el papel que puede corresponder a AIReF en este punto, por su notable aunque corta experiencia y la autoridad ganada en ese tiempo, pues, como se ha señalado antes, además de las competencias que se le atribuyen en su Ley de creación, la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, ha venido ya haciendo importantes evaluaciones en este ámbito.

Por último, desde el punto de vista organizativo es necesario disponer en todos los departamentos de funcionarios con las habilidades técnicas necesarias para poder desarrollar estas funciones, y llevar a cabo una adecuada organización que permita situar a esta persona en los órganos encargados de la evaluación en cada departamento.

c) Sobre los efectos de la evaluación

Los informes de evaluación debieran contener un apartado en la conclusión con propuestas normativas concretas, de modificación, mantenimiento o derogación de la norma que se evalúa. Como se ha indicado, sólo de este modo resulta posible insertar la evaluación de las normas como una fase más del ciclo correspondiente al ejercicio de la potestad normativa, como paso intermedio entre su aprobación y la siguiente planificación normativa.

Además, debiera garantizarse la publicación de los informes de una forma sistemática y fácilmente accesible.

6. Consideración final

Una generalización de un sistema de evaluación conforme con los criterios expuestos permitiría confiar la racionalidad del sistema jurídico y político (de la calidad normativa y de gobierno), no a las personas que en cada momento ocupan los puestos más elevados de la organización, sino a un conjunto de rutinas y procedimientos.

Con todo, es necesario hacer una consideración final. El sistema político no es el único que presenta disfuncionalidades. Como es de sobra conocido, otros sistemas, como el económico, también las presentaban en el pasado y aun hoy en día. Piénsese, por ejemplo, en lo que ocurría con las normas sobre contaminación: hace ya bastante tiempo, cuando no existían normas jurídicas que limitaran de forma efectiva la actividad contaminante de las empresas, la conducta más racional desde el punto de vista estratégico para cualquier agente económico consistía en no limitar las emisiones de contaminantes, dado que ello evitaba costes adicionales y permitía establecer precios más bajos en el mercado, con la consiguiente ganancia competitiva. Estas externalidades han sido corregidas al menos en buena parte por el sistema político y el jurídico, imponiendo costes en forma de tasas y sanciones a dichas actividades contaminantes, de forma que hoy en día, para una empresa, la conducta más racional desde el punto de vista estratégico consiste en limitar las emisiones y la contaminación de las aguas y el medio ambiente. Mediante este tipo de soluciones se consigue anular o neutralizar los incentivos que tienen los agentes económicos para llevar a cabo acciones que suponen daños desde el punto de vista social.

El sistema político también presenta un tipo característico de externalidades: para un agente político, aprobar una norma que prima el corto plazo aunque tenga un coste mayor a largo plazo, colonizar las instituciones, o evitar la aprobación de medidas que, aunque necesarias, tienen costes políticos, son todas ellas conductas racionales si atendemos únicamente al punto de vista estratégico. Es evidente, sin embargo, que no lo son desde el punto de vista de la racionalidad social, esto es, del aumento del bienestar económico, social y ambiental. La situación no es aquí muy diferente a la que se ha señalado en el ámbito económico: es necesario adoptar ciertas reglas jurídicas que corrijan estos incentivos, sometiendo las normas a un procedimiento de evaluación *ex ante* y *ex post* que evidencie sus efectos en el corto y largo plazo y permita la dación de cuentas (*accountability*); es preciso, igualmente, limitar la colonización de las instituciones. El problema principal es que, a diferencia de lo que ocurre con las externalidades económicas, es aquí el propio sistema político el que debe corregir estos incentivos disfuncionales estableciendo dicho sistema de evaluación. Como es obvio, si los agentes políticos tienen incentivos para realizar estas conductas, no los van a te-

ner para corregir el propio sistema de incentivos. Es claro, por ello, que cualquier reforma del sistema político y burocrático en este ámbito debe partir de una voluntad clara de los propios agentes políticos y, a ser posible, del necesario consenso entre las fuerzas políticas. La dificultad de que se manifieste una voluntad clara de reforma es evidente, si bien cabe hacer referencia a aquellos supuestos de *crisis óptimas* de Hirschman, que ponen en primer lugar de la agenda la necesidad y urgencia de la reforma (Adelman, 2014). Por otra parte, obtener un consenso entre las fuerzas políticas permitiría evitar situaciones como las que se han producido hasta ahora, en el que una suerte de movimiento pendular entre la evaluación normativa y la evaluación de políticas públicas parece haber obstaculizado la institucionalización y generalización del proceso evaluador.

Bibliografía

Adelman, Jeremy (2014). *Worldly philosopher: The odyssey of Albert O. Hirschman*. Princeton, Princeton University Press

Barceló, Cristina; Izquierdo, Mario; Lacuesta, Aitor; Puente, Sergio; Regil, Ana; Villanueva, Ernesto (2021). *Los efectos del salario mínimo interprofesional en el empleo: nueva evidencia para España*, Madrid, Banco de España

Dahlström, Carl; Lapuente, Víctor (2018). *Organizando el Leviatán. Por qué el equilibrio entre políticos y burócratas mejora los gobiernos*, Barcelona, Deusto

De la Fuente, Ángel (coord.) (2022). *La evaluación de políticas públicas en España: antecedentes, situación actual y propuestas para una reforma*, Madrid, FEDEA

Jiménez, Juan Luis; Perdiguero, Jordi; Cazorla Artiles, José Manuel (2022). «El efecto del descuento de 20 céntimos sobre los precios de gasolinas y diésel en España». *Blog Nada es Gratis* (30 de mayo de 2022).

Jover Gómez-Ferrer, José María; Tarlea Jiménez, Rocío; Gil-Casares Cervera, Cristina (2021). *Regulación del sistema eléctrico*, Cizur Menor, Aranzadi

ANEXO

Principales propuestas para mejorar la evaluación ex post en España

Fase	Principios
Regulación	Regulación en una ley del régimen de evaluación *ex post* de las normas, que establezca: • los principios del modelo • la articulación sistemática con el resto de los mecanismos de evaluación como es el de las políticas públicas (Ley 27/2022) y el previsto en relación con las competencias atribuidas a AIReF (Ley orgánica 8/2014).
Ámbito	— *Principio de obligatoriedad*: para las normas con impacto económico, social o ambiental relevante. Control de su cumplimiento por el órgano central de evaluación. — *Principio de proporcionalidad*: exclusión de las normas con poco impacto y adecuación del proceso al impacto real de las normas. — *Principio de generalidad*: extensión de la evaluación a los sistemas de ayudas y subvenciones y a las principales decisiones de inversión (en este caso, atribuyendo la competencia a AIReF).
Procedimiento	— Organización: En el plano organizativo se propone: • Órganos en las secretarías de estado o generales con recursos humanos y materiales suficientes • Creación de un órgano central de evaluación cerca de Presidencia encargado de controlar la calidad de las evaluaciones y facilitar herramientas y guías a los órganos departamentales, en línea con la práctica de otros países • Posibilidad también de crear una oficina u órgano adscrito al Parlamento en relación con las normas de rango legal — Garantía de independencia: • Posibilidad de prever la participación en el proceso de organismos reguladores o dotados de autonomía e independencia funcional (CNMC, AIReF) • Garantía de autonomía e independencia funcional del órgano central de evaluación — Previsión de la posibilidad de facilitar la participación del sector en relación con las normas que han tenido impactos particularmente relevantes en algunos sectores económicos — Articulación normativa a través de una cláusula recogida en la parte final de la norma (en lugar de en la memoria, como se hace ahora).
Efectos	— Los informes de evaluación deberán contener un apartado de propuestas de mantener, reformar o derogar la norma evaluada — Establecer un trámite posterior al informe de evaluación que consista bien en la validación por el órgano central de evaluación, bien en el sometimiento del resultado a informe del Gobierno o alguna de sus comisiones delegadas — Transparencia: publicación de sus resultados en el correspondiente portal

LA GESTIÓN ORIENTADA A RESULTADOS EN ADMINISTRACIONES CENTRADAS EN LAS PERSONAS

Beatriz Belmonte Acero
Diseñadora de servicios para políticas públicas. Better Public Services

Los resultados desempeñan un papel fundamental en la transformación de las organizaciones gubernamentales, ya que son la base para habilitar la colaboración y la comunicación entre diferentes áreas y equipos. Permiten a las organizaciones mantenerse informadas sobre lo que está sucediendo y evaluar el funcionamiento de sus servicios. También son esenciales para la transparencia y la rendición de cuentas.

Hablar de una Administración orientada a resultados significa hablar de cómo funcionan las políticas y servicios públicos, y si les sirven a las personas a las que van dirigidas esas políticas y servicios. También supone la existencia de organizaciones que aprenden. A partir de los datos y la evidencia necesarios para observar los resultados, las organizaciones adaptan su trabajo y modifican las características de sus servicios, o incluso las políticas que los impulsan.

Para entender la gestión orientada a resultados es útil pensar en su contrario, en formas de trabajar y decidir qué persiguen los productos de una actividad (el documento, la resolución, la prestación, la nueva oficina, la celebración del encuentro) pero no se preguntan si funciona y si han servido para algo.

La forma en que se miden los resultados es una poderosa palanca de cambio cultural en cualquier organización, incluyendo la Administración pública. Así, la implantación de nuevas herramientas y modelos de resultados altera en poco tiempo la cultura y el comportamiento de las empresas adquiridas. Esto significa que la elección de los indicadores y la definición de lo que significa el éxito será lo que condicione la cultura y el comportamiento de las personas de la organización. Si los indicadores se establecen de manera inapropiada o se centran únicamente en métricas de eficiencia y gestión, esto podría tener efectos contrarios a los deseados.

Para ilustrar este punto, consideremos un ejemplo en el que una entidad pública decide implementar un nuevo sistema de medición de resultados para evaluar la eficiencia y la calidad de sus servicios de atención al público. Uno de los resultados buscados es la agilización del servicio, expresado por el tiempo medio de atención y el tiempo medio de espera, con un valor de referencia que determina si el servicio funciona bien. Sin embargo, el modelo tiene consecuencias inesperadas. Los indicadores y métricas establecidos se han convertido en el resultado y condicionan el funcionamiento del servicio de atención: los equipos de atención están más incentivados para terminar las llamadas rápido que para resolver la consulta. Los equipos que más llamadas atienden son lo que llegan a los resultados y reciben el reconocimiento por su trabajo. Esto determina la cultura de todo el servicio de atención y, en consecuencia, la experiencia de servicio que tienen las personas que necesitan ayuda. Es el problema descrito por Muller (2018) cuando dice que «cuando la métrica se convierte en el objetivo, el indicador deja de tener valor».

La introducción de un nuevo sistema de gestión por resultados produce cambios en las organizaciones: incluyendo indicadores de experiencia del servicio y de eficiencia en la resolución de problemas, los equipos empezarán a prestar más atención a estos aspectos. Esto generará una mayor colaboración entre los equipos para identificar formas de mejorar la calidad del servicio y reducir los tiempos de espera. En este caso, la gestión orientada resultados habrá impulsado un cambio cultural positivo en la organización.

El modelo más habitual de gestión por resultados prima la eficiencia en la consecución de objetivos (Vedung, 2012). Por ejemplo, que los procesos cumplan los plazos dentro del presupuesto y respondan a todos los requisitos. Pero un proyecto puede ser un éxito bajo esta forma de entender los resultados y no servir para nada. Este es el caso de la construcción del metro de Los Angeles, cuya realización cumplía con todos los objetivos pero que terminó fracasando porque la población no lo utilizaba (Chih y Zwikael, 2013).

¿Cómo se construyen estos modelos y quién define lo qué significa éxito? Los instrumentos utilizados en la gestión por resultados juegan también un papel clave. Por una parte, estos se derivan del planteamiento inicial de este enfoque en base a resultados. Lo que queramos conseguir y lo que podemos observar y medir, determinará los instrumentos que utilicemos. Por otro lado, el proceso de definición y diseño que conforma estos instrumentos, influye en el modelo de gestión por resultados que se establezca. Incorporar a estos procesos a las personas y empresas que trabajan en los servicios, en su implementación y desarrollo, así como a las personas en las que impactan estos servicios, cambia el tipo de resultados utilizados en la gestión, y esto se refleja en los instrumentos que se utilizan. De ahí la importancia de involucrar a estos actores en la definición del modelo de

gestión por resultados y recoger sus perspectivas en los instrumentos de medición y seguimiento utilizados.

En el caso de la Administración pública, el mapa de actores que intervienen en un servicio[1] es múltiple. Incluye a diferentes equipos de una misma área, a distintas áreas de una misma dirección, puede incluir a varias direcciones, una o más empresas proveedoras con sus correspondientes equipos, y uno o más perfiles o colectivos de personas usuarias. Incluso si consideramos que todos estos actores comparten el mismo objetivo, la idea de éxito y cómo observarlo variará en cada caso.

Consideremos el caso de las ayudas a la actividad deportiva que muchos municipios ofrecen a menores de familias en situación de vulnerabilidad. Por una parte, debemos contar con el área de deportes y de servicios sociales del ayuntamiento. Al tratarse de familias en situación de vulnerabilidad, también tendremos que considerar el papel de los gobiernos autonómicos y de las áreas de justicia para la valoración de grados de discapacidad o casos violencia machista. Por otro lado, debemos contar con las empresas y clubes deportivos en los que se desarrollarán las actividades deportivas. En un tercer grupo incluimos a las familias a las que se dirigen las ayudas y las personas menores de edad que participarán en las actividades. Finalmente, debemos considerar a la sociedad en su conjunto como otro actor que se beneficia de los resultados de este tipo de intervenciones.

¿Qué significa para cada uno de estos actores que las ayudas funcionan? ¿Existe un concepto de éxito compartido entre todos ellos? ¿Qué métodos e instrumentos utilizaremos para monitorizar y evaluar los resultados de las ayudas? ¿Qué haremos con los datos y el conocimiento obtenido de estos modelos de gestión?

Más allá de los modelos de gestión orientados a resultados, estas preguntas requieren culturas y formas de trabajo colaborativas, que fomenten el codiseño y la iteración constante basada en evidencia.

En este sentido, los modelos de gestión por resultados en la Administración pueden beneficiarse de las metodologías de trabajo del diseño de servicios (Bason, 2018) por su enfoque centrado en las personas (Penin, 2018), su aproximación sistémica (Sun, Jenkins y Liu, 2022), la capacidad experimental de sus prácticas (DiSalvo, 2022), sus formas de trabajo colaborativas basadas en el codiseño y la cocreación (Sanders y Stappers, 2008) y sus modelos de gestión del cambio basados en el aprendizaje (Schaminée, 2018).

De la misma manera, las metodologías de diseño para políticas públicas (Villa Álvarez, 2021) pueden reforzarse con la incorporación de modelos de gestión

[1] La palabra servicio en este texto se define desde el punto de vista de las personas usuarias y se refiere al conjunto de actividades y procesos establecidos para ayudar a que una persona haga lo que necesita hacer. En otros contextos, la palabra servicio se refiere a un trámite o un procedimiento, definido desde el punto de vista de la Administración y la organización de su operativa

orientados a resultados para informar las decisiones a lo largo del proceso de diseño (Foglieni, Villari y Maffei, 2018).

A continuación, se presenta una experiencia práctica que aborda el tema de la gestión de resultados en la Administración con un enfoque centrado en las personas. El caso trata un programa de innovación abierta realizado en la Comunidad de Madrid entre 2020 y 2022. Se describe cómo se planteó un método de seguimiento y evaluación en pilotos de innovación govtech (soluciones digitales basadas en datos e inteligencia artificial aplicados a la actividad de las Administraciones públicas) y recoge los aprendizajes obtenidos.

1. Laboratorio de innovación abierta GovtechlabMadrid

GovtechlabMadrid fue la primera experiencia de laboratorio de innovación govtech creado en España. Lanzado en 2020, es un proyecto cofinanciado por la Comunidad de Madrid para fomentar modelos de innovación abierta entre las Administraciones locales y startups y pymes digitales. Destaca de esta iniciativa cómo plantea un marco de ecosistema de colaboración donde la innovación pública y la transformación de sus servicios no es una cuestión sólo de las Administraciones, si no de la interrelación entre distintos actores. La iniciativa era pionera en nuestro entorno pero no a nivel internacional. Una buena parte del programa seguía experiencias previas que ya funcionaban en otros países en Europa y en otras partes del mundo.

El esquema básico de estos laboratorios consta de cinco fases: identificar un problema para seleccionar un reto — comunicar el reto a la comunidad de empresas innovadoras — seleccionar una propuesta — pilotar la propuesta — escalar la solución.

La experiencia de la Comunidad de Madrid introdujo algunas novedades en este proceso, una de ellas en el área de evaluación respecto a cómo medir el impacto de los proyectos y pilotos del laboratorio, y cómo los equipos de los ayuntamientos podían utilizar estas herramientas de evaluación para fundamentar sus decisiones.

En otras experiencias internacionales el éxito de las iniciativas se medía principalmente por la participación (tanto de las entidades y equipos públicos como por parte de las startups y pymes digitales) y por el número de soluciones que se llegaban a pilotar. Es decir, utilizaban indicadores descriptivos de volumen y establecidos principalmente a nivel de programa. Aunque estas referencias resultaban útiles como cuadro de mando preliminar del rendimiento, no ayudaban a saber si las iniciativas habían funcionado.

A la hora de establecer un método específico para la evaluación de los pilotos govtech dentro del laboratorio, se consideraron distintas referencias. Por

un lado, se revisaron los diseños de evaluación experimental y cuasi-experimental propios de la evaluación de impacto pública. Sin embargo, estos diseños presentaban diversos retos para su adopción: los requisitos de validez de los ensayos aleatorios controlados, la necesidad de perfiles especializados en estos diseños, y el tiempo requerido para obtener resultados. Los pilotos govtech tenían una duración máxima de tres meses y el método de evaluación debía poder ser aplicado por los propios equipos municipales en ayuntamientos de cualquier tamaño.

Cabe destacar estos dos aspectos (el marco temporal y la facilidad de aplicación y uso) por cómo influyeron en el planteamiento del método de evaluación del laboratorio. El marco temporal no sólo se refiere a la duración de los pilotos sino también al momento del ciclo político en el que se encontraba el equipo del ayuntamiento. Estos momentos influían en los plazos disponibles para observar, obtener resultados y compartirlos. Por otro lado, la facilidad de aplicación y uso era relevante para otro de los objetivos del laboratorio: introducir capacidades experimentales en los equipos municipales. La premisa era que la facilidad de adaptación de los métodos y herramientas a distintos contextos ayudaría en la adopción de estas capacidades.

Por otro lado, se revisaron prácticas del sector privado, especialmente de empresas de producto y servicios digitales. Este paso sirvió para identificar técnicas de priorización de métricas e indicadores durante el desarrollo de producto, así como conocer experiencias basadas en la gestión mediante OKRs (Objectives and Key Results). Estas últimas resultaban de gran interés por su flexibilidad, el uso de metodologías mixtas, la capacidad de plantear los resultados como impactos buscados y su contribución a una mayor transparencia en las organizaciones.

No obstante, aunque las herramientas utilizadas para probar y evaluar productos y servicios digitales podían ser útiles, también presentaban limitaciones. Las herramientas no son asépticas y cuando se adoptan también se asimilan los modelos mentales que las generaron (Vaz & Ferreira, 2021). En este sentido, las herramientas de evaluación y seguimiento comerciales buscan impactar en el retorno de la inversión y los objetivos empresariales. Los gobiernos y las administraciones buscan impactar en el valor público generado.

El laboratorio decidió crear un método propio de evaluación para valorar las experiencias piloto govtech y observar sus posibles repercusiones. La aproximación para esta definición combinaba la evaluación de políticas públicas, con el enfoque centrado en las personas del diseño de servicios, y la cultura de desarrollo de productos digitales.

2. Marco de evaluación govtech

Los proyectos piloto govtech consisten en la aplicación experimental de una solución govtech para comprender las oportunidades y repercusiones del uso de una tecnología en un contexto específico y para un problema concreto.

La evaluación de los pilotos permite tomar decisiones informadas a mayor escala, identificar los puntos fuertes y débiles de la aplicación de la innovación y garantizar los aprendizajes de los equipos implicados.

El marco de evaluación ayuda a ambos equipos —funcionarios públicos y startups— a aprender y mejorar sus productos y servicios. También facilita la transparencia y la comunicación de las actividades de innovación pública. Por último, se trata de un proceso de cocreación en el que los objetivos, metas e indicadores se establecen en colaboración entre los equipos del ayuntamiento y el de la startup.

El método de evaluación planteado debía responder a una serie de características:

- El autoservicio: para dar autonomía a los equipos y facilitar la adopción.
- La flexibilidad: para ser utilizado en diferentes sectores y tipos de proyectos piloto, con distintos alcances y plazos.
- La comunicación pública: para promover la transparencia gubernamental y una cultura de trabajo abierta.
- El concepto de valor público multidimensional: para las personas, para los equipos y para la sociedad.

A su vez, debía ayudar a responder las preguntas clave:

- ¿Cumplió el proyecto piloto sus objetivos?
- ¿Cómo respondió el resultado a la hipótesis de diseño inicial?
- ¿Se identificaron indicios de consecuencias imprevistas (positivas o negativas)?
- ¿Cuál fue el impacto en los participantes?

El marco de evaluación govtech resultó ser una herramienta valiosa para los equipos, guiándolos en cada paso de los proyectos piloto. Proporcionó un enfoque estructurado para definir los indicadores y métricas esenciales para evaluar el éxito de las iniciativas. Servía para establecer los sistemas de captura de datos e identificar los momentos cruciales para su recogida. El marco de evolución desempeñó un papel fundamental en el posterior análisis y síntesis de los datos como base para informar la toma de decisiones y facilitó la comunicación eficaz de los aprendizajes y resultados.



Imagen de los materiales de soporte creados por el IE PubliTech Lab.

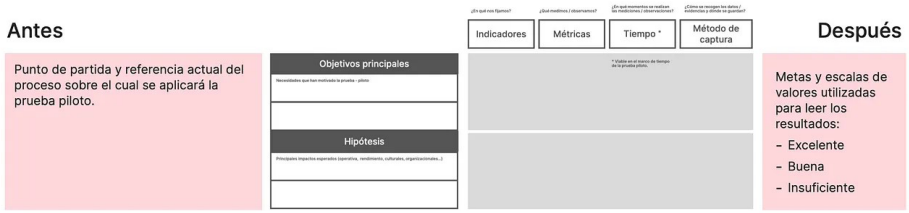
Este marco de evaluación contaba con tres instrumentos principales para acompañar el proceso de evaluación:

1. El Documento de Definición de Éxito (DDE). Este documento contiene el reto para la experiencia piloto, así como los objetivos de esta y los métodos y técnicas utilizados para evaluarla. Ayuda a los equipos a alinear y comprender el contexto de la experiencia. El DDE puede tener varias versiones y sirve como registro de las actividades de evaluación del piloto.
2. El cuadro de mando. Es el núcleo del proceso de evaluación e incluye tanto los objetivos como las hipótesis que deben comprobarse. A cada objetivo e hipótesis se le asigna una actividad de evaluación. Esta actividad incluye indicadores (¿qué debemos observar para medir este tema?), métricas (¿qué debe medirse u observarse?), un calendario (¿cuándo observaremos y durante cuánto tiempo?) y una técnica de captura definida.



Esquema sistetizado de los componentes del cuadro de mando.

3. El cuadro de evaluación. Este documento refleja el punto de partida y la línea de base actual de la experiencia piloto, que se utilizará para observar su impacto. El resultado global de la evaluación se completa al final del proceso.



Esquema sintetizado de los componentes del cuadro de evaluación.

El concepto de resultados en este programa se vinculaba a los aprendizajes, y así se trasladaba en el programa: **el único piloto fallido es aquel que no genera aprendizajes**. Los resultados servían para aprender y evaluar qué funcionaba y qué no, y qué potenciales impactos se observaban. Para ello era imprescindible tener claro qué significaba que la solución funcionara y que tuviera impacto. Definir qué significaba que la solución funcionaba dependía también de la perspectiva aplicada. Por esta razón, los instrumentos de evaluación se completaban y utilizaban de forma conjunta por los principales actores involucrados en el piloto: el equipo municipal y el de la startup.

En este punto cabe destacar la ausencia de las personas impactadas por la solución pilotada. Si bien el enfoque centrado en las personas que planteaba este marco de evaluación sigue la definición establecida por la OCDE (Government at a Glance 2019) y contempla la involucración de la ciudadanía en todos los pasos del proceso, este aspecto no llegó a aplicarse.

Los contenidos del cuadro de mando se acordaban entre el equipo municipal y el equipo de la startup. De esta forma, se incorporaban los intereses y las motivaciones de ambas partes en el plan de evaluación. Algunos proyectos piloto tenían tres objetivos y cuatro indicadores, mientras que otros tenían cinco objetivos y 15 indicadores. La apariencia del cuadro de mando variaba en función de los impactos esperados, los públicos implicados y las dependencias operativas con otros procesos. El cuadro de evaluación se compartía a través de una herramienta en la nube que permitía que estuviera disponible en tiempo real y accesible para todos los participantes en el proyecto.

Parte de estos contenidos se empezaban a definir desde el momento en el que se exploraba el problema y se planteaba el reto. En esa fase inicial del labo-

ratorio existía una actividad para explicar qué aspecto tenía el problema resuelto desde diferentes perspectivas, tanto la de la entidad pública como desde la sociedad o el mercado, es decir las personas y empresas que podían verse beneficiadas por el éxito de la solución. Con las respuestas a esta actividad se identificaban objetivos concretos (por ejemplo, aumentar las respuestas a las propuestas ciudadanas) e hipótesis a observar en los pilotos (por ejemplo, si facilitamos la consulta y análisis de las propuestas de participación recibidas a cada una de las áreas competentes, el número de respuestas y reacciones a estas propuestas será mayor y se mitigará una de las causas que provoca el abandono de la participación).

Aunque en esta fase inicial no participaban las startups, cuando estas se incorporaban se revisaba la definición de éxito del piloto, los objetivos y las hipótesis de trabajo, y se planteaba un modelo de resultados común.

A estos equipos mixtos se les pedía establecer metas de resultado o rendimiento de la solución (por ejemplo, si se probaba una solución de IoT, se definían los tiempos de respuesta para la información. Estos parámetros normalmente eran técnicos y estaban relacionados con la confiabilidad de la solución), metas internas para la organización (por ejemplo, valorar el impacto en procesos internos a partir de cuestionarios a las áreas involucradas), y metas externas o beneficios para las personas usuarias (por ejemplo, la mejora percibida en servicio de asistencia a domicilio con la introducción de una determinada solución).

La selección de los indicadores estaba determinada por el tiempo de duración del piloto. Sin embargo, los objetivos e hipótesis planteados durante todo el proceso servían de referencia para actividades de evaluación posteriores si se decidía escalar estas soluciones. Por ejemplo, en el caso de los servicios de asistencia a domicilio, uno de los resultados buscados era el de reducir la institucionalización de personas mayores y dependientes. Aunque este objetivo no podía ser evaluado durante el piloto, su identificación fue valiosa para el equipo municipal que quería implementar modelos de gestión orientados a resultados.

Cada objetivo se trabajaba como una variable a la que se asignaban indicadores y se acordaban los métodos de observación y captura de datos, así como los momentos en los que se realizaban y qué valores de referencia se utilizaban para determinar el mérito y el valor del indicador.

Al final del piloto, los equipos se reunían para preparar el Govtech Case. Este documento combinaba la experiencia adquirida en la prueba piloto, las conclusiones extraídas de la evaluación y las oportunidades identificadas. Ofrecía un espacio para reflexionar sobre los resultados del proceso y evaluar el aprendizaje de los equipos y la experiencia global revisando el cuadro de evaluación y respondiendo a las siguientes preguntas:

- ¿Cumplió el proyecto piloto sus objetivos y respondió a la hipótesis de diseño inicial?
- ¿Ha habido consecuencias imprevistas (positivas o negativas)?
- ¿Existe la posibilidad de ampliar la solución?
- ¿Puede transferirse la solución a otras zonas del municipio?
- ¿Cuál ha sido el impacto en los participantes?
- ¿Cuáles son los próximos pasos?
- ¿Qué hemos aprendido?

Además, el Govtech Case servía para dar a conocer las prácticas de innovación del sector público, promover la transparencia pública y la rendición de cuentas.

En resumen, el marco de evaluación de estos pilotos govtech planteaba un proceso guiado para convertir cada intervención experimental en una práctica reflexiva. El objetivo era contribuir a que las administraciones ofrecieran mejores servicios públicos, contratasen mejores soluciones, y a que las empresas ajustaran sus propuestas a las necesidades y valores de la actividad pública.

3. Conclusión y aprendizajes

Una Administración orientada a resultados no es una que mide mucho o que decide con sofisticados cuadros de mando. Es una Administración que observa y escucha, capaz de colaborar, generar y aplicar aprendizajes, y compartir sus procesos y resultados.

Se caracteriza por la capacidad de reflexión sobre el valor que aporta y el beneficio social que genera, e incorpora diferentes perspectivas y actores (expectativas y aspiraciones) en la definición de éxito de sus actividades.

La experiencia de la primera edición del programa GovtechlabMadrid dejó una serie de aprendizajes que reflejan algunos de los principales retos que los modelos de gestión orientados a resultados presentan a las administraciones públicas.

3.1. La necesidad de combinar capacidades individuales y colectivas

Las capacidades para trabajar con estos modelos de gestión son tanto individuales como colectivas, de toda la organización. El conocimiento de este tipo de modelos de gestión, el uso de sus herramientas y las habilidades para analizar datos y trabajar en base a evidencia requieren la existencia de un compromiso de

la organización para activar los resultados. De esta forma, las administraciones pueden adquirir nuevas rutinas para operativizar estas capacidades (Kattel, 2022).

En el caso descrito se identificaron ejemplos de pilotos en los que los equipos se enfrentaron a distintos retos durante el proceso. Completar el cuadro de instrumentos requería de la capacidad de establecer objetivos claros, medibles y pertinentes para el alcance del piloto. Asignar indicadores y valores de referencia a menudo chocaba con la realidad de falta de referencias por falta de disponibilidad de datos o de validez de los existentes, y los métodos de captura de datos requerían de ciertos conocimientos básicos de técnicas de investigación aplicadas. Por ejemplo, a la hora de valorar el impacto de una solución de teleasistencia en los servicios sociales del municipio, o de establecer una métrica de referencia en la tasa de refresco de datos para dar por bueno un dispositivo de teleasistencia. Aunque hay métricas disponibles, tanto de la industria como de algunos gobiernos, faltan datos accesibles y referencias consensuadas que sirvan para evaluar este tipo de iniciativas innovadoras.

A partir de los cuestionarios utilizados al final de cada programa, se observó que muchos de los equipos, tanto del municipio como de las empresas participantes en los pilotos, valoraban positivamente el proceso de análisis y reflexión introducido por el marco de evaluación. Sin embargo, los análisis y aprendizajes no disponían de destinatarios claros ni rutinas organizativas preparadas para activar estos resultados, especialmente en los equipos públicos con culturas de innovación diferentes a las startups participantes.

3.2. La transparencia en los modelos orientados a resultados

Parte de los objetivos del programa del laboratorio era introducir metodologías de innovación abierta en los equipos públicos. Una de las características de estos enfoques es la colaboración y la transparencia que requiere. El hecho de compartir hipótesis, objetivos de una intervención o decisiones vinculadas a una prueba y los resultados obtenidos, contribuyen a aumentar el valor de las prácticas innovadoras en la Administración.

Pero trabajar en abierto aún es un reto importante cuando los equipos de gobiernos se sienten obligados a presentar solo éxitos, o cuando nadie más en la organización lo hace y eso expone en exceso la actividad de un equipo concreto.

Ejemplos como los que ofrecen los equipos de 10x (la aceleradora de innovación dentro del gobierno federal estadounidense) o Lab@Dc (el laboratorio de innovación experimental de la ciudad de Washington) ilustran cómo la gestión orientada a resultados puede contribuir a aumentar la cultura de la colaboración y la rendición de cuentas. En el primer caso, 10x da acceso a su herramienta de

gestión de proyectos y muestra la información, documentos y progreso de las iniciativas en tiempo real. En el segundo caso, no solo se describen los diseños experimentales sino también su propósito y la importancia para el contexto. Las características de los diseños se publican antes de las intervenciones y se actualizan con los aprendizajes una vez analizados los resultados[2].

3.3. La participación de la ciudadanía en los procesos de definición de resultados

¿Qué pasaría si la definición de éxito y fracaso de las iniciativas públicas las establecieran las personas a las que se dirigen esas iniciativas? ¿Qué tipos de objetivos e indicadores obtendríamos?

La hipótesis del programa GovtechlabMadrid era que la definición de éxito cambiaría y que esto guiaría decisiones más alineadas con las necesidades y expectativas de la ciudadanía. Por esta razón, el proceso del programa y el marco de evaluación favorecieron este enfoque centrado en las personas en todas sus fases, proponiendo actividades de investigación de campo, codiseño y testeos con personas usuarias. A pesar de ello, no fue posible comprobar si la hipótesis era cierta.

Por un lado, las metodologías de trabajo con un enfoque centrado en las personas suponen un cambio cultural significativo en los equipos de la Administración y muchos de los participantes en los proyectos pilotos no estaban familiarizados con la aplicación de estos métodos. Por otra parte, los métodos basados en la experimentación y la iteración exigen una mayor implicación en los proyectos, lo cual suponía una carga de trabajo añadida a los equipos que no siempre podían asumir. Asimismo, la operacionalización de la incorporación de personas usuarias finales introduce nuevas actividades (por ejemplo: el diseño de la participación, la selección y captación de perfiles, la síntesis de resultados, etc.), e incertidumbre en los equipos públicos que no tienen contacto directo con la ciudadanía.

Incluir a la ciudadanía en procesos de definición de los criterios de éxito supone un reto para la Administración. Sin embargo, definir qué significa que las políticas públicas o proyectos de innovación funcionan no solo es cuestión de los equipos que impulsan los proyectos. Especialmente en el caso de la Administración pública, este paso ofrece una oportunidad de involucrar a las personas afectadas por las iniciativas que se implementan (Noveck, 2021).

[2] Ejemplo de página pública de un diseño experimental de Lab@DC: https://thelabprojects.dc.gov/court-reminders [consulta: 23 de octubre de 2023]

Bibliografía y referencias

Bason, Christian (2018). *Leading public sector innovation: Co-creating for a better society*. Bristol, Policy Press.

Chih, Ying-Yi; Zwikael, Ofer (2013). «Benefit Realisation from Public Projects: A Theoretical Framework for the Quality of Target Benefits», British Academy of Management 2013 Conference Proceedings.

Disalvo, Carl (2022). *Design as democratic inquiry: Putting experimental civics into practice*. Cambridge, The MIT Press.

Foglieni, Francesca; Villari, Beatrice; Maffei, Stefano (2018). *Designing Better Services A Strategic Approach from Design to Evaluation*. Heidelberg, Springer.

Kattel, Rainer (2022). *Dynamic capabilities of the public sector: Towards a new synthesis*, London, UCL Institute for Innovation and Public Purpose.

Muller, Jerry Z. (2018). *The tyranny of metrics*. Princeton, Princeton University Press.

Noveck, Beth Simone (2021). *Solving public problems: A practical guide to fix our government and change our world*. New Haven, Yale University Press.

Penin, Lara (2018). *An introduction to service design: Designing the invisible*. London, Bloomsbury Visual Arts.

Sanders, Elizabeth B.-N.; Stappers, Pieter Jan (2008). «Co-creation and the new landscapes of design». *CoDesign. International Journal of CoCreation in Design and the Arts*, 4(1).

Schaminee, André (2018). *Designing With-in Public Organizations: Building Bridges between Public Sector Innovators and Designers*. Amsterdam, BIS Publishers.

Sun, Qian; Jenkins, Phoebe; LIU, Ziwei (2022). «Service Design Practice and Its Future Relevance», 23rd DMI Academic Design Management Conference.

Vaz, Federico; Ferreira, Maria (2021). «Assessing design approaches' political role in the public sector». *J. of Design Research*, 19(4/5/6).

Vedung, Evert (2012). «Six models of evaluation», en E. Araral, S. Fritzen, M. Howlett, M. Ramesh, X. Wu (ed.): *Routledge Handbook of Public Policy*. Abingdon, Routledge.

Villa Álvarez, Diana Pamela (2021). «Design and Policy: An attempt for disambiguation of concepts through issue mapping and digital methods». *Annual Review of Policy Design*, 9(1).

LA MEJORA DE LAS INTERVENCIONES PÚBLICAS: INCORPORACIÓN DE EVIDENCIA ORIENTADA A LA OBTENCIÓN DE RESULTADOS

Ignacio Moral-Arce
Vocal asesor en evaluación de políticas públicas. Instituto de Estudios Fiscales
orcid.org/0000-0002-4335-4031
Ignacio.moral@ief.hacienda.gob.es

1. Introducción

En la administración pública, como en el sector privado, es necesario tomar decisiones, y se necesitan hallazgos y evidencias para que éstas sean las adecuadas (Feinstein, 2007). Si se desean políticas públicas efectivas que logren solucionar los problemas de la sociedad resulta imprescindible, por un lado, generar evidencia para una mejor toma de decisiones, y por otra parte, que estos análisis estén orientados a los resultados que pretendía lograr ese programa público, determinando si se resuelven (o no) los problemas detectados inicialmente. Además, en un entorno de recursos limitados, donde todos los gobiernos se esfuerzan por aumentar la efectividad, eficiencia y calidad de los servicios públicos que ofrecen, resulta necesario tomar buenas decisiones, y para ello es imprescindible disponer de pruebas y evidencias (Zapico Goñi, 2022).

Las intervenciones públicas existen para resolver las necesidades de las personas y mejorar su situación, como la reducción de pobreza o aumentar el rendimiento educativo. Para responder a estos problemas existen varias alternativas de intervenciones, y un gestor público interesado en solucionar esta situación necesita disponer de herramientas que ayuden a seleccionar la mejor opción, y también precisa de instrumentos que permitan saber si en realidad estamos logrando mejoras en la variable de resultado. ¿Cómo reconocemos un buen programa de otro que no lo es? ¿Cómo sabemos que un programa está siendo efectivo? Son precisamente la evaluación, junto al seguimiento, las únicas herramientas que tienen los gestores para generar evidencia y poder contestar a estas preguntas, lo que permitirá aprender y tomar buenas decisiones que ayuden a tener una intervención pública de mayor calidad (Ruiz López y Cuéllar Martín, 2014).

Es necesario que las administraciones públicas del futuro sean organizaciones de alto rendimiento con creación de valor, y que sean efectivas resolviendo diferentes problemas. Para ello, se deben orientar hacia la planificación y la evaluación de sus intervenciones, y no en la simple producción y provisión de productos y servicios, lo que permitirá el logro de resultados y la solución de problemas (Feinsten y Zapico, 2010; Labeaga y Muñoz, 2013). Este documento supone un elemento de reflexión acerca de la calidad de las intervenciones públicas en España, su diseño e implementación y las principales limitaciones detectadas (Ramió, 2017), que se presentan en el apartado 2. A continuación, en el apartado 3, se realizan una serie de propuestas de mejora que ayudaran a disponer en el futuro de programas públicos más efectivos y de mayor calidad.

2. Diagnóstico de la situación actual en relación a la evidencia y los resultados

En esta sección se presenta un diagnóstico de los programas públicos en nuestro país en lo que se refiere a su orientación a resultados. Para realizar una serie de propuestas de mejora de cualquier intervención pública, el elemento previo implica un análisis de la situación actual, detectando los principales problemas y limitaciones, así como sus causas y consecuencias. En nuestro caso particular, el objetivo está centrado en los problemas detectados en la Administración Pública a la hora de resolver los problemas de la sociedad. En este sentido, para una mejor compresión de las limitaciones detectadas se parte de un enfoque de cadena de valor de una intervención pública dada por los siguientes componentes:

Diagrama 1: Cadena de valor de una intervención pública



El correcto diseño, implementación, seguimiento y evaluación de una intervención pública orientada a resultados implica inicialmente, una detección las necesidades y problemas existentes en la población objeto de estudio, así como los factores que lo generan. Esta fase viene indicada por el apartado de ***Necesidad***. A continuación, el resto de la cadena de valor se determina desde la derecha hacia la izquierda. El gestor público propone el objetivo que se quiere lograr, el resultado buscado (apartado de ***Resultados***), y se establecen cuáles son los productos y servicios que suministrará (apartado ***Producto***) para que los beneficiarios del progra-

ma puedan lograr los resultados. Estos productos se obtienen mediante actividades, que necesitan de una serie de ***Recursos*** para poder realizarlas.

Para comprender mejor este razonamiento, se propone el siguiente ejemplo: Supongamos que el Ministerio de Empleo detecta altas tasas de desempleo juvenil, y que uno de los factores de esos altos valores es el bajo nivel de idiomas extranjeros de los jóvenes (*Necesidad* detectada). Una vez realizado el diagnostico, a continuación, el Ministerio de Empleo plantea el objetivo buscado, que es un incremento de la empleabilidad (o reducción del desempleo) de los jóvenes, que es un *Resultado*. Para lograr este objetivo, se propone realizar cursos de inglés para estos jóvenes desempleados, que es la *Actividad*, que tiene como *Producto* los beneficiarios del programa, los jóvenes que reciben el curso. Finalmente, para que el Ministerio pueda realizar esta actividad necesita una serie de *Recursos*, simplificado en el *Presupuesto*, que destinará a distintas partidas (personal, contratación, transferencias, etc.).

Teniendo presente este diagrama, y considerando que el objetivo es tener intervenciones públicas orientadas a resultados y basadas en la evidencia, las principales limitaciones encontradas son las siguientes:

- Ausencia de diagnóstico de la situación inicial: Detección de los problemas existentes y causas que lo originan.
- Falta de planificación y orientación a resultados: la importancia del presupuesto.
- Limitaciones del seguimiento y evaluación existente.
- Deficiencias en los sistemas de información.

A continuación, se pasa a detallar cada una de ellas.

a) Falta de diagnóstico de la situación inicial: detección de problemas y causas

El origen de cualquier intervención pública es la existencia de un problema en la sociedad que demanda una solución. Esta detección del problema es la razón de ser de una intervención pública, así que implica un análisis en profundidad de la problemática, sus causas y sus consecuencias. Por lo tanto, se trata de una descripción clara y precisa de la situación existente, planteando los problemas o retos, e identificación de los factores que influyen en que exista.

Sin embargo, cuando se analizan la gran mayoría de intervenciones públicas en España, habitualmente denominados programas presupuestarios[1] o, a nivel

[1] Casos especiales son los programas operativos asociados a los Fondos Comunitarios FEDER o FSE, que presentan un análisis de diagnóstico, mientras que en la gran mayoría de instrumentos pro-

más agregado, considerando los organismos que las implementan, como ministerios, que pueden tener una visión mucho más global del sector objeto de análisis (educación, sanidad, empleo), no se observa que, en general, existan este tipo de análisis de diagnóstico, fundamental para determinar cuál es la situación de partida que se desea solucionar o al menos mitigar.

b) Falta de planificación y orientación a resultados: la importancia del presupuesto

Una vez detectados los problemas y necesidades (altas tasas de enfermedad, altas tasas de abandono universitario, altas tasas de desempleo), los gestores públicos proponen ofertas, denominadas programas, proyectos, intervenciones públicas, que suministren bienes y servicios (una vacuna, una beca, curso de capacitación) que pretenden solucionar o mitigar el problema detectado previamente. Estos productos que generan los programas públicos son un «medio» para lograr un «objetivo». El ministerio o consejería de sanidad no pone una vacuna a una persona por el hecho de ser vacunado solamente, sino con la idea de que esa persona, por estar vacunada (producto del programa) eso suponga una reducción en las probabilidades de enfermar (resultado buscado por el programa). Además, para poder generar esos productos es necesario un conjunto de factores o recursos, que se simplifica en el presupuesto asignado.

La parte estratégica, en la que se define el objetivo buscado por la intervención pública, relacionada con el resultado, es el elemento que caracteriza la planificación de una intervención pública. Esta etapa de diseño del programa, llevada a cabo por la zona alta de decisores políticos de los ministerios, se centra en proponer que se quiere lograr (de resultado) con la intervención, y puede tener una maduración de medio y largo plazo. Es a continuación cuando se determina que, para llegar a esos resultados (objetivos), es necesario realizar una serie de actividades que generen productos, esperando que estos productos ayuden a lograr el resultado buscado.

Sin embargo, esta óptica estratégica y de planificación es algo de lo que adolece la administración pública española[2]. En nuestro país el elemento sobre

gramáticos, ya sean presupuestarios o más estratégicos, existentes en España, como el plan presupuestario, plan de estabilidad (y sus actualizaciones) o el plan de subvenciones, no se observa una sección o capitulo inicial destinada al diagnóstico de la situación inicial y los problemas detectados que justifican estas intervenciones.

[2] Excepciones que presentan una óptica de planificación son los programas operativos asociados a los Fondos Comunitarios, la Estrategia de desarrollo sostenible. Un proyecto de país para hacer realidad la agenda 2030 del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 de 2021 y el plan España

el que gravita la acción pública y la ejecución de los diferentes organismos públicos es el «programa presupuestario». Como define la RAE, «un programa presupuestario es un conjunto de gastos que se considera necesario realizar en el desarrollo de actividades orientadas a la consecución de determinados objetivos preestablecidos que pueden tener por finalidad la producción de bienes y servicios, el cumplimiento de obligaciones específicas o la realización de las demás actividades encomendadas a los centros gestores del gasto». En esta definición destaca el uso de palabras como ***gasto, actividades, producción, bienes***, pero no aparece la palabra ***resultado***, lo que refleja cual es la óptica existente en nuestro país, en donde históricamente el diseño de las intervenciones públicas tiene una marcada óptica presupuestaria[3], focalizada principalmente en la zona central de la cadena de valor presentada previamente: Los recursos planificados y empleados – resumido en el presupuesto – y en el mejor de los casos los productos logrados con esos recursos, prestando una atención muy limitada o nula a los extremos de esa cadena de valor. Por un lado, la ausencia de las ***necesidades***, que determinan la razón de ser del programa, y, por otra parte, la falta de los ***resultados*** que se pretenden lograr con los productos que se generan, que son precisamente los dos elementos más cercanos a la planificación de una intervención pública.

c) Limitaciones del control existente

Cuando se realiza un control de una intervención pública, es muy habitual que los órganos que la implementen sean la Intervención General del Estado (IGAE) u órganos de auditoria como el Tribunal de Cuentas. En estos casos, los gestores de los programas y los responsables de las políticas se centrarán fundamentalmente en medir e informar, por un lado, sobre elementos relacionados con el procedimiento y legalidad, y, por otra parte, sobre los recursos utilizados y los productos obtenidos por el programa, sin prestar especial atención al logro de resultados, como indican Feinstein y Zapico-Goñi (2010).

2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo plazo del Ministerio de la Presidencia de 2021.

[3] La Dirección General de Presupuestos del Ministerio de Hacienda tiene a su cargo la instrumentación de los objetivos y criterios de política presupuestaria, la programación plurianual de gastos e ingresos del sector público estatal, la elaboración anual de los presupuestos generales del Estado y el seguimiento de su ejecución, de acuerdo con las directrices de política económica establecidas por el Gobierno. Una de ellas es el análisis de la incidencia económica y presupuestaria de la actuación del sector público estatal. Especialmente, el análisis del impacto económico de los programas y políticas de gasto público, y el análisis de sensibilidad de situaciones alternativas. Sin embargo, en la realidad esta tarea no recibe una especial atención dentro de la Dirección General.

Sin duda, determinar si un programa público y sus gestores cumplen todos los criterios de legalidad, normas y plazos, o elementos relacionados con la ejecución presupuestaria y los productos obtenidos es de gran relevancia, pero este tipo de evaluaciones no pueden informar sobre el logro de resultados y si se está solucionando el problema que ataca la intervención analizada. Por lo tanto, si se busca tener programas orientados a resultados, será necesario disponer de algún tipo de evaluación adicional a la auditoria e intervención que se focalice en la zona de resultados, la fase final de la cadena de valor, de la intervención pública.

d) Deficiencias en los sistemas de información

A la hora de determinar las limitaciones observadas en los sistemas de información empleados en las intervenciones públicas, se pueden diferenciar estos limitantes dependiendo de si afectan al seguimiento del programa o a la evaluación.

1. Limitaciones en los sistemas de información para seguimiento. En la actualidad, la mayoría de programas e intervenciones públicas disponen de un sistema de seguimiento centrado especialmente en las fases de recursos y productos, y en algunas situaciones ya con indicadores de resultados. Este sistema de información empleado en el seguimiento implica fundamentalmente las siguientes etapas:

- Proposición de (al menos) un indicador para las diferentes fases de la cadena de valor. Cierto es que los indicadores no son perfectos y solamente ofrecen una versión parcial de aquello que se desea monitorizar, pero es necesario disponer de ellos, y elegir aquel que mejor capture el apartado de la cadena de valor que se desea medir.
- Para el indicador se presenta la fuente de información que suministrará valores al indicador, reflejando la periodicidad, el nivel de desagregación, etc.

Es de esperar que este sistema pueda proporcionar cierto grado de control de la intervención pública para que, en el caso de producirse desviaciones, los gestores del programa puedan tomar medidas correctivas a fin de asegurar los objetivos establecidos.

Sin embargo, la gran mayoría de mecanismos tradicionales de control y evaluación dejan mucho que desear en este sentido. Primero, porque solamente ofrecen información de los recursos y productos de la intervención. Segundo, por la poca importancia y relevancia que tradicionalmente se ha dado a los indicadores

empleados en la cadena de valor de un programa público, o porque la información que nutre esos indicadores no presenta la suficiente calidad, frecuencia o desagregación para poder ser relevante a la hora de generar evidencia a tiempo, que permita de este modo ayudar a la toma de decisiones. Mención aparte merece la medición del resultado logrado por una intervención, la fase final de la cadena de valor. Salvo contadas excepciones, como el Plan Estratégico de Subvenciones o inversiones relacionadas con los Fondos Europeos, no es habitual disponer de indicadores de esta etapa final, que reflejarían si el programa está logrando el éxito programado inicialmente, lo que imposibilita al gestor valorar el grado de efectividad del programa.

2. Limitaciones de los sistemas de información para la realización de evaluaciones de resultado. En políticas orientadas a resultado, para determinar la eficacia de una intervención pública es necesario realizar una evaluación de impacto. Este tipo de evaluaciones logran aislar el efecto que la intervención pública tiene sobre la variable de resultado, comparando el valor de esta variable de interés en un conjunto de beneficiarios del programa (denominado grupo de tratamiento) respecto al valor de esta variable de resultado que han tenido otra serie de individuos que no fueron beneficiarios del programa (denominado grupo de control). Para ello es necesario disponer de información de las variables de resultado de beneficiarios del programa, así como de individuos fuera del programa, información que habitualmente se encuentra fuera del órgano gestor del programa por lo que será necesario realizar procesos de integración de bases de datos. Lamentablemente, en nuestro país existe muy poca cultura administrativa al respecto, con grandes lagunas en lo referente a todo lo relacionado con la fusión de ficheros administrativos. Esto imposibilita o ralentiza en la gran mayoría de los casos disponer de bases de datos adecuadas para realizar análisis de impacto.

3. Propuestas de mejora

Considerando las limitaciones detectadas en la sección anterior, a continuación, se proponen una serie de recomendaciones que tienen como objetivo lograr una administración pública que se centre en la resolución de problemas de la sociedad, con una orientación a la planificación y la evaluación de sus intervenciones, y que no se focalice exclusivamente en la producción y provisión de productos y servicios. Las recomendaciones se encuentran agrupadas en las siguientes 4 áreas:

a) Mejoras en el diseño de las intervenciones públicas

El primer paso para disponer de intervenciones públicas orientadas a resultados implica tener un programa que desde las primeras fases tenga en cuenta los resultados buscados, lo cual está muy relacionado con los problemas que intenta solucionar. Por lo tanto, el primer paso consiste en realizar una correcta detección de la problemática que se desea resolver, y a continuación diseñar un programa que solucione, o al menos mitigue, esos problemas. Para lograrlo, se propone un proceso en el que el gestor de la intervención pública se plantee contestar, de manera secuencial, las siguientes preguntas: ¿Dónde estamos? ¿Qué queremos? ¿Qué se necesita para llegar allí? ¿Cómo lo reconoceremos?

1. Diagnóstico de la problemática. La generación del diagnóstico permite responder a la pregunta «¿Dónde estamos?». Para saber la situación actual y el punto de partida existente en una determinada área, es necesario un análisis del diagnóstico del problema, que implica estudiar en profundidad todas las dimensiones que componen el problema planteado, examinando todas las facetas de este, sus causas y consecuencias, y profundizando suficientemente en el mismo a partir de la recopilación y análisis de datos objetivos que ayuden a su comprensión. Para lograr un buen diagnóstico es necesario que este sea:

- Participativo, y que pueda capturar la percepción de los grupos afectados, con opiniones de todos los agentes relevantes.
- Sistemático, recogiendo de forma ordenada y estructurada la información disponible.
- Multidimensional, presentando todos aquellos aspectos y factores relevantes relacionados con el problema estudiado.
- Heterogéneo, incorporando diferentes visiones de distintos agentes representativos como los posibles beneficiarios, gestores, ejecutores, agentes sociales, expertos en la materia, etc.
- Claro y sistemático, con una explicación sintética de la realidad, que se entienda y que sea comprensible.

2. Objetivo de la estrategia del programa. La generación del objetivo de la estrategia permite contestar a «que queremos». Todo programa debe tener un objetivo estratégico, que describa la situación futura a la que se desea llegar una vez se han resuelto los problemas, por ejemplo, reducir la tasa de desempleo, bajar el abandono escolar, aumentar la competitividad de las empresas, etc.

Este objetivo estratégico describe el impacto a largo plazo esperado al que la intervención pública va a contribuir. A este respecto, es necesario considerar,

dado que se trata de un objetivo de resultado, que su logro no solamente depende de la intervención pública, sino que existirán otros factores más allá del control del gestor público que influirán en el resultado buscado, por lo que no implica que la intervención pública, en sí misma, será suficiente para lograr el fin buscado. Además, este objetivo estratégico se debe desagregar en objetivos de resultado más de corto plazo y operativos, y a continuación será necesario que los gestores de la administración pública propongan una serie de productos y servicios que se espera influyan en estos objetivos operativos más de corto plazo.

3. Actividades y productos generados. Al definir las actividades y productos de la intervención se contesta a ¿Qué se necesita para llegar allí? Para que la administración pública pueda suministrar productos y servicios a la población en la que focaliza la intervención es necesario desarrollar actividades que ofrezcan esos productos, y para poder desarrollar esas actividades serán necesarios un conjunto de recursos y factores que habrá que combinar para poder disponer de los productos mencionados previamente. Esta aproximación es muy similar a una función de producción, donde combinando ciertos factores se obtiene un producto.

4. Indicadores. La contestación de la pregunta ¿Cómo reconocemos que logramos lo que queremos? Mediante la propuesta de los indicadores de la intervención. Desde un enfoque de seguimiento, para determinar si se han logrado los resultados buscados será necesario disponer de un sistema de información e indicadores de calidad que cubra toda la cadena de valor presentada en el diagrama inicial. Además, es recomendable disponer de una línea de base o comparación de cada indicador, que permita tener una imagen de dónde hemos estado y hacia dónde nos dirigimos si nos mantenemos en nuestro curso actual, o si se están produciendo desviaciones respecto a lo planteado inicialmente.

Por otro lado, en lo relativo a la evaluación, cuando una intervención pública está orientada a obtener resultados, es necesario realizar diferentes análisis o estudios para detectar si tiene éxito, siendo recomendable que, tras pasar cierto tiempo de implementación de una intervención pública, se realice una evaluación de resultados e impacto, que determine si el objetivo inicial por el que fue creada una intervención pública se logró.

b) Integración de la planificación y la presupuestación

La planificación es la dirección que toma una determinada intervención pública durante un período de tiempo para lograr un resultado deseado que resuelva el problema detectado inicialmente. Esta aproximación implica que la planifi-

cación debe vincular los objetivos (con sus metas) a corto, mediano y largo plazo y los medios para lograrlos.

A la hora de planificar, el primer paso consiste en establecer el objetivo que se quiere lograr, que tiene que estar asociado al *Resultado* buscado por la intervención pública. Este objetivo es la meta que se quiere alcanzar por el responsable público en el largo plazo. A continuación, se establece el desarrollo de la estrategia, con la desagregación en objetivos[4] de medio y corto plazo, y que muestra la secuencia de logros que van en la dirección establecida previamente y la descripción de cómo se van a hacer las cosas, tratando de responder la forma en que se puede llegar a los objetivos marcados inicialmente.

Finalmente, se propone un plan de acción, que presenta la forma en que el responsable público considerará la estrategia para lograr los objetivos establecidos. Es este plan de acción el que determina las *actividades* que se van a realizar, proponiendo un conjunto de acciones, que generan unos *productos*, y que necesitan unos *recursos*. Es precisamente la zona de la cadena de valor donde el presupuesto actúa. Por lo tanto, el presupuesto es simplemente una parte del plan que debe ser coherente con los objetivos de resultado a largo plazo del programa, de tal forma que la «planificación» y «presupuestación» son complementarias y deben integrarse, siendo necesario crear un clima propicio para interrelacionar estos dos elementos: La planificación (a donde se quiere ir) no es relevante sin la presupuestación (los medios para llegar allí) y viceversa.

La cadena de valor mostrada en el diagrama inicial muestra claramente las zonas de unión entre la planificación, más centrada en los extremos de esa cadena de necesidades y resultados, con la de presupuestación, focalizada en la zona central: desde recursos a productos, pero sin lugar a dudas, ambas son compatibles. En la planificación, la dirección selecciona objetivos a corto y largo plazo y elabora planes para lograr esos objetivos, siendo más importante en la gestión a largo plazo y abarcando un horizonte multianual en muchos casos, mientras que, en la presupuestación, más centrada en los recursos y productos de la intervención, suele presentar una óptica anual mucho más centrada en el corto plazo. Esta integración del presupuesto y la planificación permite convertir la programación presupuestaria en la herramienta básica de definición estratégica de las intervenciones públicas, que unifica las prioridades políticas y los recursos disponibles.

[4] Las características que deben cumplir los objetivos de una estrategia es que sean: 1) Concretos en su definición, 2) Medibles y que existan las fuentes de información adecuadas, 3) Alcanzable, en cuanto a que cuando se diseña, es posible alcanzarlo, 4) Relevantes para la misión, 5) Claramente definidos en el tiempo, con un calendario.

c) Avances en el seguimiento y evaluación

1. Mejoras en evaluación. Hasta hace poco, cuando se estudiaba una intervención pública, era muy habitual que los gestores de los programas y los responsables de las políticas se centraran en medir e informar sobre el cumplimiento de normas legales, o sobre los recursos y los productos del programa, sin prestar atención al logro de resultados. Sin embargo, estudiar solo estas partes de un programa no resulta suficiente para saber si se logran los objetivos iniciales. Afortunadamente, en los últimos años se está produciendo un cambio hacia una formulación de políticas públicas en dos direcciones. Por un lado, orientadas a resultados y, por otra parte, basadas en evidencia. En esta situación, la evaluación de impacto es muy relevante, porque genera hallazgos relacionados con los resultados logrados.

Otro motivo para realizar evaluaciones de impacto es la creciente importancia de la rendición de cuentas, ya que cada vez más, los responsables de las políticas y la sociedad civil exigen resultados de los programas públicos. La evaluación de impacto es un elemento de gran relevancia para proporcionar evidencia robusta y creíble sobre el desempeño y saber si un programa concreto está alcanzando sus resultados deseados, determinando su nivel de efectividad.

2. Mejoras en el seguimiento vinculado a desempeño. Es necesario pasar de un sistema de indicadores informativo, que sobre todo notifica la existencia de desviaciones respecto a los valores planificados, a un enfoque en el que los indicadores de seguimiento sean la base de una gestión basada en el desempeño[5], empleando para la toma de decisiones la información de los indicadores de recursos, productos y resultados del cuadro de mandos del gestor.

La implementación de una gestión basada en resultados requiere sistemas de gestión que apoyen la recopilación, el registro, el análisis y la notificación continua de información sobre el desempeño, recopilando la información necesaria para la toma de decisiones como indican Swiss (2005) o Jennings y Haist (2004). Además, para el logro de esta gestión basada en resultados es necesario que las medidas de desempeño estén vinculadas a una política o marco estratégico, por lo que resulta inevitable «conectar y medir los puntos de la cadena de valor», desde los recursos asociados a la intervención pública hasta los productos que genera y los resultados.

[5] El sistema más similar utilizado en España es el Marco de Rendimiento de los Fondos Europeos del periodo 2014-2020, donde existía una matriz de indicadores de presupuesto —factores, producto y resultados— que permite comparar la previsión con la ejecución y que pueden implicar ciertas correcciones financieras futuras.

d) Desarrollo de los sistemas de información

Los sistemas de información deben permitir, tanto al gestor como al evaluador, determinar si el programa analizado está siendo efectivo, detectando la existencia de desviaciones respecto a los valores inicialmente programados. Podemos diferenciar las recomendaciones para mejorar los sistemas de información dependiendo de si el objetivo es una mejora del seguimiento o de la evaluación.

1. Mejora de información para el seguimiento. La base de todo sistema de seguimiento es el uso de indicadores, que presentan la información sobre el progreso hacia el logro de los objetivos establecidos por la intervención, capturando datos y valores de recursos, actividad, producto y resultado, por lo que es necesario alinear los sistemas de información para apoyar la ejecución del programa. La implementación exitosa de la gestión basada en los resultados requiere sistemas de gestión que apoyen la recopilación, el registro, el análisis y la notificación sistemáticos de información sobre el desempeño.

A pesar de las conocidas limitaciones que tienen los indicadores, son esenciales en el seguimiento de una intervención pública, y deben reflejar los aspectos fundamentales de la intervención analizada, incluidos los resultados que se pretenden obtener, siendo necesario que estos indicadores estén claramente definidos y cercanos a la actividad.

Para la determinación de los indicadores es recomendable tener en cuenta la cadena de valor o marco lógico que permite identificar y conceptualizar un programa público en términos de factores, productos y resultados, lo que ayudará a establecer los indicadores relevantes para cada una de estas etapas. Además, este planteamiento de cadena de valor también ayuda a verificar las consecuencias lógicas de los vínculos de causa y efecto y, por lo tanto, el nivel de atribución existente en la intervención pública (López Hernández y Ortiz Rodríguez, 2004); además se necesita proponer «valores» para esos indicadores y determinar los métodos de recopilación de datos.

Es muy recomendable utilizar un número reducido de indicadores. Sin lugar a dudas, uno de los mayores factores de riesgo que amenazan la implementación exitosa de la gestión basada en resultados es un sistema de seguimiento excesivamente complejo con muchos indicadores, y que sea demasiado extenso, lo que conducirá a problemas de lectura, interpretación e implementación. Por lo tanto, cuanto más simplificado y fácil sea, más probable es que las partes interesadas adopten este cuadro de información para la toma de decisiones (Ammons, 2002).

2. Mejoras en los sistemas informáticos y bases de datos. Otro elemento de gran relevancia es el sistema informático y bases de datos que se van a desarrollar y

utilizar para suministrar información a los indicadores establecidos previamente. La calidad de estos sistemas informáticos y el nivel de adecuación para el seguimiento y evaluación dependerá de factores como la frecuencia con la que se actualiza la información, el responsable de actualización, el establecimiento de criterios de coherencia, el nivel de carga de información, o el grado de desagregación de la información entre otros. Para comprender la relevancia del grado de desagregación proponemos el siguiente ejemplo: El ministerio contrata academias para impartir cursos de capacitación a desempleados. Los indicadores que fija el ministerio para el seguimiento es el de ejecución presupuestaria en el apartado de recursos y en productos el número de desempleados que reciben curso, desagregado por género. A la hora de completar los indicadores existen dos alternativas. La primera opción es que las academias cargan la información en el sistema informático del ministerio de manera agregada, indicando el gasto del curso en ese mes y el número total de desempleados (separando por sexo) que completaron los cursos. De esta forma el Ministerio puede obtener un valor de los factores empleados y los productos generados. En esta situación, la información en la base de datos del ministerio está a nivel de «academia», es decir, el organismo intermedio de ejecución del programa. La segunda alternativa para cargar la información es a nivel de beneficiario final, el desempleado. Cuando estos se matriculan en cada una de las academias, la información de la persona se envía directamente al ministerio. Ahora en la base de datos ministerial la información disponible está a nivel de individuo, el beneficiario final del programa, con todas sus características, y donde una de las variables incluidas será la academia donde realizo el curso y el tipo de curso. De esta forma, cuando se decida agregar los datos obtiene la misma información que en el primer caso, con la gran diferencia de que al disponer de los microdatos originales, las posibilidades de análisis e integración con otras bases de datos son mucho mayores.

3. Mejoras de información para evaluación de resultados. Cuando se desea determinar si una intervención pública ha sido efectiva es necesario disponer de información sobre el resultado logrado en los beneficiarios del programa, analizando la parte final de la cadena de valor: producto y resultado. Por ello, es muy importante que en la fase de diseño del sistema de información se plantee incorporar datos asociados al resultado buscado, proponiendo un indicador, así como la fuente de información de la que se obtendrán los valores de los que se nutre. Cuando no se ha previsto inicialmente este elemento de recopilación de información en el diseño de la intervención, será muy complicado disponer de este tipo de datos, dificultando o imposibilitando la realización de un análisis de resultados o contribución.

En el caso de realizar un análisis de atribución, aislando el efecto que la intervención pública sobre la variable de resultado, independientemente de otros

factores, tendremos una evaluación de impacto, comparando el resultado en un conjunto de beneficiarios del programa, denominado grupo de tratamiento, respecto al resultado que han tenido otra serie de individuos que no fueron beneficiarios del programa, denominado grupo de control. En estos casos, hay que disponer de información no solo de receptores del programa, en manos del gestor, sino también de un conjunto de individuos fuera del programa, situación más compleja para el gestor, y, además, tener de información de resultado de todos ellos, que habitualmente se localiza en otros ministerios u organismos públicos distintos del gestor. Por estos motivos, en las evaluaciones de impacto se debe identificar correctamente las necesidades de información, las fuentes de información, cruces de información, etc. Para ello las alternativas a la hora de plantear la integración de ficheros administrativos van desde la firma de convenios entre organismos públicos, opción más directa y sencilla, o la creación de «oficinas del dato» que aglutinen, dispongan, integren, anonimicen diferentes bases de datos de distintos organismos públicos, como la Seguridad Social, Ministerio Trabajo, Hacienda o Economía, Instituto Nacional de Estadística, Agencia Tributaria, etc., y suministren la información micro para peticiones de evaluación e investigación.

Esta mejora está altamente relacionada con la indicada previamente sobre el nivel de desagregación de las bases de datos para seguimiento, ya que para poder integrar datos a nivel de «individuo o persona» solo es posible si el gestor del programa dispone de información «micro» de los beneficiarios.

4. Conclusiones

Las intervenciones públicas intentan solucionar los problemas de la sociedad, generando evidencia para una mejor toma de decisiones con un enfoque en los análisis que este orientado a la obtención de resultados. En este trabajo se presenta un diagnóstico sobre la situación actual de las políticas públicas en España y las limitaciones observadas en lo referente a la orientación a resultados y la generación de evidencia. Las principales lagunas detectadas son la ausencia de diagnóstico de la situación inicial, una falta de planificación y orientación a resultados, debido a la gran la importancia del presupuesto, limitaciones en el seguimiento y evaluación de los programas públicos, y finalmente, deficiencias en los sistemas de información. A continuación, se proponen un conjunto de recomendaciones, basadas en estos hallazgos anteriores, que permitirán, en el futuro, lograr una administración pública que se centre en la resolución de problemas de la sociedad utilizando evidencia, y que promueva la incorporación de la planificación y la evaluación para la mejora de los programas públicos.

Referencias bibliograficas

Ammons, David N. (2002). «Performance measurement and managerial thinking». *Public Performance & Management Review* 25(4).

Feinstein, Osvaldo (2007). «Evaluación pragmática de políticas públicas», *Información Comercial Española, Revista de economía*, núm. 836.

Feinstein, Osvaldo; Zapico Goñi, Eduardo (2010). *Evaluation of Government Performance and Public Policies in Spain*. Washington, DC: World Bank.

Jennings, Edward T.; Haist, Meg Patrick (2004). «Putting performance measurement in context», en P.W. Ingraham; L. Lynn (ed): *The art of governance: Analyzing management and administration*. Washington DC, Georgetown University Press.

Labeaga, José María; Muñoz, Cesar (2013). «La evaluación de políticas públicas en España: Aprendizaje y práctica institucional», *Revista de Evaluación de Programas y Políticas Públicas*, núm. 1.

López Hernández, Antonio; Ortiz Rodríguez, David (2004). «Los indicadores de gestión y el control de eficiencia del sector público», *Revista española de control externo*, núm. 18.

Ramió, Carles (2017). «El eslabón perdido de la Administración pública española: la ausencia de una dirección pública profesional», *Revista de Evaluación de Programas y Políticas Públicas*, núm. 8.

Ruiz López, Joaquín; Cuéllar Martín, Eloy (2014). «La gestión de calidad en las Administraciones Públicas españolas. Balance y perspectivas», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 10.

Swiss, James (2005). «A framework for assessing incentives in results-based management», *Public Administration Review* 65(5).

Zapico Goñi, Eduardo (2022). *Presupuesto y evaluación del gasto público: De la competición a la colaboración*, Madrid, Instituto de estudios Fiscales.

LA EXPERIMENTACIÓN COMO BASE DE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ORIENTADA A RESULTADOS

Luis Miller
Investigador científico del Instituto de Políticas y Bienes Públicos-CSIC

1. Introducción

El problema de la Administración pública en España está sobrediagnosticado. Desde el punto de vista de la ciudadanía, la Administración es percibida como un sistema altamente burocratizado que en demasiadas ocasiones no actúa de forma ágil y flexible para atender a las crecientes demandas de una sociedad avanzada del siglo XXI. En un estudio publicado recientemente, aunque con datos de hace una década, se muestra que solo el 40% de los españoles confían en el «servicio público», colocando al país en una posición intermedia-baja en el contexto internacional (Sanabria-Pulido y Bello-Gómez, 2021: 425). A esto se añade el descontento del personal al servicio de la Administración, el cual se encuentra con un desarrollo profesional muy limitado una vez que accede al sistema mediante un ejercicio de oposición memorística que no permite realizar la política de recursos humanos que requeriría una organización moderna y flexible. La combinación de la baja legitimidad social y una cierta esclerosis administrativa ha convertido la modernización de la Administración pública en uno de los grandes retos de país para las próximas décadas (Ramió, 2022: 19). Así se recoge en el documento España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo, elaborado por la Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia en 2021, donde se afirma que «las Administraciones públicas también deben mejorar drásticamente la eficiencia y agilidad de sus procesos, reduciendo el tiempo de respuesta en las gestiones, estableciendo requisitos de seguimiento y evaluación de la calidad de los servicios y políticas públicos, y mejorando la utilización de los fondos concedidos por la UE.»

Lo llamativo es que las bases para la reforma de la Administración generan cierto consenso entre los expertos. Tanto es así que los ejes fundamentales de este

proyecto de reforma no han cambiado en exceso desde finales de los años ochenta del siglo pasado (Bañón i Martínez, 1993). Son numerosos los trabajos que demandan un cambio radical en los sistemas de selección de personal, una redefinición de los puestos de trabajo que se ajuste a las necesidades actuales, una definición de los procesos de liderazgo y organización interna, o una reforma de la contratación pública (Ramió, 2017). De nuevo, estas ideas propuestas tanto a finales del siglo pasado, como durante el actual, quedan igualmente recogidas en el documento España 2050… En concreto se proponen hasta siete medidas:

1) «Institucionalizar una cultura de evaluación de políticas públicas (utilización de los recursos y eficacia de las medidas) y de rendición de cuentas por parte de todas las Administraciones»;
2) «completar la digitalización de las Administraciones públicas, de modo que la práctica totalidad de los trámites puedan hacerse de manera remota, homogeneizando los sistemas de acceso digital a todas las administraciones, y sin menoscabo de mantener la atención presencial donde se requiera»;
3) «reducir la complejidad y el tiempo de respuesta en las gestiones y trámites burocráticos»;
4) «ampliar el número, calidad y accesibilidad de las bases de datos públicas e incorporar el uso de nuevas tecnologías como la Inteligencia Artificial para que la información manejada por las Administraciones públicas pueda usarse, tanto por el conjunto de instituciones públicas como por las empresas y las universidades, para el análisis, el diseño y la evaluación de políticas y servicios»;
5) «adaptar los sistemas de acceso a la función pública, reformando el contenido y la naturaleza de las pruebas selectivas actuales para garantizar que el conocimiento, las competencias y la trayectoria del candidato o candidata se ajustan a las necesidades de cada momento»;
6) «reforzar la formación del funcionariado para mejorar su capacitación digital y uso de las nuevas tecnologías, sus conocimientos de dirección y gestión de recursos humanos, y sus competencias en materia de seguimiento y evaluación interna de las políticas públicas. Se deben abordar planes de recualificación que garanticen una adaptación permanente de los conocimientos y habilidades a las necesidades de la administración»;
7) «promover la evaluación por desempeño de los empleados públicos, reforzando los sistemas de medición de la productividad e incentivos, así como incrementando la flexibilidad para atraer talento de fuera de las Administraciones públicas y retener el talento ya existente».

Si el diagnóstico está claro y las vías de solución son múltiples e incluso están bien delineadas en ocasiones, ¿qué impide la necesaria reforma? También la respuesta a esta pregunta está suficientemente clara en la literatura especializada. El bloqueo a la reforma de la Administración provendría de la combinación de dos factores: una falta de interés político por los pocos réditos electorales que ofrecería y un bloqueo interno producido por las reticencias de los colectivos que integran la Administración, desde los grupos profesionales hasta los sindicatos.

En este artículo se mantiene que existen dos ventanas de oportunidad para la reforma de la Administración relacionadas con los dos elementos de bloqueo mencionados. En primer lugar, el deterioro de la propia Administración ha hecho que la modernización de la Administración se haya convertido en el elemento de política pública que cuenta con un mayor consenso social en España en la actualidad. En segundo lugar, por la vía de los hechos, muchos de los elementos que requiere una Administración más compleja y, a la vez, más eficiente y orientada a resultados ya se encuentran presentes en determinados espacios dentro de la Administración. En muchos casos, no se trata de inventar nada nuevo sino de dar carta de naturaleza jurídica a lo que ya está pasando. A continuación, me detendré en cada una de estas ventanas de oportunidad para mostrar que pueden suponer un avance de cierta importancia en la tan deseada reforma de la Administración.

El resto del artículo se divide en dos partes. En la primera argumentaré cómo la reforma de la Administración pública puede convertirse en una política de consenso, en un momento donde tanto en España como en otros países de su entorno los acuerdos para acordar políticas entre partidos diferentes no son muy frecuentes. En la segunda parte me centraré en un tipo de política concreta impulsada desde el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones que se ajusta a la desiderata habitual de una Administración moderna y orientada a resultados. El artículo concluye con una reflexión acerca de la posibilidad de transportar este tipo de políticas novedosas al conjunto de las administraciones públicas.

2. La reforma de la Administración pública como una política de consenso

En 2022, la Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia de la Presidencia del Gobierno de España y el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) realizaron dos estudios mediante encuesta sobre la España de 2030 (estudios 3376 y 3378). El foco principal de estas encuestas era el grado de acuerdo sobre distintas políticas necesarias para el futuro del país en ámbitos como la educa-

ción, la sanidad, la política migratoria o la transición ecológica, entre muchas otras. En total recogen alrededor de medio centenar de posibles actuaciones de los gobiernos en cuestiones tan concretas como la incentivación del uso de coches eléctricos o el retraso en un año de la edad de jubilación. Pues bien, de esas cincuenta medidas, aquella que genera un mayor consenso entre los ciudadanos que apoyan a opciones políticas distintas es precisamente «mejorar la eficiencia de las administraciones públicas». Por cierto, el apoyo a la reforma se da por el lado de la eficiencia, ya que lo que no genera tal grado de acuerdo es «aumentar la deuda de las administraciones públicas». Detengámonos por un momento en estas dos cuestiones: el apoyo a la mejora de la eficiencia de las administraciones y el rechazo al aumento de la deuda de éstas.

El 96 % de las personas consultadas por el CIS están bastante o muy de acuerdo en mejorar la eficiencia de las administraciones públicas. Dado este altísimo nivel de acuerdo, no existen diferencias entre los votantes de los distintos partidos, estando el nivel de apoyo por encima del 90 % en el electorado de todos los partidos de ámbito nacional. Existe un debate académico acerca de hasta qué punto este nivel de apoyo social supone un acicate para la reforma política. En un clima de polarización política como el que se da en la actualidad en las democracias avanzadas, las políticas de consenso no son siempre las elegidas por los partidos en el debate público, sino más bien otras políticas que generan un amplio grado de acuerdo entre los votantes propios y, al mismo tiempo, dividen a los partidarios de los partidos competidores (Miller, 2023). En todo caso, mantendré aquí que las políticas de consenso pueden volver al centro del debate. En ese momento será importante entender qué significa el contraste entre el casi unánime apoyo a una Administración más eficiente y la reticencia ciudadana al aumento de la deuda de las administraciones públicas.

«Aumentar las deudas de las administraciones públicas» se sitúa como la segunda medida, entre las cincuenta consideradas, que genera más rechazo por parte de la ciudadanía, solo por detrás de «retrasar en un año más la edad de jubilación». En concreto, solo un 22 % de los ciudadanos están bastante o muy de acuerdo en aumentar las deudas de la Administración, mientras que «aumentar la edad de jubilación en un año» es apoyado por un 20 %. Por tanto, la aceptabilidad pública de una reforma de la Administración está bien delineada por un apoyo masivo a las ganancias de eficiencia y un rechazo a un aumento de las fuentes de financiación pública. No solo la deuda genera rechazo, sino que todas las medidas que implican aumento de los impuestos en las encuestas generan una gran división entre los votantes de diversas opciones políticas. Así, las tres intervenciones públicas que más polarizan a la opinión pública española son, por este orden, «aumentar los impuestos a las personas más ricas», «aumentar los impuestos a las grandes empresas» y «aumentar los impuestos para financiar el sistema

público de pensiones». La modernización de la Administración cuenta con el apoyo casi unánime de la población española, siempre que esta no implique un aumento de los recursos dedicados a la misma.

¿Por qué es importante la aceptabilidad social o pública de una reforma institucional? La idea de la aceptabilidad social o pública proviene de los estudios sobre problemas medioambientales y sobre cambio climático, donde a menudo surge la cuestión de cómo convencer a la ciudadanía de aplicar restricciones que son costosas a nivel individual o en el corto plazo, como reciclar, para alcanzar metas colectivas o a más largo plazo, como reducir los residuos o la contaminación (Maestre-Andrés, Drews y Van den Bergh, 2019). Lo interesante en el caso de la reforma de la Administración es que el apoyo social a la misma es casi unánime y la mayoría de la población no percibe los costes individuales a corto plazo que sí se dan en el caso de las políticas ambientales. ¿Ayuda este consenso a realizar la reforma? Depende. Un primer obstáculo es que si hubo un tiempo en el que se buscaban los temas más transversales posibles para llegar a esa masa de votantes que se situaban en posiciones moderadas de la escala ideológica, ahora es todo lo contrario; en la política actual se trata más de encontrar los resortes que dividen al público para intentar asegurar el apoyo de los tuyos y desmoralizar, y desmovilizar en la medida de lo posible, a los otros. Para que fuera una estrategia política viable, los partidos de Gobierno deberían apropiarse del consenso existente en la ciudadanía y situar la reforma de la Administración como una de sus banderas. En última instancia, el partido que lo haga tendrá que vencer las reticencias y protestas desde dentro de la Administración apoyándose en el amplio consenso social acerca de la necesidad de la reforma.

3. La experimentación como forma de cambio en la Administración pública

Si los diagnósticos sobre los problemas de la Administración, sus posibles reformas y los elementos de bloqueo que las impiden están relativamente claros, también lo está el tipo de reforma que no sería posible. Cuando la Administración se ha convertido en una enorme maraña donde se entrelazan hilos de muy diversa índole, solo nos queda ir deshaciendo los nudos que generan el bloqueo poco a poco de forma parcial y efectiva. De nada sirven las propuestas de macro-reformas que proponen desenmarañar todo y de una vez, ni los parches que implican añadir nuevos nudos. Las únicas vías de actuación posibles son reformas parciales que vayan consolidando la eficiencia en la gestión de parcelas delimitadas dentro de la Administración.

En el resto del artículo, me centraré en un caso práctico que puede iluminar los intentos de reformas localizadas en otros ámbitos de la Administración. Se trata de la gestión por parte de la Secretaria General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social (SEGOPIS) de los Itinerarios de Inclusión vinculados al Ingreso Mínimo Vital. Al tratarse de una política que genera nuevas estructuras de gestión vinculadas al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), en concreto a su «componente 23», esta política conecta directamente con otras innovaciones en el Sector Público realizadas al albor del PRTR.

En los últimos años, especialmente a partir de los mecanismos institucionales diseñados con motivo de los Fondos Next Generation EU, la Administración pública española está incorporando algunos de los elementos demandados por los expertos en reforma de la Administración en las últimas décadas, y que detallaba en la introducción del artículo. Se trata de instrumentos complejos como los PERTE[1], que avanzan en la colaboración público privada, y otros entes en los que participan administraciones públicas de diversos niveles, empresas privadas y entidades del tercer sector. Esto no solo tiene consecuencias sobre la gestión y gobernanza de estos entes, sino sobre la propia gestión pública, que en muchas ocasiones se realiza a través de procesos de subcontratación y externalización.

¿Qué son los itinerarios de inclusión? Se trata de proyectos piloto para el despliegue de convenios con comunidades autónomas, ayuntamientos y entidades del tercer sector, en los que participan varios cientos de miles de perceptores del Ingreso Mínimo Vital (IMV) y rentas mínimas autonómicas en todo el territorio nacional[2]. Los proyectos se centran en la reducción de las vulnerabilidades de los hogares perceptores del IMV y otras rentas sociales incidiendo en diversos aspectos como la educación, la digitalización, el empleo, el acompañamiento social o la salud. La novedad que incorporan estas intervenciones es que los proyectos piloto se desarrollan con la metodología de los experimentos controlados aleatorizados, muy habitual en las ciencias aplicadas al tratar cuestiones como las vacunas. Esta metodología innovadora permite evaluar los resultados de cada uno de los proyectos en la reducción de la vulnerabilidad de los beneficiarios para escalar aquellos que obtengan mejores resultados. Por tanto, permiten introducir la evaluación de las políticas públicas desde el mismo momento de la concepción y puestas en marcha de la política. Los resultados de la evaluación son inmediatos y esto hace que la toma de decisiones sobre qué proyectos de intervención pública desarrollar a una mayor escala sea más rápida y eficaz, lo que en última instancia redunda sobre la tan deseada ganancia de eficiencia de las administraciones

[1] Un PERTE es un gran proyecto estratégico que exige la colaboración entre administraciones, empresas y centros de investigación.

[2] Para más información, véase «Inclusión impulsa 18 proyectos piloto, que situarán a España entre los países pioneros en el uso de ensayos de control aleatorizado en políticas sociales».

públicas. Este tipo de evaluación se encuentran en la vanguardia de un modelo de administraciones públicas orientadas a resultados. Permiten que estos sean medibles y evaluables de forma casi inmediata.

Más allá del caso español discutido en este texto, la evaluación experimental de programas y políticas públicas ha sido adoptada como el estándar de evaluación de políticas por instituciones multilaterales como el Banco Mundial y fue reconocida con el Premio Nobel en Economía en 2019 para los investigadores Esther Duflo, Abhijit Banerjee y Michael Kremer. Gracias a ellos la evaluación del impacto de las políticas públicas predominante es la experimental y podemos encontrar cada vez más textos específicos sobre el uso de experimentos de en políticas públicas (Miller y Rodríguez Marín, 2023). Aunque no hay un documento donde se afirme que la evaluación experimental es preferente, lo cierto es que la mayoría de instituciones internacionales, y lo empezamos a ver también en el contexto español, recomiendan el uso de la evaluación experimental. Este tipo de evaluaciones serán, cada vez más, una pieza clave en las futuras políticas de cambio en la Administración pública. A pesar de esto, las evaluaciones experimentales de impacto nos pueden ofrecer buena información acerca del cambio en variables objetivas, como el comportamiento observado de los participantes, pero no suelen ofrecer tan buena información sobre las motivaciones, creencias u otras variables subjetivas. En este caso es fundamental combinar la evaluación experimental con otras técnicas que permitan contemplar el impacto subjetivo de las políticas.

4. Nuevos elementos de gestión incorporados a la Administración pública

En el apartado anterior me he referido a dos acepciones distintas de la idea de experimentación: la experimentación como uno de los métodos de investigación en la evaluación de políticas públicas y la experimentación como uno modo de introducir cambios en la Administración. Las dos pueden estar relacionadas, en tanto que cuando una administración u otra organización introducen cambios de forma experimental, también es posible analizarlos mediante métodos científicos experimentales. Sin embargo, en este último apartado voy a detenerme en la segunda de las acepciones, en la experimentación por parte de las administraciones públicas. En concreto, trataré de mostrar cómo la incorporación de nuevos elementos de gestión, que responden a la necesidad coyuntural de dar respuesta a las estructuras complejas introducidas por el PRTR, puede ayudar a las propias administraciones a poner en marcha modelos de gestión innovadores y flexibles. Además, más allá del carácter innovador de este modelo de evaluación

continua de las intervenciones públicas, los Itinerarios del IMV incorporan algunos elementos de gestión que podrían ser trasladados a otras esferas de la Administración. ¿Cuáles son estos nuevos elementos que incorporan?

a) Gestión multilateral

La responsabilidad última en la gestión de estos Itinerarios es pública, recae sobre la SEGOPIS, pero la gestión de los itinerarios corre a cargo de una miríada de entidades públicas y privadas de muy diversa índole. En el diseño e implementación de los itinerarios y su evaluación participan organizaciones académicas nacionales e internacionales. En la puesta en práctica de los mismos, entidades del tercer sector y administraciones autonómicas y locales. Por último, para la coordinación del todo el proceso, la SEGOPIS cuenta tanto con personal propio de la Administración como con la gestión externalizada a una empresa pública. Esta colaboración multilateral requiere de una constante coordinación interinstitucional, así como entre la Administración y agentes privados y del tercer sector que también es muy frecuente en otras iniciativas derivadas del PRTR. La coordinación se sustancia en comités de seguimiento de diversos tipos donde están representadas todas las partes implicadas. Este modelo de colaboración entre las administraciones, empresas privadas y el tercer sector genera, de hecho, un sistema de gestión muy distinto a la gestión ordinaria de las administraciones públicas. Aunque la coordinación y responsabilidad última la sigue teniendo la Administración, muchas de las tareas que se llevan a cabo son realizadas fuera de la misma por personal externo al servicio de organizaciones diversas. La prestación de servicios, por tanto, se produce de manera descentralizada, ajustada a las necesidades existentes, y de un modo que sería impensable si la implementación recayera completamente sobre las administraciones públicas. El elemento central de este modelo son los comités de coordinación y seguimiento liderados por la Administración, pero participados por todas las entidades implicadas en la ejecución de los proyectos.

b) Experimentación a pequeña escala

Aunque el proyecto es suficientemente ambicioso y cuenta con una financiación de cerca unos trescientos millones de euros, cada uno de los más de treinta subproyectos ejecutados tienen una entidad propia y, por tanto, su éxito o fracaso no invalida necesariamente el conjunto de la iniciativa. Una vez evaluados todos los resultados, habrá algunas intervenciones que merezca la pena mantener

e incluso escalar y trasladar a otros niveles de la administración y otras que no. Parte del aprendizaje se derivará de los resultados obtenidos sobre la variable central del proyecto, la vulnerabilidad, pero parte del aprendizaje también tendrá que ver con la eficiencia en la gestión de las distintas alianzas estratégicas. Estas alianzas suponen retos importantes a la gestión interna de la Administración relacionados con las formas jurídicas que va adoptando cada una de ellas. La experimentación a pequeña escala permite explorar vías de gestión y colaboración entre agentes que sería impensable poner en marcha en toda la Administración o, incluso, en una parte amplia de esta.

c) Uso de los datos administrativos para la evaluación de las intervenciones

La tecnología ya madura y aquella que está llegando (como la inteligencia artificial generativa) permite un uso masivo de los datos producidos en los procesos de intervención pública y gestión administrativa (Almunia y Rey-Biel, 2020). Desde hace varios años, ministerios como el de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones o el de Asuntos Económicos y Transformación Digital están articulando formas para poder aprender el máximo de estos datos. El siguiente paso será el cruce de datos de distintas fuentes de la Administración, algo que ya se está realizando en el caso de los Itinerarios. En última instancia el objetivo es garantizar la accesibilidad a las bases de datos públicas e incorporar el uso de nuevas tecnologías para que la información manejada por las administraciones públicas pueda usarse, tanto por el conjunto de instituciones públicas como por las empresas y las universidades, para el análisis, el diseño y la evaluación de políticas y servicios. En esto la Administración tiene que ejercer el liderazgo por motivos de ética y protección de datos, pero el conjunto de entidades que pueden participar en la cesión y explotación de los datos es muy amplio. La generalización del uso cruzado de los datos a disposición de la Administración resulta muy necesaria para aumentar el aprendizaje de las administraciones y, en última instancia, la eficiencia en la gestión. Sin embargo, este proceso no está exento de enormes retos tecnológicos, legales, éticos y de formación del personal de la propia Administración.

d) Gestión de recursos humanos colaborativa

El personal que gestiona todo este proceso multianual y multimillonario pertenece a un conjunto de entidades públicas, privadas y del tercer sector. En

general esto supone un esfuerzo de liderazgo y coordinación muy importante por parte del personal de las secretarias y direcciones generales, tanto del Gobierno central, como de las comunidades autónomas y gobiernos locales. Este trabajo normalmente se añade a su trabajo habitual. Sería necesario establecer fórmulas de dedicación exclusiva a estos proyectos de forma temporal. Lo importante es que el propio personal de la Administración se convierta en el motor de cambio para la incorporación de estos nuevos modelos de gestión y evaluación. Para ello será necesario abrir la posibilidad de que el personal al servicio de las administraciones públicas pueda destinarse temporalmente a estos proyectos innovadores que van más allá de sus funciones habituales. Todo el peso de estas nuevas iniciativas no puede recaer sobre personal eventual o externo a la propia Administración.

e) Definición de un marco ético de referencia ante los cambios introducidos por las nuevas tecnologías y formas de intervención pública

En la medida en la que los datos e información en posesión de la administración se están utilizando para usos distintos al motivo por los que fueron obtenidos, emergen diferentes cuestiones éticas que están empezando a ser abordadas por las administraciones. Resulta necesario desarrollar una normativa de carácter general que sirva como paraguas para el conjunto de administraciones y no solo soluciones puntuales acomodadas a cada intervención de una administración en particular. En este sentido, a veces se crean soluciones *ad hoc*, como es la creación del Comité de Ética vinculado a los Itinerarios del IMV. Hay otros intentos de crear entes con vocación de permanencia, como la Oficina del Dato en la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial o el recientemente creado Comité Español de Ética de la Investigación en el Ministerio de Ciencia e Innovación. Sería necesario repensar estas iniciativas para evitar duplicidades y ganar en eficiencia también en este tema tan importante en la actualidad.

La ética no solo atañe al diseño específico de una intervención pública, o su evaluación, sino también a sus resultados y al uso que las administraciones hacen de ellos. Puede que se considere que ciertas intervenciones no deben ser evaluadas o que la ciudanía prefiera una intervención diferente a la que ha sido favorablemente evaluada. La evaluación experimental es una herramienta muy útil para entender mejor cómo funcionan nuestras políticas, pero los gestores públicos serán en última instancia quienes deciden sobre las políticas a implementar.

5. Conclusiones

Como se puede apreciar, la gran ventaja del modo en el que se están desplegando los Itinerarios del IMV es que parten de la idea del pilotaje y la escalabilidad. Al intervenir sobre parcelas muy concretas de la Administración, estas acciones cuentan con menos reticencias que un plan de reforma general de arriba abajo por parte de los agentes dentro de la Administración que suelen bloquear cualquier intento de reforma. No suponen una amenaza global. Una vez mostrada su eficacia, la legitimidad para aplicar el modelo a otras partes de la Administración será mayor. En última instancia, sin embargo, la mayor fuente de legitimidad que tienen es que ya se están haciendo y, por tanto, ya se ha vencido el bloqueo inicial al que suelen estar sometidas muchas nuevas ideas en la Administración.

Un segundo elemento que confiere legitimidad a estas intervenciones es que se alinean con las principales tendencias en la gestión de las organizaciones, públicas y privadas, en el ámbito internacional. Organizaciones internacionales como el Banco Mundial o la Comisión Europea abogan por este tipo de intervenciones experimentales, localizadas y escalables para ir introduciendo reformas en los ámbitos de competencias de los distintos gobiernos. A nivel internacional, el análisis y la evaluación de políticas públicas se han beneficiado en los últimos tiempos de dos importantes innovaciones metodológicas descritas en este artículo. En primer lugar, se ha extendido el uso de diseños experimentales que permiten avanzar en la comprensión de los efectos de una determinada política. En segundo lugar, la creciente disponibilidad de grandes bases de datos, así como de técnicas de tratamiento estadístico avanzado, permite una evaluación rigurosa del impacto de las políticas públicas.

El principal reto al que se enfrentan estas nuevas formas de políticas públicas es su continuidad más allá del marco del PRTR, así como su adopción por los distintos gobiernos en un escenario político incierto. En este sentido, sería necesario avanzar en su blindaje como política de Estado, garantizando cierto nivel de excepcionalidad que preserve los cinco elementos descritos con anterioridad. La excepcionalidad podría venir de la creación de un órgano institucional que actuara como «banco de pruebas» de intervenciones públicas y que gozara de la flexibilidad en el modelo de gestión que no es posible alcanzar en el conjunto de la Administración. El ejemplo de la AIREF para la evaluación del gasto o la recuperación de elementos de la Ley de Agencias suponen caminos a explorar para la consecución de este fin. La forma jurídica que adopte este nuevo «laboratorio de políticas públicas» es harina de otro costal. Pero, más allá de las estructuras institucionales, el verdadero reto es generar una nueva cultura de gestión y evaluación

más eficiente, así como que esta vaya calando paulatinamente tanto en el personal interno de la Administración como en la sociedad. De ese modo nos alinearemos con una tendencia que ya es dominante en el ámbito internacional.

La aproximación experimental propuesta en este artículo está llena de obstáculos, como lo están otros tipos de enfoques para la innovación en las administraciones públicas. Aun así, la importancia y urgencia del problema hace que merezca la pena reflexionar sobre su posible aplicación al diseño políticas públicas, los condicionantes de estas en la práctica y los cambios que requeriría una Administración pública orientada a resultados. En última instancia el aprendizaje experimental resulta útil en tanto nos permita determinar si una determinada innovación o política es transportable a otro ámbito de la gestión o escalable a un conjunto más amplio de administraciones o usuarios de estas.

Referencias

Almunia, Miguel; Rey-Biel, Pedro (2020). «Por un cambio de cultura en la gestión de los datos en España: Una propuesta de reforma», EsadeEcPol Insight #17.

Bañón i Martínez, Rafael (1993). «La modernización de la Administración Pública española. Balance y perspectivas», *Política y Sociedad*, núm. 13.

Maestre-Andrés, Sara; Drews, Stefan; Van Den Bergh, Jeroen (2019). «Perceived fairness and public acceptability of carbon pricing: a review of the literature», *Climate Policy*, 19(9).

Miller, Luis (2023). *Polarizados. La Política que nos divide*. Barcelona, Deusto.

Miller, Luis; Rodríguez Marín, Isabel (2023). «Estrategias experimentales para el análisis y evaluación de políticas públicas», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 31.

Ramió, Carles (2022). «La reforma de la administración pública en España. La ineludible transformación que nunca llega», en A. Penadés de la Cruz; A. Garmendia Madariaga (dir.): *Informe sobre la democracia en España 2021. El país frente al espejo*. Madrid, Fundación Alternativas/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ramió, Carles (2017). «El eslabón perdido de la administración pública española: la ausencia de una dirección pública profesional», *Revista de Evaluación de Programas y Políticas Públicas*, núm. 8.

Sanabria-Pulido, Pablo; Bello-Gómez, Ricardo A. (2021). «Public Sector Reform and Perceptions of Public Servants: An International Longitudinal Review», en H. Sullivan; H. Dickinson; H. Henderson (ed.): *The Palgrave Handbook of the Public Servant*. London, Palgrave Macmillan.

DESARROLLO DE CAPACIDADES ADMINISTRATIVAS PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA

Cristina Ares Castro-Conde
Profesora titular de Ciencia Política y de la Administración de la Universidade de Santiago de Compostela
orcid.org/0000-0002-2278-629X/
cristina.ares@usc.es

La orientación a resultados de las inversiones y, en general, de las políticas públicas es uno de los principales elementos —junto con la simplificación de procedimientos, la colaboración público-privada y la proliferación de agencias— de los programas de «reforma administrativa» en Europa; los cuales han devenido en «herramientas de marketing» y «festivales de visiones», cuyos efectos más relevantes, incluso de las reformas que no llegan a implementarse, pasan por la puesta en valor del cambio en el sector público (Cassese, 2003: 137).

Además, el grueso de la conversación sobre las Administraciones públicas se ha ido concentrando, desde los años 1980, en esta agenda de reforma administrativa, la cual ha importado numerosos conceptos del ámbito de la gestión privada (Villoria, 2019: 68, 75), y tiende a subestimar la contribución del sector público al desarrollo económico y el bienestar social, así como a considerar la dimensión política de las organizaciones públicas, como argumentan Peters y Pierre (2010: 325) «en el mejor de los casos, como un mal necesario y, en el peor, una importante traba para la eficacia y efectividad del sector público».

Nótese que la dicotomía Administración-política resulta particularmente problemática en el actual contexto, al facilitar el discurso de partidos y líderes populistas. Quizás en mayor medida que en momentos anteriores, como señala Stoker (2021: 265) hoy «necesitamos desarrollar una Administración pública que pueda trabajar superando las fronteras entre política y Administración, cultivar complicidades con los ciudadanos críticos y explotar las nuevas tecnologías como la mejor defensa contra el populismo y el deterioro de la democracia».

Por otra parte, los programas de reformas de las burocracias públicas no siempre han prestado suficiente atención a las relaciones y la interdependencia entre

Administraciones supranacionales y estatales de distintos ámbitos territoriales de la Unión Europea (UE). Sin embargo, los vínculos entre «niveles» de gobernanza han ido ganando protagonismo en nuestro sistema político, con la extensión paulatina de la agenda de políticas de la Unión, así como de la acción de las instituciones supranacionales en casi todos los asuntos públicos (Ares, 2023b). La realidad es que las Administraciones de los Estados miembros influyen en el funcionamiento de las instituciones supranacionales y, además, algunos de sus trabajadores han ido asumiendo tareas e impulsado ajustes en las estructuras y prácticas de reclutamiento de las organizaciones públicas desde las que sirven, con el propósito de participar de un modo más satisfactorio en la elaboración de políticas de la UE (Kassim, 2003: 161).

Este capítulo vincula el debate sobre la orientación a resultados de las burocracias españolas con las políticas europeas —especialmente, con algunos cambios en los fondos de la Unión que se han ido incorporando desde 2007—, y llama la atención sobre el desarrollo de las capacidades administrativas para la ejecución de políticas y el logro de objetivos como un efecto en sí mismo valioso de la acción pública, de igual manera que el cultivo de la confianza de los ciudadanos y otros actores cuya complicidad resulta imprescindible para la obtención de diversos resultados con las políticas.

Las habilidades de las organizaciones públicas constituyen una dimensión sumamente relevante de la calidad de la gobernanza. Para empezar, benefician la representación —o la traslación de las preferencias de los ciudadanos a la acción pública— y tienen impacto en elementos de cultura política susceptibles de repercutir positivamente a su vez en una mayor exigencia ciudadana en materia de transparencia y rendición de cuentas, así como en la confianza en las organizaciones públicas; entendida, conforme al documento Generar confianza para fortalecer la democracia. Resumen con los principales hallazgos de la Encuesta sobre Confianza de la OCDE, como «la expectativa de una persona acerca de que otra persona o institución actuará de manera consistente con sus expectativas de conducta positiva». Estos elementos (confianza, representación, entre otros) deben tratarse en los programas de reforma administrativa como bienes democráticos intrínsecos en lugar de simples instrumentos para la producción de bienes democráticos extrínsecos, como la estabilidad económica o el bienestar social.

Claro que, además de un fin, la generación de confianza constituye también un medio imprescindible para propiciar la modernización de las Administraciones públicas; particularmente, en nuestro país, dada «la falta de complicidad de la sociedad hacia ellas» (Ramió Matas, 2015: 37). La realidad es que apenas «se han impulsado medidas de transparencia, acceso a la información, rendición de cuentas (especialmente de carácter económico), evaluación de políticas públicas y de clarificación de la relación entre la política y la administración mediante un estatuto del directivo público» (Ramió Matas, 2015: 48) e, incluso, la Ley 19/2013,

de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno no logró ir más allá del plano simbólico, o de una «transparencia traslúcida» (Ramió Matas, 2022: 26). Cabe reconocer que los «portales *ad hoc* de transparencia (…) representan una paradoja, ya que una Administración realmente transparente ¿para qué necesita un apartado específico o web de transparencia)» (Ramió Matas, 2022: 26).

Quizás, para tratar de avanzar, conviene poner el foco en el desarrollo de capacidades administrativas para poder mejorar los datos de ejecución e impacto de las inversiones y, en general, de las políticas. Para clarificar, la capacidad de una organización pública viene dada fundamentalmente, como indican El-Taliawi y Van Der Wal (2019: 246), por su «habilidad para desempeñar las prácticas administrativas» vinculadas a las siguientes funciones:

i) anticipar e influir en el cambio;
ii) tomar decisiones sobre políticas informadas e inteligentes;
iii) desarrollar programas para la implementación de políticas;
iv) atraer y absorber recursos;
v) gestionar recursos;
vi) evaluar las actividades y aplicar lo aprendido a otras futuras.

El impulso de la agenda de modernización administrativa en relación con la orientación a resultados de las políticas implica, pues, el fortalecimiento de aquellas habilidades que contribuyen a mejorar tales prácticas, como las recogidas en la tabla 1, sobre todo en relación con la capacidad operacional organizacional.

Como se ha dicho, la reforma administrativa en España se ha retrasado y abordado de forma poco inteligente, desde el punto de vista del interés público, entre otras razones, porque no se ha insertado en las metas estratégicas para el fortalecimiento de la democracia. Los proyectos de reforma de organizaciones del sector público que se han pretendido impulsar no han prestado atención al valor público que coadyuvan a generar las burocracias. De hecho, han tendido a aproximarse a recetas neoliberales para reducir el tamaño del sector público, muy distantes de las actuaciones que se requieren para el desarrollo de condiciones en las organizaciones públicas para el abordaje tranquilo de los desafíos de sus agendas de políticas y contextos de intervención actuales.

Para progresar, debemos tener en cuenta, con Toonen (2012: 497), que «el cambio en las prácticas gubernamentales, del mercado o del tercer sector a menudo debe comenzar con el cambio en símbolos, etiquetas y conceptos. Las ideas son herramientas de reforma poderosas». A fin de poder trabajar cabalmente en la reforma de las Administraciones públicas españolas, sería deseable impulsar, lo

antes posible, una revisión del lenguaje de estas iniciativas, renunciando a las «dietas milagro» —las cuales, por otra parte, habitualmente no se respetan—, en favor del «cuidado de la salud» y la «puesta a punto» de las burocracias públicas. El objetivo es «entrenar» estas organizaciones de forma periódica para lograr una mejor aceptación y gestión de la transformación ineludible de sus estructuras, actividades y entornos; o cuando menos que consigan adaptarse de forma satisfactoria a las novedades continuas en los instrumentos de políticas que les corresponde ejecutar. El acceso a la arena institucional de partidos y líderes populistas, ya señalado, exige al sector público un esfuerzo más decidido para instalar este cambio cultural que, por ejemplo, logre normalizar la justificación de las decisiones públicas, con un lenguaje coloquial y «argumentos humanos, emocionales y morales» (Stoker, 221: 262)

Por otra parte, en nuestro sistema político, los ajustes en las Administraciones exigen el desarrollo de distintas habilidades para la participación en la elaboración de políticas de la Unión, cuando menos para tener éxito en la ejecución del presupuesto del que disponen en cada momento. Para ello, deben optimizar su interacción con actores de la dimensión administrativa de la Comisión Europea y otras organizaciones públicas de diferentes ámbitos territoriales, distintos actores de la sociedad civil relevantes en cada área de políticas y ciudadanos en general.

Cabe reflexionar sobre si las políticas de la Unión han favorecido la orientación a resultados de las Administraciones públicas españolas hasta la fecha. La respuesta corta es: menos de lo deseable con anterioridad a la ejecución de Next Generation EU; pese a que, desde el periodo de programación 2007-2013, la política de cohesión —la principal política de inversión de la UE— ha tratado de promover la orientación a resultados y la justificación del rendimiento de las inversiones vehiculadas a través de distintos instrumentos financieros. No obstante, a la espera de estudios en profundidad para rastrear procesos de cambio e investigaciones comparativas, apuntamos que este guante sí se ha recogido, más o menos tímidamente, por parte de algunos altos directivos públicos; por lo que se recomienda mapear de forma exhaustiva y dar difusión a estas experiencias de adaptación de las Administraciones para la gestión de fondos europeos.

La Dirección General de Política Regional y Urbana (DG REGIO) de la Comisión Europea ha diseñado múltiples programas para favorecer la absorción de los fondos en los territorios; por ejemplo, ha apoyado la producción desde la Universidad de Gotemburgo del Índice Europeo de Calidad del Gobierno (European Quality of Government Index, EQI), el cual mide percepciones de los ciudadanos sobre la imparcialidad y la calidad de distintos servicios y experiencias de corrupción en el sector público. Gobiernos de alta calidad serían, para Dahlström y Lapuente, entre los investigadores responsables de este índice, «aquellos que actúan de manera imparcial, no son corruptos y usan los recursos de manera eficiente» (2018: 11). La dimensión

Tabla 1. Tipos de capacidades de las organizaciones públicas.

		Carácter		
		Analítico	*Operacional*	Político
Nivel	*Sistémico*	Capacidad analítica sistémica: • Sistemas para recoger y diseminar información • Acceso a sistemas de asesoramiento sobre políticas competitivos • Apoyo político para el análisis de políticas riguroso y la evaluación	Capacidad operacional sistémica: • Coordinación entre gobiernos y entre agencias • Coherencia de las comunidades y redes de políticas • Claridad en los roles y responsabilidad de las agencias	Capacidad política sistémica: • Rendición de cuentas política por las políticas públicas • Confianza en el gobierno • Participación de actores no institucionales en el proceso de elaboración de políticas
	Organizacional	Capacidad analítica organizacional: • Disponibilidad de trabajadores con capacidad de análisis • Herramientas y procesos para recoger y analizar datos • Compromiso de la organización con la política pública basada en datos	Capacidad operacional organizacional: • Compromiso de la organización con el logro de objetivos • Disponibilidad de recursos financieros y humanos • Coordinación del proceso interno • Gestión del rendimiento • Rendición de cuentas administrativa	Capacidad política organizacional: • Legitimidad del proceso de elaboración de políticas • Procesos para la implicación de los actores clave • Acceso a los actores clave en la decisión sobre la política pública
	Individual	Capacidad analítica individual: • Conocimiento y competencias en materia de análisis de políticas y evaluación	Capacidad operacional individual: • Conocimientos técnicos en materia de planificación, contratación, presupuestación, delegación, dirección, y coordinación	Capacidad política organizacional: • Conocimiento sobre el proceso de la política y las posiciones de los actores clave • Competencias para la búsqueda de consensos, comunicación y negociación

Fuente: Ares Conde-Castro (2022: 56), adaptado de Wu et al. (2015) y Shubham, Shi, Wu (2021)

«eficacia gubernamental» de este índice mide aspectos como la satisfacción con la calidad de la educación y la sanidad públicas que, como capturan los datos de opinión pública de la oficina estadística de la UE, interesan especialmente a los ciudadanos en los distintos Estados miembros (Eurobarometer Understanding Europeans' views on reform needs de mayo de 2023)[1]. A partir del marco financiero plurianual 2014-

[1] Para reflexionar sobre la conceptualización y producción de datos sobre rendimiento de las Administraciones públicas, se recomienda la lectura de Ballart (2010). Como introducción a la construcción y empleo del EQI y otros indicadores de gobernanza, podría consultarse asimismo Ares Castro-Conde (2023a).

2020, la Comisión Europea ha intensificado su actividad de apoyo al diagnóstico estratégico y el diseño de mejoras en las capacidades de las Administraciones nacionales para la ejecución de las inversiones de la Unión, dada la persistencia de las dificultades para la absorción de fondos en distintos países, entre ellos España (Ares Castro-Conde, 2020; Hidalgo-Pérez, Manfredi Sánchez y Benítez Palma, 2020).

Además, debemos observar que la acción de la Unión en materia de gobernanza y Administración pública se ha expandido durante la Comisión Juncker (2014-2019) y, más aún, la Comisión von der Leyen (2019-2024). En enero de 2020 se incorporó a la estructura organizativa de esta institución supranacional una Dirección General (DG REFORM) para el apoyo a las reformas estructurales que faciliten la implementación de políticas. Esta nueva DG ofrece asistencia para la puesta en marcha de las reformas identificadas por la propia Comisión, por ejemplo, en el marco del Semestre Europeo, y otras propuestas por los Estados miembros. DG REFORM, como ilustración, en España ha elaborado recomendaciones y un plan de acción para fortalecer la capacidad institucional de los órganos gestores del Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura (FEMPA), teniendo en cuenta las particularidades de las distintas comunidades autónomas.

Desde su creación, DG REFORM ha asumido la coordinación del conjunto de las actividades de la Comisión Europea en materia de gobernanza y Administraciones públicas. Los Estados miembros pueden solicitar asistencia técnica para la mejora de la calidad de la gobernanza en su territorio, incluyendo sus organizaciones públicas de ámbito local y regional. Nos encontramos ante una emergente política de gobernanza y Administración pública de la Unión recién incorporada a la agenda de políticas. Entre 2017 y 2020, contó con recursos financieros vehiculados a través del programa de apoyo a las reformas estructurales (Structural Reform Support Programme, SRSP), con una dotación de 222,8 millones de euros para esos años, y los Estados miembros pudieron a su vez asignar a estos programas recursos de la Unión pendientes de ejecutar. A partir de la experiencia del programa seminal de apoyo, gestionado por un Servicio antes del establecimiento de DG REFORM, se incorporó para el período de programación 2021-2027, en el marco del Plan de Recuperación, un nuevo Instrumento de Apoyo Técnico (Technical Support Instrument, TSI), al cargo de esta nueva DG, con un presupuesto plurianual (el TSI) de 864 millones de euros. España se había beneficiado hasta 2023 de más de 50 proyectos, del SRSP y del TSI, dirigidos especialmente a aumentar la eficacia del gasto público y el sistema sanitario, así como a apoyar reformas en materia de lucha contra el fraude y digitalización de la justicia.

Igualmente, desde el ámbito supranacional, se han reforzado los mecanismos para combatir la corrupción y el fraude en la ejecución del presupuesto de la Unión a partir de 2014; por ejemplo, con la creación de la Fiscalía Europea (FE), en abril de 2017, la cual inició su actividad en junio de 2021. La FE es un órgano

independiente con capacidad no solo para investigar los delitos que atentan contra los intereses financieros de la UE sino también, a diferencia de la Oficina europea de lucha contra el fraude (OLAF), para ejercer la acción penal y llevar a juicio a sus autores. La OLAF, por su parte, había sido establecida como reacción a la dimisión de la Comisión Santer, en marzo de 1999, por falta de confianza del Parlamento Europeo en la gestión financiera; se trata de un servicio administrativo que investiga e informa a las autoridades europeas y nacionales competentes, pudiendo recomendar la apertura de acciones judiciales.

Asimismo, desde el año 2021, resultan relevantes los cambios asociados al Instrumento de Recuperación Next Generation EU (NGEU). Los planes nacionales de recuperación elaborados por cada Estado miembro para recibir sus recursos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), el principal instrumento financiero de NGEU, abordan obligatoriamente las recomendaciones específicas dirigidas a cada país en el Semestre Europeo. Estos planes y la ejecución de las inversiones y reformas que contienen deben superar la evaluación de la Comisión Europea para la recepción progresiva de los desembolsos.

Son importantes también los siguientes dos avances desde 2021: la incorporación del mecanismo para proteger el presupuesto de la Unión frente a vulneraciones del Estado de Derecho en los Estados miembros —una de las condiciones puestas sobre la mesa por el Parlamento Europeo para la aprobación del marco financiero plurianual 2021-2027— y la propia intervención de la Eurocámara en la ejecución de NGEU. Esto último, de acuerdo con la lógica del método comunitario; aspecto que no se leyó correctamente en la conversación pública española, por ejemplo, en el momento de la visita de una delegación de diputados miembros de la Comisión de Control Presupuestario de la Eurocámara en 2023 con el objetivo de fiscalizar el uso de los fondos de recuperación. Esta delegación de europarlamentarios nada tuvo que ver con la llamada troika de la Gran Crisis, conformada por representantes del Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo y la Comisión, para la supervisión del cumplimiento de las condiciones establecidas para la recepción de la asistencia financiera solicitada por algunos países, en aquel momento, a diferencia del actual, a través de mecanismos de estabilidad ajenos a la racionalidad comunitaria e, incluso, al marco de los Tratados de la UE.

En el Plan español de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el componente 11 aborda la «reforma y modernización» de las Administraciones públicas, como «uno de los retos de la sociedad española muchas veces retrasado», con un «papel clave en el buen funcionamiento de la economía». Con una inversión estimada de 4.315 millones de euros, este componente presenta los siguientes cuatro ejes, que podemos relacionar, sobre todo el primero y el cuarto, con la orientación a resultados de las Administraciones públicas:

i. Digitalización de la administración y sus procesos, mediante la introducción de nuevas tecnologías y la simplificación de procedimientos, orientando el conjunto de las unidades administrativas a la atención a la ciudadanía y la resolución de problemas.
ii. Reducción de la temporalidad de los empleados públicos y mejora de su formación.
iii. Transición energética de la administración, a través de la rehabilitación de sus edificios y la utilización de energías renovables.
iv. Modernización de la gestión pública, asegurando un nuevo modelo de gobernanza más estratégico y con un seguimiento que permita una mejor rendición de cuentas.

Asimismo, el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia incorporó elementos positivos de simplificación de procedimientos, coordinación, planificación y profesionalización. En relación con la implementación de las reformas e inversiones sobre modernización administrativa contenidas en el Plan de Recuperación, en los dos primeros años, 2021 y 2022, se aprobó la Ley de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado (AGE) (Ley 27/2022, de 20 de diciembre) y se avanzó en el terreno de la digitalización, con la puesta en marcha de la Carpeta ciudadana, el servicio de automatización inteligente de la AGE, el puesto de trabajo inteligente, y la Estrategia Cloud para las Administraciones públicas, entre otras medidas. También la ejecución del Plan de Recuperación está reforzando los mecanismos para la lucha contra el fraude, con Comités antifraude y planes específicos de control interno que recogen las recomendaciones elaboradas por la Comisión en sus auditorías, entre otras novedades.

Por otra parte, desde agosto de 2021, la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) cuenta con una División de Evaluación del Gasto Público que, además de los análisis a demanda de distintas Administraciones, se ocupa del proyecto de evaluación del gasto público (*spending review*), iniciado en 2018.

En resumen, las políticas de la Unión, en particular, la ejecución de su presupuesto, están produciendo efectos, claramente interesantes, en la modernización de las Administraciones públicas españolas. Un objetivo realista sería que estas mejoras en marcha se conviertan en «el abrelatas para lograr una auténtica reforma administrativa» (Ramió Matas, 2022: 39), o en las palancas finalmente facilitadoras de un ejercicio sereno de prospectiva, que propicie un ajuste global y orientado al medio/largo plazo de las burocracias españolas de los distintos ámbitos territoriales, a fin de optimizar tanto sus resultados como su misma in-

tegración en el orden administrativo de la UE; el cual se está convirtiendo, día tras día, en la columna vertebral de este sistema político (Ares Conde-Castro, 2023b; Trondal y Bauer, 2017: 74).

Para concluir este capítulo, se apuntan algunas líneas de trabajo, como invitación al diseño de nuevas reformas en las organizaciones públicas de nuestro país, con intención de que muchas puedan abordarse de abajo arriba por parte de funcionarios y políticos proactivos.

PRIMERA. Incorporar a la agenda de fortalecimiento de la democracia las actuaciones de mejora en las Administraciones públicas diseñadas para convertirlas en burocracias de alto rendimiento. Incluso, si las burocracias democráticas están llamadas a promover la confianza de sus ciudadanos, este resultado —mejorar los datos de confianza en las organizaciones públicas— debe instalarse como primera prioridad en las iniciativas de reforma administrativa.

SEGUNDA. Revisión del lenguaje de los proyectos de modernización administrativa, prescindiendo de las «dietas milagro». Visión a medio/largo plazo de la generación de valor público y de su contribución al desarrollo económico.

TERCERA. Impulsar programas de mejora en la regulación, que aporten valor —también con la propia justificación del valor añadido de la acción pública— y faciliten el cumplimiento de las normas, suprimiendo las cargas innecesarias desde el punto de vista del bien común.

CUARTA. Espacios de comunicación de experiencias de departamentos que destaquen por sus datos de ejecución y resultados, con vídeos cortos de presentación de evidencias, entrevistas y/o debates con directivos públicos excelentes, entre otros recursos de fácil acceso.

QUINTA. Aprovechamiento del amplio espacio de trabajo para la innovación asimismo en materia de comunicación del impacto de las actuaciones públicas, tanto regulativas como distributivas y redistributivas; incorporando instrumentos de participación ciudadana a las tareas de difusión, que tengan en cuenta distintos perfiles de ciudadanos y en los que podrían colaborar personas voluntarias.

SEXTA. Fortalecimiento de los instrumentos de rendición de cuentas administrativa, así como de herramientas innovadoras de fiscalización parlamentaria de los resultados de las políticas, con especial énfasis en la ejecución presupuestaria, pero incluyendo otras actuaciones públicas percibidas como más relevantes por parte de la ciudadanía en cada momento.

SÉPTIMA. Acciones de educación cívica en la enseñanza primaria y secundaria que aborden la misión y resultados económicos, sociales y políticos de las Administraciones públicas de diversos ámbitos territoriales e informen acerca de los mecanismos de acceso a la información sobre sus actividades, productos y logros colectivos en materias especialmente atractivas para estos estudiantes.

OCTAVA. Concentración de la capacidad de inversión pública con una orientación a medio/largo plazo. Institucionalización de foros regulares para la participación de profesionales de la Administración, parlamentarios, representantes de la sociedad civil y ciudadanos en general en el debate sobre las prioridades de las políticas, y publicación de sus resultados.

NOVENA. Garantizar un sistema de alta dirección pública profesional, con esquemas de acceso y carrera plenamente meritocráticos. También, mayor autonomía de los directivos públicos para el desarrollo de las capacidades de las personas a su cargo. Innovar en los sistemas de coordinación, formales e informales, entre distintos departamentos de una misma organización y entre Administraciones de diferentes ámbitos territoriales (local, regional, nacional, de la Unión), cuando esta coordinación más fluida pueda tener un impacto relevante en los resultados de la gestión.

ÚLTIMA. Dotación, bien en cada organización pública bien de forma coordinada entre distintas Administraciones, de perfiles profesionales expertos en gestión de datos, así como en análisis y prospectiva.

Referencias

Ares Castro-Conde, Cristina (2023a). «Empleo de indicadores globales de gobernanza en el análisis comparativo de políticas públicas», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 31.

— (2023b). «Next Generation EU y ajustes en el sistema administrativo de la UE y en las burocracias españolas. Eppur si muove», en J. Hernández-Moreno; C. Ares Castro-Conde (coord.): *Gobernanza y Administraciones territoriales para la próxima generación*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.

— (2022). «Capacidad administrativa e implementación de la política de cohesión de la UE», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 29.

Ballart, Xavier (2010). «Una presa difícil de atrapar: el rendimiento de gobiernos y administraciones públicas», *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 22.

Cassese, Sabino (2003). «The Age of Administration Reforms», en J. Hayward; A. Menon (ed.): *Governing Europe*. Oxford, Oxford University Press.

Dahlström, Carl; Lapuente, Víctor (2018). *Organizando el Leviatán. Por qué el equilibrio entre políticos y burócratas mejora los gobiernos*, Barcelona, Deusto.

El-Taliawi, Ola G.; Van Der Wal, Zeger (2019). «Developing administrative capacity: an agenda for research and practice», *Policy Design and Practice*, 2(3).

Hidalgo-Pérez, Manuel; Manfredi Sánchez, Juan Luis; Benítez Palma, Enrique (2020). «Capacidad administrativa y absorción de los fondos Next-Generation», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 29.

Kassim, Hussein (2003). «The European Administration: Between Europeanization and Domestication», en J. Hayward; A. Menon (ed.): *Governing Europe*. Oxford, Oxford University Press.

Milio, Simona (2007). «Can Administrative Capacity Explain Differences in Regional Performances? Evidence from Structural Funds Implementation in Southern Italy», *Regional Studies*, 41(4).

Peters, B. Guy; Pierre, Jon (2010). «Conclusión: el control político en un mundo de gestores», en B. G. Peters y J. Pierre (ed.): *La politización de la función pública en una perspectiva comparada*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.

Ramió Matas, Carles (2015). *Administración pública y crisis institucional. Estrategias de reforma e innovación para España y América Latina*. Madrid, Tecnos.

— (2022). *Burocracia inteligente. Guía para transformar la Administración pública*, Madrid, Catarata.

Shubham, Sharma; Shi, Lei; Wu, Xun (2021). «The Policy Capacity of Bureacracy». *Oxford Research Encyclopedia of Politics.*

Stoker, Gerry (2021). «Public Administration: How to Respond to Populism and Democratic Backsliding», en M.W. Bauer; B.G. Peters; J. Pierre; K. Yesilkagit; S. Becker (ed.): *Democratic Backsliding and Public Administration. How Populists in Government Transform State Bureaucracies*. Cambridge, Cambridge University Press.

Toonen, Theo A.J. (2012), «Administrative Reform: Analytics», en B. G. Peters; J. Pierre (ed.): *The Sage Handbook of Public Administration*, London, Sage.

Trondal, Jarle; Bauer, Michael W. (2017). «Conceptualizing the European multilevel administrative order: capturing variation in the European administrative system», *European Political Science Review*, 9(1).

Villoria Mendieta, Manuel (2019). «Reformas de la Administración: entre la acumulación y la paradoja», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23.

Wu, Xun; Ramesh, M.; Howlett, Michael (2015). «Policy capacity: A conceptual framework for understanding policy competences and capabilities», *Policy and Society*, 34(3-4).

IV
NUEVAS FORMAS DE INTERVENCIÓN PÚBLICA

EL ESTADO ANTE LOS RETOS DEL SIGLO XXI: LAS NUEVAS FORMAS DE COLABORACIÓN CON LA SOCIEDAD. DESAFÍOS Y PROBLEMÁTICA

María Teresa Gómez Condado
Directora general. CEOE Campus

1. El Estado ante los retos del siglo xxi

Las transformaciones de los últimos 30 años son significativas; estamos viviendo un cambio de época, donde se abren oportunidades extraordinarias, pero también se presentan desafíos insospechados. Los gobiernos y los países afrontan importantes desafíos en el siglo xxi.

Como dice Huete (2005), «en los próximos 30 años se van a reconfigurar una gran parte de las instituciones de nuestra civilización y de los elementos de nuestra cultura».

Suenan alarmas: pobreza, desigualdad, medio ambiente, falta de credibilidad de las instituciones. En este contexto, más que nunca el papel de los estados se convierte en un elemento fundamental.

Lo que está ocurriendo en nuestras sociedades es un proceso de disrupción y cambio profundo, que ha producido alteraciones profundas en la visión que tenemos del mundo. Se trata de la llamada «cuarta revolución industrial», expresión acuñada por el Foro Económico Mundial de 2016. Se caracteriza por la aparición de múltiples factores: globalización, nuevo entorno geopolítico, transformaciones demográficas, económicas y sociales, cambio climático y digitalización, que afecta a todo. Además, se produce un acortamiento del tiempo de implantación de las diferentes tecnologías, con un crecimiento exponencial que la mente humana no comprende. Lo cierto es que no es una opción, el que no se adapte tiene riesgo de desaparecer. Como han señalado Diamandis y Kotler (2021), tenemos más tecnología en el bolsillo que la que llevó al hombre a la luna en 1969.

La reciente pandemia mundial ha producido otras consecuencias que podemos atisbar en el horizonte: cambios geopolíticos en el reparto de poder en el

mundo, defensa de la producción local y por lo tanto reducción de la globalización, limitación de la movilidad de nuestra vida física y desarrollo exponencial del ciberespacio, adonde trasladaremos muchas de nuestras actividades, ampliación de la vigilancia estatal, crisis del Estado Liberal y de entidades supranacionales como la Unión Europea, por su incapacidad para dar respuesta a los desafíos a los que nos enfrentamos… Son, cada una de ellas, consecuencias de gran calado, pero juntas dan vértigo.

En este contexto, el Estado y las administraciones públicas tienen una relevancia indiscutible en el desarrollo y la sostenibilidad de la sociedad; gestionan directamente una parte muy importante del PIB en los países occidentales e influyen de manera indirecta, mediante la regulación y la supervisión, sobre el resto. Coexisten con un sector privado en el que trabaja una parte importante de la población y cuyos derechos también deben garantizar, limitando de manera equilibrada su tendencia a la expansión.

Y, por ello, la buena administración es tan importante como para ser reconocida como un derecho en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. La calidad de los servicios públicos es un factor crítico del funcionamiento de las instituciones; sin embargo, la OCDE viene alertando en los últimos años acerca de la desconfianza que tienen los ciudadanos sobre las mismas.

La innovación debe ser un proceso permanente e indispensable para cualquier organización, pública o privada, que pretenda asegurar su legitimidad social.

Es necesaria la institucionalización efectiva de un tercer espacio entre la política, la administración y lo privado que tenga su apoyo en una dirección profesional de nivel.

Actualmente, los gobiernos se enfrentan a demandas contrapuestas: tienen ante sí auténticos sudokus difíciles de resolver. ¿Por qué?

Tienen que asegurar la sostenibilidad financiera, ya que el coste de los servicios públicos de coste creciente no puede aumentar porque la presión fiscal y el déficit comprometen el desarrollo económico y la competitividad además de que existe presión en los mercados y compromisos supranacionales que lo impiden.

Paralelamente, hay una expansión de las demandas ciudadanas: hay que mantener servicios sociales para no dañar la cohesión social, en sociedades multiculturales.

Y hay que asegurar factores de competitividad en una economía global: infraestructuras, sistemas educativos, etc. Las agendas se llenan de problemas complejos y divergentes: las respuestas clásicas ya no sirven.

2. Distintas formas de alianzas y colaboración del sector público y el privado

Las alianzas existen desde hace más de 300 años, con diversas formas que han ido evolucionando. Nos referimos a las más importantes:

a) Concesiones administrativas

Es definida como la cesión o transferencia que confiere un ente del sector público a otro de iniciativa privada con el objetivo de explotar durante un tiempo determinado un bien o servicio de dominio o titularidad reservado al sector público a cambio de una contraprestación.

La concesión puede ser de dos tipos: la primera, para la prestación de servicios públicos, la segunda para la explotación, uso o aprovechamiento de un servicio público.

b) Externalizaciones y subcontrataciones de servicios

Se trata de encargar la prestación de un servicio público al sector privado, mediante contrato y abono de un precio que compensa los costes del servicio, que el contratista organiza con sus medios siguiendo las indicaciones recibidas. Persigue una mayor eficacia y eficiencia en aquellas actividades de tipo instrumental que no conlleva el ejercicio de otras potestades públicas.

Como dice Ramió Matas (2006), «la decisión de diferir la prestación de un servicio público por este sistema se ha venido justificando por la optimización de la gestión dada la especialización en áreas donde se goza de ventajas competitivas. Sin embargo, los datos disponibles del caso español señalan que estas consideraciones ocupan un espacio residual en las decisiones reales, siendo las rigideces presupuestarias, tecnológicas y de recursos humanos ante demandas crecientes los motivos preeminentes para externalizar».

Lo cierto es que sobre la externalización no hay ni estudios ni investigaciones completas sobre sus resultados. En muchos casos no ha respondido a criterios.

c) Privatizaciones

Durante los últimos 30 años, desde que Margaret Thatcher empezara con las grandes privatizaciones en el Reino Unido, parece que la privatización de los

servicios públicos es una tendencia imparable y casi indiscutida. En España se han privatizado lo que se consideraban servicios públicos como las telecomunicaciones y la energía (electricidad e hidrocarburos) sin que se haya generado un gran debate.

Hay que distinguir privatizar de liberalizar. Privatizar es que un servicio público (o parte de él) pase a ser prestado por una empresa privada. Y dentro de esto caben muchísimos grados: desde la venta de una empresa de energía a subcontratar un servicio concreto (desde la informática hasta la limpieza). Liberalizar significa pasar de una situación de monopolio a otra de competencia, permitiendo la entrada en un sector de más empresas. Puede existir perfectamente competencia entre distintos proveedores públicos de un servicio público, y también existir un monopolio en manos privadas.

Por otra parte, habría que definir lo que es un servicio público: se entiende que son aquellos que el estado tiene que proveer en condiciones de acceso universal, no discriminación, calidad suficiente y precio asequible. Se suele incluir la salud, la educación, el agua, la electricidad y telecomunicaciones. En realidad, también la defensa y la justicia se deberían incluir, porque tampoco ellas están al abrigo de la privatización.

Partiendo de este concepto, hay que entender que la privatización y la liberalización no deben suponer una renuncia al concepto de servicio público (Álvarez Royo-Villanova, 2007).

3. La colaboración público-privada (CPP)

Se trata de una forma de colaboración entre colaboradores públicos y privados que no sustituye ni la gestión pública tradicional ni las alianzas entre el sector público y privado.

Estas nuevas formas se presentan como el nuevo paradigma, uno de los más importantes cambios que afectan tanto a las organizaciones públicas como privadas, una forma de liderazgo distribuido (Longo, 2010).

Es una nueva modalidad de gestión en la que el sector privado colabora/participa en la actividad del sector público desarrollando conjuntamente productos y/o servicios, compartiendo riesgos, costes y beneficios.

Se inicia en Inglaterra, en la era de Thatcher y Blair, se extiende rápidamente por el mundo anglosajón y en las últimas décadas por todo el mundo.

Esta forma de gestión es compleja porque opera a través de una red de organizaciones públicas y privadas interdependientes. Configura un Estado Relacional que trata de superar las limitaciones del Estado del Bienestar. Para abordarlo es frecuente que el sector público no disponga de recursos directos para conseguir

sus objetivos. En esta modalidad, la Administración del Estado deja de ser prestadora directa de determinados servicios de interés general (transportes, telecomunicaciones, energía), siendo sustituida por empresas privadas, que actúan como sujetos colaboradores de la administración.

La CPP permite reaccionar casi de forma inmediata ante contingencias que requieren una gran rapidez de respuesta, como se ha visto con la Covid-19.

Es muy útil en grandes proyectos estratégicos, que se retrasarían de forma casi indefinida si solo pudiera ser acometida con financiación pública.

En los sectores digital, medioambiental, energético, social o del transporte, la CPP será, si no es ya, el único camino posible porque actúa como un factor de innovación y modernización ante los enormes retos como, por ejemplo, la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible.

La implantación del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, con una financiación adicional para España de 140.000 millones de euros puede multiplicar su efecto económico con las aportaciones que realice el sector privado nacional o extranjero (el propio Gobierno estimaba un efecto de 1 a 4).

La CPP tiene muchas ventajas para el sector público: activar recursos, sobre todo financieros y tecnológicos, limitar» costes de interacción, aumentar la flexibilidad y rapidez del proyecto, conseguir sinergias, sobre todo tecnológicas, aumentar la legitimidad pública.

Sin duda también tiene beneficios para el sector privado: apertura de nuevos mercados, aumentar oportunidades de negocios, compartir riesgos, mejorar las relaciones con el sector público, legitimar la actividad de la empresa RSC.

Pero también aparecen dificultades importantes. ¿Por qué? Ni las actuales arquitecturas organizativas de las administraciones públicas ni las capacidades profesionales de los empleados públicos están en sintonía con esta transformación de la gestión directa en la gestión en red. Además, el crecimiento económico y el mantenimiento del Estado del Bienestar no pueden confiarse a las aportaciones del sector privado.

Es preciso ponderar muy bien los riesgos de esta forma de colaboración porque se otorgan a los socios privados capacidades cuasi gubernamentales pero la responsabilidad jurídica y de gestión sigue siendo del Gobierno. Se incrementa la complejidad en la toma de decisiones, en la implementación y la evaluación.

A ello se añade que no se suelen hacer mapas de riesgos: de demanda, de disponibilidad de los servicios, retrasos en las entregas, posibles conflictos, etc.

En sus primeras fases son organizaciones negociadas con éxito, que cumplen sus objetivos. En el medio y largo plazo el sector público asume riesgos y costes no previstos. La gestión puede ser más cara y siempre es más compleja. Las diferentes culturas de las organizaciones y empresas participantes, por la pluralidad de stakeholders pueden chocar entre sí, hay diferencias entre los tiempos políti-

cos y la duración de los proyectos, que pueden durar hasta 40 años… de ahí que haya habido fracasos estrepitosos y rescates millonarios como el del Metro de Londres, que todos conocemos.

4. Especial referencia a España

Actualmente en España la CPP es una fórmula poco conocida, mal regulada y sobre la que pesan prejuicios impropios de las importantes funciones que hoy en día realiza. Eso no ocurre en diferentes países de la OCDE donde el modelo de los partenariados público-privados tiene una gran implantación.

Es preciso mejorar y actualizar su marco legal. Hay definir el concepto CPP y marcar las diferencias con otras figuras contractuales, superando la insuficiente concepción de la contratación pública. La regulación de los PERTE (en el capítulo III del título II del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre), no ha clarificado la figura.

El Grupo de análisis y propuesta de reformas en la administración pública ha señalado (2021) algunas reformas imprescindibles para mejorar esta forma de colaboración: «configurar un modelo de gestión basado en la total transparencia y rendición de cuentas, una auténtica cultura de la evaluación, apoyada en el análisis coste-beneficio y en un escenario de rentabilidad razonable, para que los proyectos de esta naturaleza sean atractivos para los inversores privados. Crear una oficina especializada e independiente de colaboración público-privada que asesore, impulse y supervise todos los proyectos de CPP de la AE. No tiene por qué ser un nuevo organismo. Mejorar la gobernanza de la CPP, para lograr un modelo basado en la complementariedad de los esfuerzos públicos y privados, apoyándola en sus diferentes etapas, especialmente la etapa de la ejecución, en la que compartir objetivos es clave para garantizar el éxito de los proyectos».

5. Nuevas formas de intervención pública

a) El concepto de «estado relacional».

Pone énfasis en la creación de relaciones entre los ciudadanos y el Estado, y en la colaboración y la cooperación entre los distintos actores sociales. Los rasgos más destacados son:

- **Participación ciudadana.** El Estado relacional fomenta la participación ciudadana en la toma de decisiones y en la definición de políticas públicas.

Esto implica una mayor transparencia y apertura por parte del Estado, así como la promoción de espacios de diálogo y consulta con los ciudadanos y la sociedad civil.

- **Colaboración y cooperación**. El Estado relacional promueve la colaboración y cooperación entre los distintos actores sociales, tanto públicos como privados, para la consecución de objetivos comunes. Esto implica la generación de redes y alianzas entre distintos actores, la coordinación y complementariedad de recursos y capacidades, y la búsqueda de soluciones innovadoras y eficientes.
- **Descentralización y subsidiariedad.** El Estado relacional promueve la descentralización y la subsidiariedad en la gestión pública, es decir, la transferencia de competencias y recursos a los niveles más cercanos a los ciudadanos, como los gobiernos regionales y locales, y la promoción de la autonomía y la responsabilidad de estos niveles.
- **Enfoque en resultados y calidad de servicios.** El Estado relacional pone énfasis en la generación de resultados y en la mejora de la calidad de los servicios públicos, orientando su gestión hacia el cumplimiento de objetivos claros y medibles, y la evaluación continua de los resultados.
- **Innovación y flexibilidad**. El Estado relacional fomenta la innovación y la flexibilidad en la gestión pública, buscando soluciones novedosas y adaptativas a los desafíos sociales y ambientales actuales, y promoviendo un enfoque de aprendizaje y mejora continua en la gestión pública.

b) Diferencias con la colaboración público privada

Se puede analizar en función del punto de vista que se tenga en cuenta. Según las formas de interacción entre los diferentes actores, la CPP implica específicamente la colaboración entre el sector público y el sector privado mientas que otras modalidades de intervención pueden involucrar a una amplia gama de actores, como organizaciones no gubernamentales, activistas, ciudadanos y académicos.

Por los objetivos y enfoques, la CPP se enfoca en la colaboración para lograr objetivos específicos, como el desarrollo de infraestructuras, la innovación tecnológica o el impulso económico. En otras modalidades de intervención se pueden abordar una variedad de temas, como la justicia social, los derechos humanos, la participación ciudadana o el desarrollo sostenible.

En la CPP, la colaboración se establece mediante acuerdos formales y estructurados entre el sector público y el sector privado, a menudo con un marco legal o contractual. En contraste, las otras formas de intervención pueden basarse en

la movilización ciudadana, la participación voluntaria o la implementación de proyectos de base comunitaria.

En general, podemos decir que las nuevas variantes de intervención pública reflejan enfoques más flexibles, colaborativos y adaptativos en comparación con las intervenciones tradicionales. Buscan utilizar estrategias basadas en evidencias, incentivos y cooperación para abordar los desafíos sociales, económicos y ambientales de manera más efectiva.

6. Algunas nuevas formas de intervención pública.

Todas tienen en común una serie de rasgos: participación ciudadana activa, enfoque en la justicia y el cambio social, promoción de la transparencia y la rendición de cuentas, búsqueda de soluciones colaborativas y sostenibles. Todas ellas reflejan la construcción de sociedades más inclusivas y responsables, tienen el enfoque puesto en cuestiones sociales o políticas específicas, combinan objetivos económicos y sociales, hacen uso de la tecnología, buscan soluciones innovadoras y la mejora de la gobernanza.

La eficacia de estas formas de intervención pública puede variar dependiendo de varios factores, como el contexto político, social y cultural de cada país, así como la implementación y el apoyo que reciben. Algunas de estas formas de intervención han demostrado tener resultados positivos en diferentes partes del mundo.

Muchas otras naciones también están implementando estas formas de intervención pública de diversas maneras. La efectividad de cada enfoque puede variar según las circunstancias y el compromiso de los actores involucrados.

1. **Diplomacia ciudadana:** se refiere a la participación de actores no estatales, como organizaciones no gubernamentales y ciudadanos, en el ámbito de la política internacional.

   Amnistía Internacional, Greenpeace y Human Rights Watch han influido en la agenda global, promoviendo los derechos humanos, la protección del medio ambiente y la justicia social.
2. **Activismo social**: implica la participación activa de los ciudadanos en la defensa de causas sociales y la promoción de cambios políticos y culturales.
3. **Empoderamiento comunitario**: se centra en fortalecer las comunidades locales y dar voz a los grupos marginados.
4. **Economía social y solidaria:** busca establecer modelos económicos más justos y sostenibles…

5. **Innovación cívica**: se refiere a la aplicación de enfoques innovadores y tecnológicos para abordar desafíos sociales y mejorar la participación ciudadana.

   Se pueden incluir entre las modalidades de innovación cívica herramientas como **datos abiertos, aplicaciones móviles, plataformas en línea y sensores** para involucrar a los ciudadanos en la resolución de problemas y mejorar la toma de decisiones públicas.
6. **Gobierno abierto**: se refiere a la adopción de prácticas transparentes, participativas y colaborativas por parte de los gobiernos.

   La Alianza para el Gobierno Abierto (Open Government Partnership) promueve la transparencia, la participación ciudadana y la rendición de cuentas en el gobierno, participan más de 80 países.
7. **Crowdsourcing:** se basa en la participación colectiva de un grupo de personas para resolver problemas, generar ideas o recopilar información.

   Ejemplo son en Estados Unidos, **la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada de Defensa (Defense Advanced Research Projects Agency, DARPA)**

   Algunos gobiernos locales y regionales han implementado plataformas de crowdsourcing para recopilar ideas y propuestas de los ciudadanos en temas como el urbanismo o el presupuesto participativo.
8. **Gobierno electrónico:** conocido como e-gobierno, implica el uso de las tecnologías de la información y la comunicación para mejorar la eficiencia, la transparencia y la accesibilidad de los servicios públicos.

   En Singapur hay un Gobierno electrónico: servicios en línea integrales, acceso a información gubernamental, trámites electrónicos, votación electrónica y pagos en línea.

a) Otras modalidades de intervención pública innovadoras

- **Plataformas de gobernanza colaborativa**: permiten la participación ciudadana en la toma de decisiones y en la implementación de políticas públicas. Por ejemplo, una plataforma digital que permite a los ciudadanos aportar **ideas y propuestas para el desarrollo urbano de una ciudad.**
- **Presupuestos participativos**: consiste en la participación ciudadana en la definición y asignación de recursos públicos a través de un proceso de votación. Por ejemplo, **una comunidad decide cómo se gastará parte de su presupuesto municipal en proyectos específicos**.
- **Monitoreo ciudadano**: incluye la participación ciudadana en la supervisión y monitoreo de la calidad y la eficiencia de los servicios públicos. Por

ejemplo, una plataforma digital que permite a los ciudadanos **reportar problemas en el transporte público y hacer seguimiento a su solución**.

- **Ciudades inteligentes**: se basa en el uso de tecnologías digitales y de la información para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y la eficiencia en la gestión de los servicios públicos. Por ejemplo, **sensores que miden la calidad del aire en tiempo real** y alertan a las autoridades y a los ciudadanos en caso de niveles peligrosos.
- **Economía circular**: trata de utilizar los recursos de forma más eficiente, reducir residuos y mejorar la contaminación. Por ejemplo, la promoción de **prácticas de reciclaje y la incentivación de la reparación y el uso de productos de segunda mano**.

b) Especial referencia a la compra pública innovadora (CPI)

La CPI es una estrategia de intervención pública que tiene como objetivo fomentar la innovación y el desarrollo tecnológico a través de la adquisición de bienes y servicios por parte de entidades gubernamentales. La CPI busca generar una demanda temprana de soluciones innovadoras.

La CPI se basa en la idea de que el sector público, al ser uno de los mayores compradores de bienes y servicios, puede influir en el desarrollo y la adopción de tecnologías y productos innovadores. En lugar de simplemente adquirir productos ya existentes en el mercado, la CPI busca establecer contratos de adquisición que fomenten la investigación y el desarrollo de soluciones novedosas.

Algunas características de la compra pública innovadora incluyen: definición de desafíos, colaboración con el sector privado, procesos de licitación adaptados, estimulación de la demanda, etc.

6. La importancia de las personas en el nuevo modelo

No quiero terminar estas reflexiones sin hacer una reflexión sobre el papel determinante que estas formas de colaboración juegan las personas. Ya Rockefeller señaló que él pagaría más por la habilidad para gestionar personas que por cualquier otra actividad.

En general, en materia de personas nos movemos sin suficiente información ni herramientas fiables. Drucker (2011) indicó que «el promedio de éxito de las decisiones relativas al personal no supera el 33 % y otro 33 % supone un fracaso total. En ningún área de gestión se toleraría unos resultados tan malos». En cambio, en otros sectores se cuenta con técnicas aplicables a la gestión y contrastadas

desde hace muchos años: contabilidad analítica y de costes, planificación estratégica, dirección por objetivos, sistemas de Información y Comunicaciones TIC, CRM, ERP, etc.

En la gestión de personas apenas se ha innovado, nos movemos por CV y las «opiniones». Pero la complejidad de nuestras sociedades hace necesario tratar de medir la gestión de las emociones y eso no es fácil. El reto no está en la gestión de la tecnología, sino de la mentalidad, que es el factor más reacio al cambio, incluida la genética.

Hay muchos factores invisibles: no es evidente para todos que un trabajo nuevo exige una conducta diferente. Como dice Álvarez de Mon (2010), «las personas piensan tengo que haber hecho algo bien para que me hayan dado el puesto: por tanto, lo más seguro es hacer lo mismo».

El entorno está creando problemas difíciles de gestionar. Además, como dice Gasalla (2010), «rápidamente creamos expectativas sobre las personas sin información. El problema de la dirección moderna es que llega un momento en que su responsabilidad excede de sus conocimientos y la mayoría de nosotros no puede soportar ser responsable de cosas que desconoce».

En las nuevas formas de colaboración y gestión las estructuras tienden a formas colaborativas en red con autonomía de los trabajadores paralela a retos cada vez más difíciles**.** Es imprescindible la compatibilidad de valores y objetivos eligiendo a las personas adecuadas para la compleja gestión a desarrollar.

Hay que aprender a dirigir donde no tienes autoridad única de mando, ni controlas ni te controlan de forma convencional. Este es el cambio fundamental que no explican los manuales ya que los directivos tradicionales no están orientados a compartir poder.

El rol del liderazgo es esencial tanto en el mantenimiento del trabajo del día a día como a la hora de implicar e informar a los socios. Los directivos tienen que ser líderes de especialistas que tienen el monopolio de ramas de conocimiento complejas y de organizaciones y empresas con intereses contrapuestos; esto es amenazador para la dirección tradicional.

Se trata de conseguir un equilibrio entre la centralización, la coordinación, y la creatividad. Hay que desarrollar nuevas actitudes relativas a la consulta, la gestión de los conflictos y la negociación: la confianza y la comunicación son esenciales. No se requieren las habilidades clásicas vinculas a la gestión directa: dirección de personal, organización, y gestión de recursos.

Hay que pensar en empleados públicos con un nuevo perfil de gestores de redes de organizaciones privadas, donde lo esencial es la planificación, la coordinación, el control y el conocimiento avanzado de nuevas tecnologías.

Curiosamente, cuanto más importante es el capital humano menos se cuida: 13 millones de empleados en Europa sufren mooving y un 11 % agotamiento

emocional[1]. Fenómenos como la Gran Renuncia nos invitan a reflexionar sobre cómo atraer, retener y formar el talento en nuestras sociedades y empresas como única forma de conseguir alcanzar los objetivos que nos hemos propuesto.

Bibliografía

Álvarez de Mon, Santiago (2010). *Con ganas, ganas. Del esfuerzo a la plenitud*, Barcelona, Plataforma.

Álvarez Royo-Villanova, Segismundo (2007). «Privatización de servicios públicos», *Revista Notario del siglo XXI*, núm. 11.

Diamandis, Peter; Kotler, Steven (2021). *El futuro va más rápido de lo que crees. Cómo la convergencia tecnológica está transformando las empresas, la economía y nuestras vidas*, Barcelona, Deusto.

Drucker, Peter Ferdinand (2011). *La práctica del management*, Barcelona, Ciro.

Gasalla, José María (2010). *La nueva dirección de personas. La dirección por confianza*, Madrid, Pirámide.

GRUPO DE ANÁLISIS Y PROPUESTA DE REFORMAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (2021). *13 propuestas para reformar la Administración del Estado*, Madrid, INAP.

Huete, Luis (2005). *Construye tu sueño*, Madrid, LID.

Longo, Francisco (2010). «Presentación», en A. Serra (ed.): *Anuario PARTNERS 2010. Realidades y prospectivas de la cooperación público-privada*, Barcelona, ESADE.

Ramió Matas, Carles (2006). «La externalización de servicios públicos en España: la necesidad de repensar una nueva gestión pública planificada, controlada y evaluada», *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 35.

[1] Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), *Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo. 2015 6ª EWCS – España*.

DE LA BUROCRACIA A LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA Y DE ÉSTA A LA BUENA GOBERNANZA, CONCRETADA EN LOS PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO Y EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y A UNA BUENA REGULACIÓN»[1]

Juli Ponce Solé
Catedrático de Derecho administrativo en la Universidad de Barcelona
jponce@ub.edu

1. Introducción: de la burocracia weberiana al *New Public Management* y al Estado garante, sus deficiencias y la llegada al estado regulador, al buen gobierno y la buena administración como elementos de recuperación de la confianza en las instituciones públicas

Los estudios empíricos disponibles muestran las **deficiencias e insuficiencias del modelo de la Nueva Gestión Pública** (Hood y Dixon, 2015) **y del Estado Garante** (Ponce Solé, 2021) como substitutos de la burocracia weberiana. La Gran Recesión iniciada en 2008, la pandemia de COVID-19 y la guerra de Ucrania demuestran la necesidad de un Estado que no se retire frente al mercado y que garantice los intereses generales y los derechos constitucionales de las personas.

El Derecho Administrativo del siglo xxi utiliza con creciente frecuencia los términos buena gobernanza, buen gobierno y buena administración (Barbier y Ten-

[1] Algunas de las ideas aquí recogidas vieron la luz en una primera versión en el volumen colectivo *Ética Pública en el Siglo XXI*, coordinado por el profesor Manuel Villoria y publicado por el INAP en 2022 y se hallan conectadas también con la previa intervención que el autor tuvo en el sexto panel del Congreso de Gobernanza Económica, Regulación y Administración de Justicia, celebrado en Madrid los días 2 y 3 de junio de 2022, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (una crónica del congreso en Ponce Solé, 2022). Asimismo, la recensión (Ponce Solé, 2023) del libro de la profesora Maria De Benedetto *Corruption from a Regulatory Perspective* (2021, Hart) me permitió refinar algunas perspectivas.

Las mencionadas reflexiones previas han sido actualizadas, revisadas y desarrolladas específicamente para esta publicación.

geh, 2023), lo que es un indicador de la relevancia que la perspectiva de la calidad institucional está adquiriendo, yendo más allá de los modelos clásico de la burocracia weberiana y de la Nueva Gestión Pública, por utilizar las expresiones empleadas en el conocido libro del añorado Joan Prats (Prats, 2005; Ponce Solé, 2019).

2. Buena gobernanza, buen gobierno, buena administración, calidad normativa

En esa línea, como señalan el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, la OCDE o el Comité Económico y Social Europeo, **debe avanzarse hacia un modelo administrativo basado en los conceptos de Estado regulador y facilitador basado en una buena gobernanza, un buen gobierno y una buena administración** que fortalezca la **confianza ciudadana** en las instituciones y evite el deterioro de la democracia y los populismos. Sin embargo, **es imprescindible concretar los conceptos de buena gobernanza, buen gobierno y buena administración.** La buena administración, concepto que también es empleado en el ámbito iberoamericano, está reconocida como derecho en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y ha sido aplicada hasta el momento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en miles, literalmente, de casos, como también lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la Constitución española existen principios de buen gobierno (art. 9.3, 31.2, proporcionalidad, igualdad), así un reconocimiento implícito de la buena administración de acuerdo con **abundantísima jurisprudencia del Tribunal Supremo**, como, por ejemplo, la sentencia de 4 de noviembre de 2021:

> «Como se desprende de lo dicho por el Tribunal Supremo el principio de buena administración tiene una base constitucional y legal indiscutible.
>
> Podemos distinguir dos manifestaciones del mismo,
>
> — por un lado, constituye un deber y exigencia a la propia Administración que debe guiar su actuación bajo los parámetros referidos, entre los que se encuentra la diligencia y la actividad temporánea; por otro, un derecho del administrado, que como tal puede hacerse valer ante la Administración en defensa de sus intereses y que respecto de la falta de diligencia o inactividad administrativa se refleja no ya sólo en la interdicción de la inactividad que se deriva de la legislación nacional, arts. 9 y 103 de la CE y 3 de la Ley 39/2015, —aunque expresamente no se mencione este principio de buena administración—, sino de forma expresa y categórica en el art. 41 de la CEDH…

> Existe, pues, con base en la normativa antes citada, un deber administrativo a la diligencia debida, y un correlativo derecho de los ciudadanos a la proscripción de la inactividad administrativa. Es consustancial al principio de buena administración la diligencia en el actuar de la Administración y el desarrollo y resolución en tiempo razonable y proporcionado. Cuando existe una inactividad administrativa objetiva, injustificada y desproporcionada, se está conculcando el derecho del ciudadano a la buena administración; derecho real y efectivo que debe ser garantizado y que, en su caso, debe ampararse por los Tribunales de Justicia cuando controla la referida inactivad administrativa».

La relevancia del derecho a una buena administración también ha sido puesta de relieve recientemente en el **documento elaborado por un grupo de expertos y publicado por INAP en 2021 con el título *13 propuestas para reformar la Administración del Estado***, en el que se indica como la buena administración es importante pues enlaza con la buena gestión pública que es crucial dado que la calidad de los servicios públicos es un factor determinante de la confianza de los ciudadanos en sus instituciones.

En este sentido, es interesante una sentencia del TJUE que, al constatar la violación de la buena administración por una institución comunitaria, ha relacionado esta con la rotura de la confianza de la ciudadana demandante en la misma, considerándolo un **daño moral evaluable económicamente** (STJUE de 29 de abril de 2015, caso T217/11).

La buena administración se concreta en la práctica en una **obligación administrativa de debido cuidado o debida diligencia** en el ejercicio de las funciones, que puede expresarse en la fórmula

$$c = p \times D$$

siendo c el coste de la medida administrativa, p la probabilidad de que ocurra un daño y D el perjuicio derivado de la mala administración. En cambio, se violaría la obligación jurídica de buena administración propia de este derecho cuando se omita por el decisor administrativo una medida de cuidado:

$$c < p \times D$$

De singular importancia es el buen gobierno y la buena administración respecto a la elaboración de **normas jurídicas, la denominada *better* o *smart* regulation,** que en el caso español son numerosísimas y de una calidad media baja, de acuerdo con mediciones internacionales. Estudios muestran como la

buena administración reguladora permitiría aumentar el PIB español en alrededor de un 1 %.

3. Mal gobierno, mala administración, baja calidad normativa, desconfianza, corrupción

Frente al buen gobierno y la buena administración, componentes de una buena gobernanza, se sitúa el mal gobierno o la mala administración, **sea por simple negligencia, sea por corrupción**, lo que exacerba la desconfianza ciudadana. En la actualidad en España es posible detectar diversos ámbitos concretos, por ejemplo, en el caso de la regulación normativa, donde sería posible introducir mejoras de gestión pública, como en los últimos años viene poniendo de relieve el *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación*, editado por la Fundación Democracia y Gobierno Local[2].

4. «No se lucha contra la corrupción luchando contra ella». La importancia de las infraestructuras de buen gobierno y de buena administración y la calidad normativa. La Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado, la *public compliance*, los fondos Next Generation y la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

La batalla contra la mala administración negligente y la corrupción debe librarse ante todo mediante una **política pública sistemática de prevención**, como el economista chileno Kauffman, especialista en este tema, quiere señalar cuando afirma que *no se lucha contra la corrupción luchando contra ella*[3]. Política pública basada en una evaluación informada *ex ante* y *ex post* del desarrollo del resto de políticas públicas, en la línea sugerida por la ley estatal 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado. Ese es el camino que nos muestra claramente la Unión

[2] Véanse las sucesivas ediciones en la página web de la Fundación editora: Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación — Fundación Democracia y Gobierno Local (Fecha de la última visita: 12 de julio de 2023).

[3] Véase la conferencia de Kaufmann en la que utilizó esta expresión: Daniel Kaufmann: «Uno no lucha contra la corrupción luchando contra ella» (economia3.com)

Europea a través del control exigido del uso de los *Fondos Next Generation*, introducido en España a partir de 2021 y sobre todo con Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 y su referencia al **análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos administrativos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia**, en su Disposición adicional centésima décima segunda, desarrollada por la Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, con las herramientas informáticas Minerva y Coffe (control que creemos debería extenderse **a todos** los fondos públicos). Y, asimismo, con la directiva *Whiseltblowing*, ahora traspuesta en la ley estatal 2/2023.

5. Innovación en el ámbito de la calidad de la regulación y la lucha contra la corrupción: sesgos cognitivos y *nudging*. La inteligencia artificial. La experimentación y los *sandboxes*.

En el desarrollo de un buen gobierno y de una buena administración, existen diversos desarrollos que suponen innovaciones a tener en cuenta. Entre ellas, podemos citar a **las aportaciones conductuales, el uso de la inteligencia artificial o los *sandboxes.***

Por lo que se refiere a las **aportaciones conductuales**, la investigación sobre estas ha sido galardonada sido diversos premios Nobel en las últimas décadas (caso, por ejemplo, en 2002 de Kahneman o en 2017 de Thaler). Las Administraciones Públicas pueden promover el buen gobierno y la buena administración mediante el uso de estas y sus consideraciones sobre la racionalidad limitada humana, los heurísticos y sesgos cognitivos y el empleo de acicates (*nudges*) para conseguir políticas públicas y regulaciones más eficaces y respetuosas con el principio de proporcionalidad.

Por otro lado, y en este mismo sentido, las aportaciones conductuales pueden ser de utilidad para luchar contra un problema común en el ámbito iberoamericano: la excesiva burocratización de los procedimientos administrativos, lo que impide, por ejemplo, que las personas con derecho a prestaciones se pierdan en un laberinto burocrático o, como ha sido denominado, en un chapapote (traducción del término inglés *sludge*) administrativo que les impide acceder a las mismas. En este ámbito, las aportaciones conductuales ayudan a la simplificación administrativa, pero van más allá, puesto que buscan la eficacia real de las políticas públicas (Ponce, 2022).

En cuanto a la **inteligencia artificial,** su uso se está incrementando en nuestras Administraciones, si bien ello se produce cuando todavía no tenemos solu-

cionados los problemas de la Administración electrónica y digital generados por la **brecha digital** y la **violación de derechos de los ciudadanos a no relacionarse digitalmente con las Administraciones (art. 14.3 LPAC) y a no sufrir citas previas no autorizadas previamente en una norma jurídica (art. 1.3 LPAC).** Además, el uso de sistemas algorítmicos y datos masivos se está produciendo bajo **una regulación escasa e insuficiente**, que urge repensar y mejorar, a fin de conjugar las evidentes ventajas del uso de sistemas algorítmicos e inteligencia artificial con los posibles riesgos de mala administración y violación de derechos (afectación de datos personales, opacidad y cajas negras, sesgos, errores…) (Gamero Casado, 2023).

Finalmente, la utilización de **experimentos jurídicos** y para el desarrollo de políticas públicas está ganando importancia en los países de nuestro entorno y también entre nosotros. Una expresión de esta experimentación son los llamados *sandboxes,* esto es entornos de prueba y experimentación, ya desarrollados en el ámbito de la Administración General del Estado por diversa legislación en los ámbitos de *Fintech* y energético y también en proceso de desarrollo en el mundo local español. La experimentación puede contribuir a lograr regulaciones de mayor calidad, más flexibles y capaces de acompañar cambios económicos y tecnológicos disruptivos (con especial atención a la experimentación jurídica y de políticas públicas y a los sandboxes, Ponce Solé y Villoria Mendieta, 2023).

6. Reflexiones finales

En el caso español, **la normativa es muy numerosa y de mala calidad, en general. La caja de herramientas del buen gobierno y la buena administración y la calidad normativa es relativamente desconocida y poco aplicada**. Visto el circulo vicioso antes expuesto, los riesgos de mala administración y de corrupción están, pues, servidos. En España se debe avanzar todavía desde **una visión formalista y ritualista del procedimiento de elaboración de decisiones administrativas hasta otra más realista**, que más que suponer rellenar casillas en formularios suponga una evaluación de impactos normativos, un análisis auténtico de impactos en el mundo real, tanto *ex ante* como *ex post*. Especialmente esta segunda perspectiva ha estado abandonada en España históricamente y necesitaría una revitalización urgente.

Creemos que sería importante adoptar un conjunto de medidas, válidas en general para cualquier país, **pero que exponemos pensando en la realidad española.**

En todo caso, estas propuestas deberían evitar una sobrecarga de regulaciones y controles que genere parálisis administrativa y el despliegue de lo que

se denomina una «burocracia defensiva», esto es de una actitud de autoprotección consistente no en administrar bien sino en cubrirse las espaldas actuando, o no actuando, de tal modo que no surjan problemas incluso de tipo penal, ante la creciente criminalización de la actividad administrativa en países como España. Debemos insistir en lo dicho antes. **Lo importante es generar una infraestructura de buen gobierno y buena administración**, también reguladora, que se basa no sólo en tangibles, sino en intangibles como la confianza de los ciudadanos en los gestores públicos y de éstos en que el desarrollo de sus tareas no conducirá a problemas penales (pues la falta de tal confianza conduce a una *burocracia defensiva* que alienta la mala administración) o un adecuado nivel de formación para la aplicación de la caja de herramientas de la buena administración.

Por otro lado, **instituciones como el Consejo de Estado pueden contribuir en el futuro a incrementar la sensibilidad administrativa por el derecho de los ciudadanos a la buena administración y a la buena regulación.** Hay aquí un campo para los órganos consultivos muy relevante en la contribución a la calidad institucional, como han puesto de relieve autores distintos desde perspectivas diferentes, pero con notables coincidencias (Menéndez Sebastián, 2021; Quereda Sabater, 2021).

7. Final: algunas medidas concretas

Así, proponemos específicamente en el caso español, si bien pueden servir de inspiración en otros países, y a partir de las reflexiones realizadas aquí y de trabajos previos publicados:

a) Sobre buena administración

1. Reconocer en el ordenamiento jurídico con claridad un derecho a una buena administración y, específicamente, a una buena regulación (incluso en el nivel constitucional, de donde lo ha deducido implícitamente el Tribunal Supremo español, al igual que ya sucede en las constituciones de otros países, como en Italia, art. 97 *buen andamento*, o Finlandia, art. 16).

2. Dotar al derecho a una buena administración y a una buena regulación de un contenido preciso, incluyendo el importante derecho de debida diligencia o debido cuidado, también en la toma de decisiones reguladoras, de conformidad con lo sostenido por la jurisprudencia del TEDH, del TJUE y del Tribunal Supremo español y vincular dicho derecho con los estándares concretos de buena admi-

nistración de las Cartas de Servicios, que debieran pasar a ser obligatorias a nivel estatal y exigibles, incluso judicialmente, por los usuarios de los servicios como ya ocurre en diversas comunidades autónomas.

3. Considerar que la importancia del buen gobierno, la buena administración y la mejora regulatoria es especialmente destacable en ciertos ámbitos, como por ejemplo el ámbito de la llamada economía colaborativa (ej. VTC o viviendas de uso turístico), donde la regulación debe responder a razones imperiosas de interés general, como ha señalado, por ejemplo, la STJUE de 22 de septiembre de 2020, en relación con la vivienda y la evitación de la segregación urbana y los apartamentos turísticos.

4. Es preciso llamar la atención sobre el hecho de que también es relevante la buena administración y regulación en el contexto del Estado Social y de la igualdad real y efectiva en el ámbito de los servicios públicos y los Servicios Económicos de Interés General (SEIG). Tanto para diseñar (y aplicar, tanto por administraciones públicas como por privados) el acceso a los mismos (el bono social energético en el ámbito de la pobreza energética es un buen ejemplo de ello), ámbito donde las citas previas no establecidas mediante norma previa son ilegales (art. 1.3 LPAC), como el posible cese en su uso y disfrute (cortes de suministros) y la calidad de sus prestaciones. En este último ámbito, las cartas de servicios, que establecen estándares de buena administración, deberían ser obligatorias y exigibles en el ámbito estatal español, igual que ya lo son en el caso de algunas comunidades autónomas.

5. Fomentar el mensaje de que los derechos en general y los sociales en particular (en España, capítulo III del Título I de la Constitución) no sólo se hacen efectivos con inversiones presupuestarias públicas, sino que en ocasiones una adecuada regulación puede ser una alternativa al gasto público (ej. reservas para viviendas de protección oficial establecidas por el planeamiento urbanístico o *inclusionary zoning*, y previstas en la legislación de urbanismo estatal y autonómica u obligaciones de servicio universal y de servicio público).

6. Cuidar la regulación de las prestaciones sociales, para evitar que los grupos vulnerables necesitados encuentren barreras de acceso a las mismas, lo que diversos estudios empíricos recientes demuestran que es frecuente. Por ello, cabe recordar que no es posible establecer cita previa sin una norma jurídica que así lo autorice (principio de legalidad, art. 1.3 LPAC) y que los ciudadanos tienen, en general, derecho a no relacionarse digitalmente con las administraciones públicas (art. 14 LPAC).

b) Sobre calidad regulatoria

1. Modificar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que considera que las defectuosas evaluaciones de impacto normativo de los proyectos de leyes no tienen trascendencia jurídica una vez estos entran en los parlamentos.

2. Desarrollar el art. 88 de la constitución española por ley orgánica y regulación de la cuestión en los reglamentos parlamentarios para evitar la tramitación de proyectos sin la debida evaluación normativa previa.

3. Intensificar el control de la real extraordinaria y urgente necesidad para dictar un Decreto-Ley y de que los mismos vayan acompañados de memorias abreviadas que evalúen posibles impactos y se hagan públicas.

4. Regular para que las proposiciones de ley también vayan acompañadas de algún tipo de evaluación normativa, que podría ser facilitada técnicamente por unidades específicas integradas en los parlamentos.

5. Realizar, en fin, las mejoras precisas del ordenamiento jurídico vigente para garantizar el derecho a una buena administración y a la buena regulación, promoviendo la regulación estatal de los grupos de interés o lobbies y de la huella normativa y «etiquetado» o la realización de experimentos jurídicos y el uso de *sandboxes* en las evaluaciones normativas *ex ante*, donde es posible colaborar en una gobernanza universitaria con el *know how* aportado por los *Living Labs* universitarios[4].

6. En concreto, mejorar respecto al ámbito local español, donde la mala regulación es acentuada con los problemas asociados ya vistos:

— la regulación de la Ley estatal General de Unidad de Mercado, en relación con los denominados por la Ley (art. 26.4) «Puntos de Contacto de Unidad de Mercado y Solución de Diferencias» (PUC), para prever vías de comunicación y colaboración más específicas de estos con, como mínimo, los grandes municipios.
— y la Ley de Bases de Régimen Local, en este último caso en relación con el art. 49 referido al procedimiento debido de elaboración de ordenanzas, actualmente totalmente obsoleto.

7. Incentivar la comprensión profunda de lo que significa la buena regulación, más allá de la evaluación del impacto normativo (que debiera incorporar evaluación de corrupción y corruptibilidad) y de su cumplimiento formalista y ritualista.

[4] En el ámbito de la Universidad de Barcelona, por ejemplo, puede consultarse información sobre el Living Lab de Buena Regulación existente desde hace años: Soluciones en el ámbito del buen gobierno y la regulación — Living Lab UB.

8. Por ello, se aboga por impulsar el conocimiento en el nivel de la agenda política de la importancia de la buena regulación y sus principios (contenidos en relación con la producción normativa en España en la Ley estatal General de Unidad de Mercado y en los arts. 129 y ss Ley de Procedimiento Administrativo Común).

8.a. Para cargos electos, altos cargos y empleados públicos (con especial incidencia en los secretarios de ayuntamiento en el ámbito local), sobre la importancia de la calidad normativa para el buen gobierno y la buena administración y la sostenibilidad económica, incluida la promoción de la competencia, social y ambiental. En definitiva, se trata de dotar a los gestores responsables del conocimiento y la formación precisas en relación con el significado del derecho a una buena administración y la caja de herramientas de la buena regulación, evitando por éstos caer en perspectivas puramente formalistas, de mero cumplimiento del trámite. Esta formación puede y debe realizarse con las Universidades.

8.b. Sería recomendable una especial incidencia en dicha formación sobre aquellos ámbitos detectados en las que existen malas prácticas de regulación que generen mala administración y corrupción.

8.c. Dada la repetición de problemas similares en Gobiernos y Administraciones distintas, sería interesante la elaboración y publicación de un Manual específico al respecto compartido.

9. Generalizar la implantación de unidades de mejora regulatoria, como las existentes a nivel estatal, de creación reciente, y (pocas aún) en el autonómico. Impulsar su implantación en el ámbito local involucrando a los entes locales supramunicipales en su constitución y apoyo (ej. Diputaciones provinciales). En diversas CCAA se han creado unidades específicas (destacando la catalana con más de una década de trabajo) y en el ámbito del Ministerio de Presidencia, por mandato de la ley 40/2015, se ha creado en 2017 una Oficina de Calidad y Coordinación Normativa. La institucionalización de la evaluación normativa es una buena noticia, si bien todavía queda un largo camino por recorrer en la generación de una red de calidad normativa, que evite una excesiva fragmentación, red que debería incluir a unidades similares en el ámbito local, al menos en Ayuntamientos de municipios de un cierto tamaño, donde éstas son inexistentes y donde la evaluación de la normativa local sigue regulada por un precepto de hace más de tres décadas (art. 49 LBRL).

10. Impulsar una Buena Gobernanza de la Regulación, con un incremento de la colaboración y cooperación entre los distintos niveles de producción normativa y de diseños organizativos adecuados para promover la mejora de la regulación. Asimismo, la Oficina estatal de Coordinación y Calidad Normativa creada en el nivel estatal español debe ser un nodo importante en dicha red.

11. Disponer las Administraciones supramunicipales, en particular, de unidades de mejora de la regulación, con personal especializado que pudiera dar apoyo al mundo municipal, muy limitado en estas cuestiones. En ese sentido, allí donde existan unidades autonómicas de mejora normativa, que debieran generalizarse, sería preciso aprovechar esa *expertise* y avanzar hacia la colaboración de esa unidad especializada autonómica con el mundo local, dada su experiencia consolidada en este ámbito, dotándolas adecuadamente para asumir esta función, sin prejuicio de la creación por los municipios de mayor población de sus propias unidades de mejora normativa, que deberían contar con personal adecuadamente formado y capacitado para usar la caja de herramientas aquí aludida, que requiere conocimientos diversos, no sólo jurídicos.

12. Mejorar el uso de listas de comprobación en evaluaciones ex ante y de indicadores en evaluaciones ex post.

13. Regular la cuestión de los grupos de interés o lobbies y de la huella normativa y la «etiqueta» para su trazabilidad a nivel estatal, a nivel autonómicos (con excepciones) y a nivel local.

14. Impulsar la evaluación *ex post* de normas jurídicas. Para ello pueden aprovecharse los Planes Anuales Normativos en todos los niveles de poder, incluyendo en ellos un número realista de normas a evaluar ex post y haciéndolo realmente, con publicación de resultados.

15. Institucionalizar esta evaluación *ex post* de leyes en los propios parlamentos, siguiendo ejemplos como el chileno.

c) Sobre innovaciones basadas en aportaciones conductuales, inteligencia artificial y experimentación y sandboxes

1. Avanzar hacia la nueva frontera de la mejora administrativa, que pasa, como hemos visto, por la incorporación de los avances de las ciencias conductuales y el *nudging*, así como la aplicación de la inteligencia artificial. Así:

2. Generar una unidad de aportaciones conductuales en la Administración Pública, a imagen y semejanza de las más de 200 ya creadas alrededor del mundo, bien aprovechando unidades ya existentes (Oficina de Calidad y Coordinación Normativa, Ministerio de la Presidencia o similares existentes en las CCAA), pero reforzándola con personal de perfil adecuado para la evaluación conductual (economistas conductuales, psicólogos cognitivos…), bien creando unidades de nuevo cuño, si lo anterior no fuera posible.

3. Utilizar opciones por defecto (acicate o *nudging*, opción *opt-out)* en la regulación, en favor de la concesión de ayudas sociales a las personas necesitadas solicitantes, avanzando en la substitución de complejas acreditaciones documentales

por declaraciones responsables, en la misma línea seguida en relación con la libertad de empresa, al hilo de la Directiva de Servicios, pero ahora respecto a los derechos sociales. El porcentaje de fraude detectado en otros países, a falta de estudios disponibles en el nuestro, demuestra que tal mecanismo no supone un serio riesgo para el interés general y, en cambio, contribuiría a que la intervención social fuera realmente efectiva. La regulación podría incluir la necesidad de que en el modelo de declaración responsable se advierta de la posibilidad de proceder a comprobaciones ulteriores y de las consecuencias de un comportamiento no ético del solicitante.

4. Emplear sistemas algorítmicos y de inteligencia artificial (evaluados adecuadamente para evitar sesgos y errores) para ayudar a elaborar las regulaciones y a aplicarlas de forma personalizada, detectando a los posibles sujetos elegibles e iniciando de oficio los procedimientos para la concesión de prestaciones sociales, como se está haciendo ya en otros países (ej. EEUU, con ayudas en comedores escolares) y en alguna administración local (ej. Ayuntamiento de Barcelona, en relación a ayudas de urgencia social para familias con menores de 0 a 16 años).

En concreto, y respecto a la inteligencia artificial habría que mejorar la regulación española teniendo en cuenta estas directrices que se proponen en Ponce (2024):

4.a. La reconstrucción del sistema debe pasar por una mejora de la regulación existente y por cubrir las lagunas que actualmente se detectan, tanto a nivel de la UE como español.

4.b. En el primer caso, es preciso tener en cuenta el Reglamento de la UE en discusión actualmente, que, en todo caso, será un suelo europeo, pero no un techo nacional regulatorio, quedando márgenes nacionales de desarrollo.

4.c. En el segundo caso, un análisis del art. 41 LRJSP que incluye las bases estatales en la materia pone de relieve su insuficiencia, lo que se refleja en algunos casos concretos de aplicación del mismo por distintas Administraciones públicas, que demuestran dichas carencias. En ese sentido, con independencia de la necesaria mejora estatal de esas bases amparadas en el art. 149.1.18, las CCAA disponen de competencias de desarrollo de las bases sobre régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común que les ha de permitir mejorar el sistema jurídico vigente, si bien hasta el momento existen pocos ejemplos al respecto. También debe considerarse diversa normativa estatal y autonómica existente en la materia y la Carta española de Derechos Digitales, como *soft law*.

4.d. La necesaria reconstrucción normativa en España debe pasar por el reconocimiento de la existencia de una reserva de ley en la materia, contenida en el art. 18.4 CE. Por tanto, las remisiones legales, sea estatal o sean autonómicas, nunca podrán ser en blanco y deberán cubrir suficientemente esa reserva, que postula la necesidad de representación democrática para adoptar decisiones claves sobre la automatización administrativa.

4.e. Entre esas cuestiones claves que el legislador debe abordar se encuentran la existencia de posibles reservas de humanidad, ya aludidas, la decisión de aplicar o no digitalmente una norma jurídica (con la correlativa necesidad de traducir a código su lenguaje natural, traducción que entendemos tendría la naturaleza jurídica de reglamento ejecutivo) y el diseño de un debido procedimiento formalizado tecnológico o digital, cuestiones estas ausentes ahora en la legislación en España.

4.f. En cuanto al debido procedimiento tecnológico, expresión del principio y derecho a una buena administración, como expone, con carácter general una relevante STS de 14 de abril de 2021, pautas que deberían tenerse en cuenta para su formalización podrían partir de un relevante concepto clásico, que se adapta a este ámbito: el de procedimiento administrativo complejo *entrelazado*.

4.g. El debido procedimiento administrativo complejo tecnológico, pues, es un procedimiento de procedimientos, que engarza dos que se hallan entrelazados en la distancia: un primer procedimiento mediante el que debe evaluarse el posible uso futuro de los sistemas algorítmicos y de IA y otros aspectos y un segundo procedimiento que es ya el concreto de uso del sistema para adoptar decisiones automatizadas o ayudarse de la tecnología para decidir.

4.h. En cuanto al primer procedimiento debido tecnológico, su evaluación del uso de la IA debe incluir la evaluación de impacto referida a la protección de datos que exige el art. 35 RGPD, pero no únicamente. También en este procedimiento el órgano administrativo debe ponderar si existe, en su caso, una reserva de humanidad que prohíba la toma de decisiones automatizadas; cuáles son los beneficios, costes y riesgos de usar la tecnología (respetando el principio de proporcionalidad en la toma de la decisión). En ese sentido se sugiere que se formalice dicho procedimiento por el legislador inspirándose en el art. 28 LCSP. Asimismo, en este primer procedimiento que forma parte del debido procedimiento administrativo complejo tecnológico, deberá decidirse si el sistema es elaborado por la propia Administración o se externaliza, mediante un contrato de servicios o de suministro (realizando una ponderación similar a la contenida en el art. 30 LCSP). También en este procedimiento debería adoptarse la decisión sobre el papel del control o supervisión humana del sistema (*human on/in the loop*): humano que debería estar especialmente formado para evitar el sesgo de automatización. Supervisión que, entendemos, debería venir acompañada de un derecho del interesado (de nueva regulación) a interaccionar con un humano, en caso de decisiones automatizadas.

4.i. Consideramos que no existe un derecho de los ciudadanos a obtener el uso de sistemas algorítmicos e IA en un determinado sector, pero sí existirá un derecho a una buena administración y a un procedimiento administrativo debido que pondere todos los aspectos señalados antes de finalizar con una resolución.

4.j. Para respetar esa buena administración, este primer procedimiento debido tecnológico debe incorporar un trámite de información pública, bien porque suponga la traducción a código informático de una norma previa para su aplicación digital (caso en el que sería un reglamento en elaboración, siendo de aplicación el art. 134 LPAC y la relación entre procedimientos entrelazados se basa en la dicotomía reglamento-acto de aplicación), bien porque, si no existe esa traducción a código, su naturaleza lo requiere (art. 83.1 LPAC) dado que la resolución que se adopte irá dirigida a un conjunto indeterminado de personas y operará sobre numerosas decisiones posteriores que se adoptarán en el segundo debido procedimiento tecnológico formando parte del procedimiento administrativo complejo entrelazado aludido. Asimismo, junto a la participación ciudadana, será obligatoria su publicación, como reglamento en el primer caso y como acto administrativo en el segundo (art. 45a LPAC).

4.k. Todos estos aspectos deberán ser desarrollados y considerados en este primer procedimiento administrativo, que es mucho más que un mero proyecto tecnológico, por lo que el estudio recomienda su formalización jurídica y el uso por las Administraciones de listas de comprobación para verificar todos estos puntos antes de tomar la decisión final. En cualquier caso, su no formalización actual no impide que el instructor deba construirlo con base en la LPAC.

4.l. Junto a este primer procedimiento, siempre existirá un segundo procedimiento debido tecnológico como parte del procedimiento administrativo complejo: el de toma de la concreta decisión mediante el sistema algorítmico y la IA. Respecto a este segundo procedimiento, el legislador debería regular por lo que se refiere a decisiones semiautomatizadas la obligación de comunicación al interesado de la existencia de un sistema algorítmicos en la toma de la decisión que le afecta, así como la necesidad de explicabilidad y justificación, específica y concreta, de la decisión adoptada.

4.m. Además de la insistencia en la necesaria formalización del debido procedimiento administrativo complejo tecnológico, el estudio recomienda la creación de un registro de algoritmos y la exigencia de una revisión periódica de los sistemas.

4.n. Más allá de la reserva de ley genérica que cubra el art. 18.4 CE y regule los aspectos antes vistos en cuanto al primer procedimiento, cada vez que se quiera digitalizar la aplicación de una ley debería existir un permiso expreso del legislador para realizar la traducción a código y aplicar éste, como reglamento, por las administraciones públicas, como se apuntó.

4.o. En relación con la experimentación y los *sandboxes*, creemos que no prosperará en España sin una formación adecuada de los gestores públicos encargados de desarrollar políticas públicas y de aprobar regulaciones. De igual modo, nuestra cultura jurídico-administrativa y los límites jurídicos que deben respetar-

se con la experimentación, tan desconocida en nuestro país, recomiendan la aprobación de un marco jurídico general, sencillo y flexible, que consagre su posibilidad y sus límites. En cuanto a este marco jurídico general, sencillo y flexible, el mismo es posible ya inducirlo de las regulaciones sectoriales aprobadas en el ámbito financiero y energético, así como de las experiencias de aplicación que se están desarrollando. En nuestra opinión, las competencias estatales en materia de bases del régimen jurídico y de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común permitirían la aprobación del mismo, que debiera incluirse en la LPAC de 2015, entre los arts. 129 y ss. dedicados al ejercicio de la potestad reglamentaria y la elaboración de proyectos de ley.

5. Más allá de la necesaria regulación del marco general de la experimentación, se recomienda incrementar su práctica, especialmente en el nivel local, y avanzar hacia una experimentación de calidad. Para lograrla, es preciso garantizar en la medida de lo posible la validez interna de los experimentos que se realicen, esto es, la medida en que estos permiten excluir explicaciones de los resultados observados distintas del tratamiento experimental, pudiendo afirmarse que el experimento es la causa de los cambios observados. Para ello, es preciso establecer un testigo, contrafactual o sistema de control, un objeto en el que no se efectúa la modificación experimental. Si se trata de experimentos afectando a personas, las muestras deberán estar integradas por individuos con características similares, de tamaño adecuado, con asignación aleatoria de los participantes a los grupos experimental y de control y con las adecuadas medidas de control que eviten la afectación de esa validez interna.

d) Sobre el control del buen gobierno y la buena administración

1. Destacar el relevante papel de las instituciones de control externo no judicial de la administración (*Ombudsmen*, Tribunales de Cuentas…) y de autoridades como la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia. Especialmente importantes en relación con la corrupción son las distintas oficinas anticorrupción existentes en el nivel autonómico (la decana, la catalana Oficina Antifraude), que deberían intensificar su labor de *advocacy*.

2. Recordar, en todo caso, el papel de último garante de la buena administración del Poder Judicial, anulando aquellas decisiones que vulneren el deber de debida diligencia o debido cuidado en el respeto de los principios de buena regulación, como se está llevando ya a cabo. El control judicial debe exigir el cumplimiento de obligaciones relativas a la recogida y análisis de la información suficiente y relevante para decidir bien y a su toma en consideración por el decisor de forma seria, ponderada, fundamentada y justificada, des-

plegando un *hard look* en relación con la toma de la decisión regulatoria. Creemos que no hay que olvidar que un control judicial adecuado de las regulaciones administrativas garantiza también la lucha contra la corrupción, no necesariamente en vía penal.

Bibliografía

Barbier, Lance; Tengeh, Robertson K. (2023). «Literature Review of Public Administration and Good Governance from 1890 to 2023», *Jurnal Transformative* 9 (1).

Gamero Casado, Eduardo (dir.), Pérez Guerrero, Fernando L (coord.) (2023). *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Hood, C.; Dixon, R. (2015). *A Government that Worked Better and Cost Less? Evaluating Three Decades of Reform and Change in UK Central Government*, Oxford, Oxford University Press.

Menéndez Sebastián, Eva (2021). *De la función consultiva clásica a la buena administración. Evolución en Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Marcial Pons.

Ponce Solé, Juli (2024). *El reglamento de la Unión Europea de Inteligencia Artificial de 2024, la nueva administración digital y su control judicial en España*, Madrid, Marcial Pons.

— (2023). «Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa. A propósito del libro de la profesora Maria De Benedetto, *Corruption from a Regulatory Perspective*», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad,* núm. 24.

— (2022). «Buena regulación, sistemas algorítmicos e inteligencia artificial: Congreso de Gobernanza Económica, Regulación y Administración de Justicia, celebrado en Madrid los días 2 y 3 de junio de 2022, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia», Blog *Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación y al Uso de Algoritmos y de Inteligencia Artificial*, 20 de junio de 2022.

— (2021). «El fracaso de la administración garante. Mitos, falacias y lecciones de la pandemia para las administraciones públicas, el derecho administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 58.

— (2019). «El Derecho Administrativo del Siglo XXI», *Revista General del Derecho Administrativo*, núm. 52.

— (coord.) (2022), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sector público y privado*, Madrid, Marcial Pons.

Ponce Solé, Juli; Villoria Mendieta, Manuel (2023). *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2022,* Fundación Democracia y Gobierno Local, 2023.

Prats Catalá, Joan (2005). *De la burocracia al «management», del «management» a la gobernanza. Las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo*, Madrid, INAP.

Quereda Sabater, Juan (2021). *Mejora de la calidad normativa y ampliación de la intervención del Consejo de Estado. A propósito del concepto de reglamento ejecutivo*, Madrid, Marcial Pons.

LA INNOVACIÓN COMO NUEVA APROXIMACIÓN PARA LA INTERVENCIÓN PÚBLICA: IDEAS PARA SU PUESTA EN MARCHA EN EL SECTOR PÚBLICO

Francisco Rojas-Martín
Presidente de la Fundación NovaGob

1. Introducción

En los últimos años, la innovación pública está adquiriendo un interés creciente tanto por parte del mundo académico como por parte de los profesionales del sector público. Frente al imaginario colectivo que vincula necesariamente la innovación a la iniciativa y el dinamismo del sector privado, la experiencia nos muestra que el sector público es un actor fundamental en este ámbito. Especialmente revelador resulta el trabajo de Mazzucato (2014), que muestra empíricamente cómo detrás de algunas de las mayores innovaciones de nuestro tiempo, como el caso del teléfono inteligente iPhone, se encuentran organismos públicos: desde el sector público, mediante la investigación básica y la inversión «paciente», se desarrollan las tecnologías imprescindibles para el funcionamiento del teléfono inteligente como Internet, Siri, GPS o la pantalla táctil, llegando hasta donde la iniciativa privada muchas veces no alcanza al anteponer un retorno de la inversión más cortoplacistas

Efectivamente, la innovación pública se está abriendo camino como enfoque para afrontar los retos de nuestras sociedades. Proliferan las experiencias internacionales que están aplicando metodologías propias de la innovación aplicadas al sector público. Este proceso se está viendo apoyado, además, por algunas de las principales organizaciones internacionales orientadas a la gestión pública. Así, encontramos numerosas iniciativas como el *Compromiso de Andorra sobre Innovación para el Desarrollo Sostenible*, surgido de la XXVII Cumbre Iberoamericana de jefes de Estado y de Gobierno, la *Declaración de la OCDE sobre Innovación en el Sector Público* o la *Carta Iberoamericana de Innovación en la gestión pública* impulsada por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo

(CLAD). Todos estos compromisos y manifestaciones de apoyo ponen de relieve la apuesta decidida por la innovación pública a nivel internacional.

En el caso español son diversas las instituciones que han alentado o impulsado la innovación pública, en las administraciones locales, autonómicas y a nivel nacional[1]. Entre ellas, se encuentra la Fundación NovaGob, que este año celebra su décimo aniversario, un proyecto que surgió originariamente como *spin-off* de la Universidad Autónoma de Madrid, como una red social digital para profesionales de la Administración y que se ha ido transformando hasta convertirse en un ecosistema de innovación pública de referencia con más de 17.000 miembros. Es una historia de colaboración, de creación de redes profesionales, de intercambio de conocimiento, de aprendizaje y de talento compartido. Aunando una participativa comunidad de personas, instituciones públicas, universidades y empresas se ha conformado una verdadera alianza para la transformación y modernización de la Administración.

La innovación pública es un concepto en proceso de definición, pero ya existen organizaciones y académicos que plantean elementos que han intentado acotar el término. Ese es el caso del Observatorio de la Innovación Pública (OPSI) de la OCDE, que define la innovación como «un proceso o enfoque nuevo o significativamente actualizado que es innovador, se ha implementado de alguna forma y que está diseñado para ofrecer mejores resultados públicos al lograr mayor eficiencia, eficacia y satisfacción de los ciudadanos, usuarios o empleados». En otras palabras, innovar supone la creación de soluciones nuevas a problemas públicos, pero como acabamos de ver en la definición propuesta por la OCDE, se señala además, la necesidad de que dichas soluciones sean aplicadas y generen algún tipo de valor a la organización o a la sociedad. En palabras de Herrera Díaz-Aguado (2023), «Acreditar el valor público va a ser esencial para la legitimación y supervivencia de las instituciones, programas o políticas del sector público... y para ganar la confianza de la ciudadanía en nuestro modelo de gobernanza democrático». Por lo tanto, las aportaciones generadas desde la innovación no se pueden quedar en meras invenciones o ideas nuevas, sino que deben ofrecer resultados tangibles en forma de valor público, en los términos planteados por Moore (1998).

Las estructuras organizativas tradicionales de las administraciones públicas no son las idóneas para desarrollar este enfoque de intervención. Aun así, las reglas de juego establecidas por el elenco de normas que regulan las administraciones públicas son lo suficientemente flexibles como para poder implementarla. Para ello, es recomendable contar, al menos, con estos cuatro elementos facilitadores.

[1] Como son las iniciativas surgidas en los Gobiernos de Aragón, Canarias o Andalucía, por los Ayuntamientos de Madrid o Barcelona y el caso del INAP en el Gobierno de España.

En primer lugar, se deben poner en marcha espacios dedicados a la innovación pública. Cuando hablamos de espacios, nos referimos a espacios físicos, virtuales o híbridos. En cuanto a la tipología, pueden desarrollarse como laboratorios o con cualquier otra forma que permita la creatividad, la reflexión, la colaboración o la cocreación. A nivel internacional se identifica una importante heterogeneidad en base a su naturaleza jurídica (Rodríguez, 2018), así encontramos laboratorios insertos en las administraciones públicas, también externos a las administraciones con naturaleza privada o que se localizan en las universidades pero que colaboran con las administraciones. Finalmente, encontramos también algunos ejemplos de modelos público-privados. En cuanto al enfoque de trabajo de los laboratorios de innovación pública, se debe superar el modelo *top down* clásico de las administraciones públicas y avanzar hacia modelos más horizontales e inclusivos que incorporen el conocimiento preciso de los actores clave del entorno de la organización para dar solución a los desafíos públicos que, sin duda, cada vez resultan más complejos. Los laboratorios deben contar con una doble mirada para ser más efectivos. Por un lado, deben mirar hacia fuera, como espacio permeable a la sociedad que tenga en cuenta sus ideas y demandas. Por el otro, debe mirar hacia dentro de la organización como un agente que identifique e involucre al talento interno en los procesos de innovación.

En segundo lugar, debemos contar con equipos de personas con conocimientos diversos, con procedencias heterogéneas, que tengan, por tanto, una lógica transversal y abierta. A la hora de conformar los equipos, resultará esencial tener en consideración que los desafíos y misiones que abordará el laboratorio serán complejos. Por ello, se hace necesario un equipo multidisciplinar para facilitar la comprensión de estos desafíos y poder satisfacer las necesidades y expectativas sociales. Pueden ser perfiles adecuados, según qué casos, los especialistas en etnografía, comunicación, diseño, sociología, ciencia política, participación, arquitectura, tecnología, ciencias del comportamiento o de datos. Pero, más allá de estos perfiles, se precisan ciertas *soft skills* relacionadas más con las actitudes que con las aptitudes y estas pasan porque los miembros del equipo sean personas entusiastas de la innovación, altamente motivadas, que cuenten con capacidad de adaptación, de comunicación, de mentorización, de capacitación, de mediación y de gestión de grupos. Todo lo anterior viene avalado por organizaciones como el Observatorio de Innovación del Sector Público de la OCDE (OPSI, 2017), que apuestan por equipos multidisciplinares y una adecuada combinación de capacidades técnicas *hard skills* y de actitudes y comportamientos *soft skills* para lograr el éxito en el desarrollo de los laboratorios de innovación pública.

El tercer elemento, la creación y mantenimiento de un ecosistema de innovación tiene que ver con el enfoque de innovación abierta. Este planteamiento

muestra cómo las administraciones han dejado de contar con el monopolio del conocimiento y, por tanto, deben identificar y aprovechar el que tienen a su alrededor a través de la creación de ecosistemas simbióticos, que busquen el bien común. El adecuado conocimiento e implicación de los actores de su entorno y de las dinámicas que se producen entre estas pueden contribuir al diseño de mejores estrategias para el proceso de innovación.

Finalmente, en cuarto lugar, debe contarse con habilidades y competencias adecuadas para aplicar las herramientas y metodologías de innovación pública. A las personas que ingresan en las administraciones públicas generalmente no se les pide contar con este tipo de capacidades, por lo que deben ser desarrolladas en los equipos de innovación para afrontar mejor los desafíos públicos.

En el ámbito de las administraciones públicas se están poniendo en marcha espacios para la innovación. Como acabamos de ver resulta importante contar con espacios específicos que actúen como facilitadores e impulsores de la innovación pública. A nivel nacional, encontramos al menos 41 experiencias a lo largo de todo el territorio español según el Mapa de Espacios de Innovación Pública de 2023. Una de las formas en las que se están poniendo en marcha estos espacios son los denominados laboratorios de innovación pública a los que podríamos definir como espacios de trabajo horizontales, experimentales y abiertos donde confluyen diferentes actores y dinámicas en la búsqueda de soluciones para los desafíos públicos. No constituyen la única vía para desarrollar la innovación en las administraciones públicas, pero por su interés, vamos a tratar de conocer un poco más sobre ellos.

Los laboratorios de innovación pública están enfocados a resolver desafíos públicos. Su estructura horizontal aporta la flexibilidad necesaria para desarrollar proyectos abiertos, transversales y creativos, que conectan el talento interno de las organizaciones con el del entorno. Además, frente a las estructuras más burocratizadas habituales en el sector público español, pueden ofrecer espacios más adecuados para la experimentación. Por tanto, constituyen un verdadero punto de encuentro para abrir camino de la innovación pública y que, mediante sus novedosas metodologías de trabajo, pueden contribuir al cambio cultural en las administraciones.

2. Metodologías

Los laboratorios de innovación pública también se caracterizan por las novedosas metodologías que emplean. Las metodologías actúan como facilitadores para la puesta en marcha de los proyectos. Además del *para qué* de la innovación, en los laboratorios es muy importante el *cómo*, siendo esencial el enfoque que aplicamos para mejorar no sólo en los resultados, sino también en

los procesos de innovación. No debemos olvidar las especifidades que diferencian al sector público del privado. En el primero, se debe aspirar a lograr el bien común y el interés general, además de cumplir rigurosamente el marco normativo, y por todo ello, el *cómo* se ejecutan los proyectos adquiere tanta relevancia como el *para qué*.

A continuación (imagen 1) se presentan las metodologías que utilizan los laboratorios de innovación pública a nivel internacional. En algunos casos, se emplea sólo una metodología, mientras que en otros laboratorios se utiliza una combinación de varias. También se dan casos en los que los laboratorios crean sus propias metodologías, a partir de las ya existentes, adaptándolas a su contexto concreto. Por ejemplo, en el Innolab del Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP) han creado su propia metodología incluyendo procesos de creación, codiseño, prototipado y experimentación colectiva para la aceleración de proyectos de innovación en el sector público de Andalucía.

Imagen 1. Metodologías de innovación pública de los goblabs



Fuente: elaboración propia, 2023

Las metodologías ofrecen nuevas perspectivas para afrontar los desafíos públicos. La aplicación de una o varias de ellas dependerá de los objetivos que queramos alcanzar y de la naturaleza del proyecto de innovación al que se quiera hacer frente. Por tanto, no son incompatibles entre sí, más bien lo contrario, una selección adecuada facilitará una mejor resolución de los problemas. Se presenta brevemente en qué consisten cada una de ellas para comprender su utilidad:

1. Experimentación. Como vimos durante la pandemia de la COVID-19, cuando se elabora una vacuna contra una nueva enfermedad no es muy recomendable aplicar las posibles vacunas experimentales a toda la población. Resulta más recomendable, mediante un proceso complejo, testar las posibles vacunas en una pequeña selección de la población de manera controlada hasta dar con la que mejor resultado ofrezca. En el ámbito de la gestión pública no deberíamos aspirar a menos. La experimentación permite validar hipótesis iniciales, o, por el contrario, reconducir sin un coste elevado el proyecto para lograr el propósito inicial. También nos permite descartar un prototipo-iniciativa cuando no ofrezca los resultados esperados.
2. Diseño. El diseño es, quizás, la disciplina más empleada en los laboratorios de innovación pública a nivel internacional. Especialmente a través del pensamiento de diseño (*design thinking*) que supone un enfoque de innovación centrado en las personas-usuarias. Se caracteriza por su enfoque iterativo y multidisciplinario, que involucra a personas con diferentes habilidades y perspectivas en un proceso colaborativo. Se centra en comprender profundamente las necesidades y deseos de los ciudadanos-usuarios y en encontrar soluciones que sean viables.
3. Innovación Abierta. Esta metodología trata de poner en valor el aprovechamiento del conocimiento de los actores del ecosistema de innovación. En sus planteamientos de trabajo, los laboratorios deben estar abiertos al aprendizaje junto con los actores de su entorno y también a la colaboración en la puesta en marcha de proyectos de innovación. Resulta, por tanto, relevante evitar los proyectos de innovación puramente tecnocéntricos y que tengan únicamente en cuenta una parte de la ecuación, la del personal de la Administración.
4. Concursos de ideas. Las administraciones públicas pueden actuar como dinamizadores de la innovación a través de los concursos de ideas. El objeto de estos procesos consiste en lograr ideas innovadoras para resolver problemas públicos involucrando a actores interesados, ya sean internos o externos. Aquí los laboratorios actúan para establecer los retos que se desean lograr, poner en marcha la convocatoria, identificar las mejores propuestas y, finalmente, ayudar a desarrollarlas. Este tipo de iniciativa puede tener un enfoque interno, para estimular las ideas entre los empleados públicos, o abierto a la sociedad.
5. Colaboración en red. Las redes se crean cuando los individuos o las instituciones que comparten objetivos comunes conectan entre sí, intercambian conocimiento y colaboran. La creación de redes de innovadores públicos es muy importante para tratar de lograr la generación de

inteligencia colectiva. Con el desarrollo de las tecnologías 2.0., como las redes sociales digitales o las aplicaciones de mensajería, se ha dado un impulso importante para la creación de redes digitales, puesto que permiten superar algunas barreras de las redes presenciales como los costes de tiempo, económicos o de distancia física que tradicionalmente han actuado como inhibidores. En este sentido contamos con experiencias de éxito de redes a nivel nacional e internacional que serían inviables o impensables tiempo atrás.

6. Cocreación. La utilización de la cocreación en la gestión pública es también una metodología clave para los laboratorios de innovación. Con esta metodología, la sociedad modifica su rol habitualmente pasivo, pasando a participar activamente durante el proceso de innovación. La correcta utilización de procesos de cocreación en el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas innovadoras tiene impacto tanto en la comunidad en la que se desarrollan, como en las propias instituciones que los aplican, pudiendo aprender sobre las necesidades de la ciudadanía e incorporarlas en las soluciones, conseguir mayor legitimación de las acciones emprendidas y mayores niveles de satisfacción ciudadana.
7. Gestión ágil (agile). Las metodologías ágiles facilitan un enfoque de gestión de los proyectos de innovación adaptativo, flexible y centrado en el producto o servicio. Esta metodología se basa en la iteración para obtener un «valor incremental», mediante una «beta» permanente evitando obtener un producto final que no pueda mejorarse. Los procesos ágiles se concretan en ciclos cortos y rápidos que permiten su seguimiento, control y retroalimentación constante por parte de las personas usuarias. Para la Administración, esta metodología puede facilitar la adaptación y transformación para adaptarse de manera más adecuada a las necesidades y demandas de la ciudadanía.
8. Ciencias del Comportamiento: es una metodología interdisciplinaria que combina elementos de la psicología, la sociología, la antropología y la economía para estudiar y comprender el comportamiento humano. Se centra en examinar cómo las personas toman decisiones, interactúan entre sí, se adaptan al entorno y desarrollan patrones de comportamiento. En el ámbito de la Administración se está desarrollando de manera importante a nivel internacional. Concretamente, en el sector público puede resultar útil, entre otras cuestiones, al permitir conocer el comportamiento de la ciudadanía ante determinadas situaciones, lo que facilita la generación de estrategias y acciones más adecuadas por parte de la Administración.

9. Ciencias de datos. Se refieren al conjunto de enfoques, métodos y herramientas utilizados para recopilar, organizar, analizar e interpretar grandes conjuntos de datos con el fin de obtener información y conocimiento significativos. Se basa en la extracción de patrones, tendencias y relaciones a partir de datos, con el objetivo de tomar decisiones informadas, resolver problemas y generar valor en diferentes campos. En el sector público, la ciencia de datos tiene una alta potencialidad de convertirse en un elemento estratégico para la toma de decisiones o para la identificación de riesgos y oportunidades. En definitiva, dada la ingente cantidad de datos generados y disponibles por parte de las administraciones públicas, estamos ante un tipo de metodología llamada a ser fundamental en los próximos años.
10. Simulación. La simulación es una técnica utilizada para imitar o reproducir el comportamiento o las características de un sistema, proceso o fenómeno real utilizando un modelo simplificado. Consiste en crear un modelo virtual o físico que representa ciertos aspectos relevantes del sistema en estudio y luego ejecutarlo para observar y analizar su comportamiento bajo diferentes condiciones o variables. La simulación permite experimentar con el modelo en un entorno controlado y realizar diferentes escenarios o pruebas sin tener que intervenir o modificar el sistema real. En el sector público, la simulación puede ser útil para comprender la implantación de una innovación, predecir su comportamiento futuro, evaluar el impacto de diferentes decisiones o variables, y optimizar su rendimiento en el proceso de toma de decisiones al proporcionar entornos controlados para realizar testeos y aprender tanto de los resultados obtenidos como del proceso.
11. Enfoque prospectivo. El denominado «enfoque prospectivo» (o *foresight*) es una disciplina que se está empleando de manera novedosa en la formulación de políticas públicas. Esta metodología permite obtener una visión estructurada sobre los posibles escenarios futuros a medio y largo plazo. De esta forma, se facilita la labor para tomar decisiones y planificar estrategias para lograr objetivos, valorando los diversos cursos de acción posibles. La prospección permite en el ámbito de la gestión pública identificar elementos de relevancia y conocer cómo interactúan entre sí, lo que nos ayuda a comprender mejor el futuro (Vesnic Alujevic, Stoermer, Rudkin, Scapolo y Kimbell, 2019). En conclusión, ante escenarios complejos y cambiantes con un alto grado de incertidumbre, el enfoque prospectivo puede ayudar a mejorar la capacidad de respuesta y de resiliencia de las instituciones públicas.

El trabajo de identificar las metodologías aplicadas a la innovación pública es una labor dinámica que puede variar con el paso del tiempo. Pero resulta relevante conocer estas metodologías para poder implementarlas de manera adecuada en los proyectos de las administraciones públicas. En el siguiente apartado, vamos a ver dos experiencias internacionales de éxito que llevan aplicando este tipo de enfoques de manera destacada.

3. Casos prácticos: Laboratorio de Gobierno de Chile y LABX

A lo largo de este artículo hemos tratado de aproximarnos de manera general a los conceptos de innovación y los laboratorios en el sector público. Pero qué mejor que conocer experiencias concretas de laboratorios de innovación pública para comprender la labor que desarrollan. Para ello, se han seleccionado los casos de Chile y Portugal, que, por cercanía cultural o geográfica, además de por la excelente labor que realizan resultan de interés para mostrar cómo todo el planteamiento más teórico que acabamos de ver puede ser trasladado a la realidad ofreciendo resultados tangibles.

En primer lugar, encontramos la experiencia del Gobierno de Chile. Este caso supone un ejemplo de laboratorio de innovación pública inserto en un gobierno en el nivel nacional. Fue creado por la presidenta Bachelet en 2014 con el objetivo de impulsar la innovación en las instituciones del sector público chileno con una lógica abierta. De partida contó con un presupuesto de unos 3 millones de euros para su puesta en funcionamiento, financiado con recursos procedentes de una asignación presupuestaria directa y del Fondo de Innovación para la Competitividad del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Desde entonces ha conseguido mantenerse en funcionamiento a pesar de los sucesivos cambios de gobierno, un logro alcanzado gracias a la gran labor que vienen realizando. El Laboratorio desarrolla tres funciones estratégicas: 1) conectar y movilizar: crear, fortalecer y organizar un ecosistema de actores capaz de colaborar para impulsar la innovación pública; 2) capacitar: crear, desarrollar y fortalecer capacidades de innovación en los diversos actores del ecosistema con foco principal en los funcionarios públicos y 3) explorar y solucionar: fomentar, promover y apoyar la creación, experimentación e implementación de soluciones a problemas públicos, a partir del poder del ecosistema y sus capacidades de innovación.

El Laboratorio de Gobierno de Chile tiene por objeto no solo realizar proyectos de innovación sino crear redes de colaboración y capacidades para que cada vez más personas e instituciones chilenas puedan lograrla con una lógica *learning by doing*. En palabras de Juan Felipe López, que lo dirigió hasta 2018, su

creación atendía a la finalidad de contar con una plataforma articulada, que le permite a las instituciones del sector público solucionar sus problemas y entrenar funcionarios públicos. Todo a partir de una lógica en la que participen actores, fuera y dentro del Estado. Por todo ello, se trata de una organización dinamizadora de la innovación y del cambio de cultura organizativa.

En cuanto a su enfoque metodológico, emplea metodologías abiertas, creación de redes, el diseño, los concursos de ideas o la cocreación para hacer frente a los retos de innovación. Si bien, en estos momentos el laboratorio depende del Ministerio de Hacienda, su funcionamiento es transversal a la estructura ministerial. En el momento de su creación, contaba con un Consejo Estratégico compuesto por cinco Ministerios (Ministerio de Economía, Secretaría General de la Presidencia, Ministerio de Hacienda, Ministerio de Desarrollo Social y Ministerio del Interior y Seguridad Pública), CORFO y la Dirección Nacional del Servicio Civil. Además del Consejo Estratégico, también contaba con un Grupo Asesor Experto, compuesto por 20 representantes del sector público, privado y de la sociedad civil que aportaban conocimiento experto en las temáticas propias del Laboratorio, fortaleciendo su conexión con el ecosistema de innovación pública. Posteriormente, con el cambio de Gobierno de 2018 se realizó un cambio en su Consejo, que pasó a estar formado por el Ministerio de la Presidencia, la Secretaría de Presidencia (órgano consultor en la relación con el Congreso) y el Ministerio de Hacienda. En esta etapa se puso en marcha un servicio de consultoría ágil para trabajar codo a codo con múltiples funcionarios e instituciones en sus desafíos de innovación y se apostó por la apertura de la Red de Innovadores Públicos, incorporando actores de la sociedad civil. También se desarrolló una nueva iniciativa, la creación de los Embajadores Regionales, a modo de extensiones del laboratorio en el territorio.

Han sido múltiples los proyectos de innovación desarrollados con el impulso del Laboratorio de Gobierno. Entre otros encontramos proyectos para la Red de Protección Social, el Modelo de Atención de Fonasa (Fondo Nacional de Salud), el programa de innovación abierta InnovaFosis (Fondo de Solidaridad e Inversión Social), el canal de atención para mujeres víctimas de violencia WhatsApp Mujer, la generación del primer Reporte al Contribuyente del SII (Servicio de impuestos internos) o el diseño e implementación del sistema masivo de Subsidio al Empleo durante la pandemia.

A partir de 2021 el Laboratorio de Gobierno pasó a depender orgánicamente del Ministerio de Hacienda. Además, participa en el Comité Ejecutivo de Modernización del Estado, para incidir en las reformas y transformaciones relevantes en Chile. En esta nueva etapa, tiene como objetivo transformarse en un *Head of Design* dentro del Gobierno, orientando la gestión pública hacia la cultura de la innovación desde la mirada del usuario.

En segundo lugar, se presenta el caso del LabX del Gobierno de Portugal. El LabX es un espacio para la innovación surgido en 2017 que se inserta en la Agencia para la Modernización Administrativa. Se trata de un proyecto experimental que busca fomentar la innovación en el sector público para mejorar la vida de los ciudadanos y las empresas en su relación con la Administración Pública. Su objetivo es desarrollar servicios públicos eficientes y centrados en los usuarios a través del enfoque de diseño. Forma parte de la Red Iberoamericana de Laboratorios de Innovación Pública (InnoLabs), cofinanciada por el programa CYTED y coordinada por la Fundación NovaGob. En 2021 fue designado como Centro para la Innovación en el Sector Público y se le asignó la tarea de apoyar a las instituciones públicas en su transición hacia una «sociedad digital, de creatividad e innovación», que es el cuarto desafío estratégico del Programa del XXII Gobierno Constitucional de Portugal (2019-2023).

En términos de metodología, además de la creación de redes de expertos e instituciones, se enfoca principalmente a través del diseño de servicios: investigación, concepción de soluciones, desarrollo de prototipos y experimentación antes de implementar nuevas ideas. Este enfoque de diseño se centra en las necesidades de los usuarios y su aporte ayuda a desarrollar nuevos prototipos de servicios públicos mediante un proceso ágil e iterativo en un entorno controlado.

En cuanto a los servicios que ofrece, LabX se dedica a la investigación para comprender los perfiles y necesidades de los usuarios mediante el mapeo de su viaje y los procesos administrativos. Esto ayuda a identificar desafíos y prioridades de intervención.

Además, desarrolla varios programas de interés, como el Programa Transformar, que ofrece servicios y proyectos detallados, presupuestados y programados para apoyar a las instituciones públicas en procesos de transformación en áreas como innovación, simplificación y participación. También se encarga de crear y dinamizar redes relacionadas con la innovación en el sector público, coordinando actualmente la Red de Laboratorios de Experimentación, la Red de Innovadores Públicos y la Red Nacional de Administración Abierta. Otros programas incluyen las Lojas de Cidadão, que son espacios donde los ciudadanos pueden interactuar con representantes de entidades públicas y privadas; el Espaço Óbito, una iniciativa que integra servicios relacionados con asuntos legales y financieros después del fallecimiento de una persona; el Roteiro da Despesa, un proyecto que busca simplificar y mejorar el control del gasto público en la compra de bienes y servicios; o el Balcão Único do Emprego, que concentra en un solo espacio físico y una plataforma digital las interacciones relacionadas con el empleo entre las Administraciones Públicas, las personas desempleadas y los empleadores potenciales.

4. Ideas finales

En este artículo hemos presentado algunas ideas acerca de la innovación pública. En primer lugar, hemos hablado de la relevancia que han tenido las administraciones públicas en algunas de las innovaciones más importantes de nuestro tiempo y también se ha mostrado el compromiso por la innovación pública por parte de las grandes organizaciones supranacionales en el ámbito iberoamericano. En segundo lugar, hemos tratado de definir el concepto de innovación pública, en el que se otorga especial relevancia a la aplicabilidad de las ideas innovadoras generadas y a la creación de valor público. En tercer lugar, hemos repasado los cuatro elementos principales que actúan como facilitadores de la innovación en las administraciones públicas. En cuarto lugar, hemos revisado las principales metodologías que se vienen aplicando para desarrollar los proyectos de innovación pública. Finalmente, hemos conocido dos experiencias de éxito de laboratorios de innovación pública en los niveles nacionales, los casos de Portugal y de Chile. Todo ello, ha ido dirigido a mostrar el interés que la innovación pública está adquiriendo a nivel nacional e internacional.

En conclusión, para resolver los desafíos públicos debemos crear nuevas ideas que mejoren lo que previamente teníamos. Esta premisa es en la que se sustenta el enfoque de intervención de la innovación pública. Un enfoque que, como hemos visto, no aspira a elaborar grandes constructos teóricos, sino que se enfoca a resolver lo concreto. Por ello, se debe acotar muy bien el desafío público y a partir de ahí diseñar un proceso riguroso para desarrollar soluciones viables y testadas. En el caso español, estamos ante una oportunidad que no debemos desaprovechar, una oportunidad para impulsar espacios que contribuyan a cambiar la cultura administrativa e innovar en las administraciones públicas. ¿Estaremos a la altura?

Bibliografía

Herrera Díaz-Aguado, Luis (2023). «Por qué y para qué un laboratorio de innovación pública en el INAP», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 32.

Mazzucato, Mariana (2014). *El Estado Emprendedor*. Barcelona, RBA.

Moore, Mark H. (1998). *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público.* Barcelona, Paidós.

Opsi (2017). *Core skills for public sector innovation*. OECD.

Rodríguez, Exequiel (2018). *Laboratorios de gobierno para la innovación pública: un estudio comparado de las experiencias americanas y europeas*. Red Innolabs, Programa CYTED.

Vesnic-Alujevic, Lucia; Stoermer, Eckhard; Rudkin, Jennifer-Ellen; Scapolo, Fabiana; Kimbell, Lucy (2019). *The Future of Government 2030+: A Citizen-Centric Perspective on New Government Models*. Luxembourg, Publications Office of the European Union.

«NUDGE» EN LA COMPRA PÚBLICA: MÁS SOMBRAS QUE LUCES

Daniel Terrón Santos
Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca

1. Introducción

Todo sistema de contratación se caracteriza necesariamente por tener que ser más eficiente, transparente e íntegro que el anterior, en aras de mejorar el cumplimiento de los objetivos públicos. Al tiempo, se observa una transformación de los propios objetivos públicos que, consecuentemente, se traslada a los medios para alcanzarlos, o al menos a la forma de utilizarlos, necesariamente distinta de la tradicional.

El último proceso de modernización y revisión de las normas sobre contratación pública arranca en 2014 con las tres Directivas en esta materia (Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública[1], Directiva 2014/25/UE, sobre contratación en los sectores del agua, los transportes y los servicios postales, y Directiva 2014/23/UE, sobre los contratos de concesión). Con la finalidad de incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, así como permitir que los Poderes Públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes, incluyendo una integración adecuada de requisitos medioambientales. Ciertamente el grupo de Directivas de 2004 ya apuntaba hacia un logro de objetivos mediatos a través de la compra pública, pero sin entrar en fijar objetivos claros como si ocurre con las de 2014.

[1] Destaca el carácter estratégico en la contratación pública como medio de consecución de políticas sociales y ambientales, siguiendo el principio de horizontalidad o transversalidad en la protección del medio ambiente. Justamente aquí es donde se aprecia la presencia directa del denominado «nudge», procurando así que la Administración utilice todas las herramientas que posee, entre las que se incluye la contratación pública, para perseguir el buen gobierno y alcanzar una serie de resultados entre los que se incluye la protección del medio ambiente.

Con la transposición de dichas directivas al ordenamiento jurídico español, mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCPS en adelante), se persigue que el control del cumplimiento de las premisas apuntadas por la UE deban realizarse tanto cuando se apliquen los principios generales relativos a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, como en la ejecución de estos o al aplicar los criterios de exclusión o las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas, entre otras novedades.

Con ello, se pretende conseguir una mayor transparencia en la contratación pública, pero sobre todo una mejor relación calidad–precio, obligando a los órganos de contratación a diseñar criterios de adjudicación que incluyan aspectos cualitativos medioambientales, sociales e innovadores, siempre vinculados al objeto del contrato.

Se introduce así, el concepto de *nudge* incorporado a la Administración como aquella estrategia de intervención pública empleada para fomentar la adopción de decisiones que procuren objetivos indirectos o mediatos en los procesos de compra pública. Se trata de orientar inercialmente las decisiones en la línea considerada correcta por el poder público, sin recurrir a la coacción ni a los incentivos económicos[2]. Puede aplicarse de diversas formas y en diversos momentos de las fases del procedimiento de contratación: incluyendo determinados criterios en los pliegos de licitación, en la selección del contratista, durante la ejecución de contrato…

Podría incluso confundirse con la actividad de fomento por parte de la Administración, si no fuera porque el *nudge* incluye un claro componente económico: el criterio para adjudicar un contrato se aleja de la oferta más económicamente ventajosa, así debería ser, priorizando diversos criterios entre los que, si bien sigue encontrándose el precio, no debería ser el factor determinante.

Dado que las normas ni pueden, ni deben desaparecer, no cabe ningún reproche si afirmamos que el nudge se convierte en el complemento ideal de las mismas. Bien entendido, previene gastos injustificados, procura una contratación y un manejo de las partidas de gastos en base a prácticas deseables y traspa-

[2] Como es bien sabido, la teoría nudge saltó a la fama mundial en 2008 con el lanzamiento del libro *Nudge: Improving decisions about Healt, Wealth and Happiness*, de Richard Thaler y Cass Sunstein (edición española de 2017 en Taurus con el título *Un pequeño empujón (nudge): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad*). Pero lo más importante, sin duda alguna, ha sido el seguimiento y aplicabilidad de la teoría, desde un primer momento, inicialmente en Estados Unidos y Reino Unido, sobre todo dentro del sector privado y luego adaptado a la sanidad pública y campos afines, pero se ha terminado por imponer, cierto es que mayoritariamente en el ámbito político, para procurar la consecución de objetivos de política interna. Este concepto, teoría, se basa en que el refuerzo positivo y las sugerencias indirectas son medios eficaces para terminar logrando, sin acudir a la imposición del cumplimiento forzoso, influir en las motivaciones, incentivos y toma de decisiones de grupos e individuos por igual. Se abandona la idea de que la forma más eficaz de lograr un comportamiento es la orden directa, la legislación, o la propia ejecución de la decisión previamente adoptada sin influencia externa alguna.

rentes, pero sin olvidar que dada la economía de escala en la que se nueve la Administración, casi siempre debería pagar menos que lo que pagaría un particular por el mismo producto.

Como planteábamos, es difícil no entender que el nudge, debido a su componente económico, puede llegar a confundirse, al menos hay riesgo de que así sea, con la tradicional actividad de fomento. Pagar más por el «mismo producto», puede verse sin duda alguna como un mecanismo de ayuda económica, aun indirecta, dada la contraprestación de bienes y servicios existente (De la Cuétara Martínez, 1979: 32).

No obstante, el componente económico del nudge hay que verlo y entenderlo desde la perspectiva de la eficacia y la eficiencia, ya que cuando hablamos de Administración y gasto público, no puede ser de otra manera. Pudiera parecer complicado defender que la Administración pague más por lo mismo. De entrada, nos encontraríamos con la oposición frontal, no sólo de la opinión pública, si no muy probablemente de los órganos interventores del gasto público. Pero ambos conceptos, eficacia y eficiencia, también han sufrido considerables mutaciones en los últimos tiempos, no tanto en su conceptualización como en la aplicación efectiva de éstos a la realidad económica y social actual por extensión con una manifestación económica cierta, que apunta hacia una mejor interpretación de la eficacia y eficiencia como medios para lograr el interés público.

No debemos perder de vista que las cláusulas sociales y ambientales se ha terminado por convertir en un parámetro transversal de eficiencia, que cada área social debe cumplir para lograr satisfacer sus objetivos, por lo que debe concebirse de tal forma sus principios de protección y recomposición como el camino adecuado para poder hacer de las metas un hecho satisfactorio (Lucero Pantoja, 2018). Tradicionalmente, el derecho y la economía han sido las áreas más conscientes de esta realidad, transformándose continuamente para lograr satisfacer la armonía social en un sistema de intercambio mundial y condiciones de escases de recursos.

Aunque no siempre fue así, hoy todas las construcciones del modelo económico y jurídico evitan entrar en contradicción frente a los planteamientos socio-ambientales, para así profundizar en el objetivo concreto que se persigue tras las estructuras en formación del derecho desde ambas perspectivas. Tanto es así que la sensibilidad hacia lo social y lo ambiental impregna prácticamente toda Ley, aunque quizás la herramienta más destacable para su protección, claramente dirigida hacia la sostenibilidad, sea la inclusión de criterios que vienen a sustituir a los que atendían a otros principios.

Esta transformación no es precisamente nueva. Los primeros sesgos de cambio los encontrábamos en la legislación sobre contratación aparecida tras la CE, máxime tras la incorporación de España a la Unión Europea. La ímproba labor de la Comisión Interministerial para la Incorporación de Criterios Ambientales

en la Contratación Pública, terminaría dando sus frutos, sobre todo a raíz de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

El siguiente salto cuantitativo, pero sobre todo cualitativo, lo da el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Este texto, según contiene su propio art. 1, entre otros fines, perseguía, asegurar una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa[3].

Por tanto, pagar más por lo mismo, no puede considerarse como una ayuda encubierta o indirecta, en el mejor de los casos, sino que se trata de una mera consecuencia del *nudge*, en tanto que lo que ocurre es que el cumplimiento de los fines que la Administración persigue (distinto del mero objeto del contrato) por parte de los particulares va a encarecer el coste de un producto, sobrecoste que se va a trasladar al precio del mismo. Nada nuevo aportamos al decir que los productos socio-ambientalmente sostenibles son más caros de producir que aquellos que no lo son. Pero a la vez, dado que los particulares adecúan su comportamiento a lo que la Administración previamente ha determinado como objetivos deseables, implica que ésta tenga que destinar menos recursos públicos directos al mismo fin. Por ello, habrá que elaborar un análisis que comprenda el sobrecoste de la nueva contratación y lo ponga en relación con el previsible ahorro inversor de la Administración en aquellos campos donde el nudge ha conseguido que los sujetos se adecuen «voluntariamente» a estándares o parámetros públicamente deseables. Sólo de esta manera podremos hablar realmente de eficiencia en el nudge.

Obviamente hay un riesgo que a simple vista a nadie se le debe escapar. Los números son empíricos y, cuando el sobrecoste sea mayor que el ahorro de inversión, cuestión aparte es lo complicado de determinar estos extremos y por tanto poder llevar a cabo la operación, será más que cuestionable poder hablar de eficiencia, debiendo basar el comportamiento público en otros principios.

[3] Todo ello directamente relacionado con la calidad del medio ambiente y, sobre todo, con el uso de los denominados recursos naturales. En definitiva, se procura dar una definición al producto, obra o servicio que el adjudicador quiere/necesita adquirir desde una perspectiva ambiental. Definición que estará caracterizada por la ausencia de influencias, siendo su único límite el respeto a los principios y normas, tanto comunitarias como nacionales, sobre la materia. En todo caso habrá que respetar la normativa sobre libre competencia y transparencia en los procedimientos de contratación; pero haciéndolo desde una perspectiva ambiental, de tal forma que quede vinculado el objeto del contrato con los criterios ambientales, utilizando conceptos y justificaciones relacionadas con el desarrollo sostenible y el medio ambiente. También sienta las bases de las prohibiciones de contratar relacionadas con el medioambiente, siendo pionera en incorporar cuestiones ambientales en relación con la capacidad y solvencia de los empresarios.

2. El *nudge* en la contratación pública. La transversalidad en la LCSP

La integración de los aspectos estratégicos, ambientales y sociales, principalmente, se llevará a cabo en todas las etapas de la contratación pública de forma transversal, siempre y cuando estén relacionados con el objeto del contrato. Esta inclusión tiene como objetivo mejorar la relación calidad-precio en los servicios contratados y promover una mayor eficiencia en el uso de los recursos públicos. el recurso a la transversalidad, uno de los conceptos más mencionados, pero menos comprendidos y abordados en los procesos de gestión social y ambiental, es lo que caracteriza el nuevo texto de contratación pública. A nuestro juicio, nudge y transversalidad son dos conceptos que indefectiblemente han de ir de la mano. De poco sirve al legislador utilizar la contratación pública para logar ciertos fines mediatos de carácter ambiental, si ello no supone afectarla transversalmente en todos, o en la mayor parte, de sus aspectos, desde idéntica perspectiva.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que el objeto del contrato y los criterios, aún sesgados por la transversalidad, no deben contravenir los principios de igualdad y no discriminación que fundamentan la contratación pública. El principio de igualdad tiene como objetivo fomentar una competencia real y efectiva, lo que implica que todos los licitadores tengan las mismas oportunidades al presentar sus ofertas y que estas se sometan a las mismas condiciones para todos los participantes. Por lo tanto, es fundamental utilizar la incorporación de criterios en el objeto del contrato de manera positiva, evitando que se conviertan en obstáculos para la igualdad y la libre competencia. El objetivo es promover prácticas deseables sin comprometer la igualdad de oportunidades y la justa competencia entre los licitadores.

Es el propio art. 1 LCSP el que se encarga de establecer esta premisa[4]. La finalidad del principio de igualdad es favorecer el desarrollo de una competencia real y efectiva, por lo que impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular sus ofertas y que estas se sometan a las mismas condiciones para todos los licitadores[5]; de ahí la necesidad de utilizar la incor-

[4] Literalmente el art. 1.3 dispone que «en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos». Tampoco podemos olvidarnos del art. 132 LCSP, en la parte dedicada a la adjudicación de los contratos (teniendo en cuenta que el art. 18 de la Directiva 2014/24/UE establece los principios aplicables a toda la contratación, como afirma la STJUE de 16 de septiembre de 2013, T-2/07, España/Comisión).

[5] Así pueden verse las Sentencias del TJUE de 12 de marzo de 2015, C-538/13, y de 14 de diciembre de 2016, C-171/15, entre otras muchas.

poración de criterios sociales y ambientales en el objeto del contrato de forma positiva, nunca como obstáculos para la igualdad y la libre competencia[6].

La cuestión *nudge* también incide de manera importante en la capacidad del ofertante, al incluirse en el contenido de los requisitos que ha de cumplir para poder ser contratista. La LCSP establece una serie de prohibiciones de contratar a las personas en quienes concurran determinadas circunstancias. Igualmente impide contratar haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el art. 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios [art. 72.c)].

Por otra parte, para poder contratar se exige a los empresarios acreditar solvencia técnica o profesional, para lo cual varían los medios disponibles, en función del contrato concreto. Por ejemplo, en los contratos de obras y servicios (por extensión en los de las respectivas concesiones) se incluyen las medidas de gestión medioambiental a aplicar; en los contratos de suministro, se solicitan certificados expedidos por organismos de control de calidad, certificados de organismos acreditados para certificar el cumplimiento de las normas de gestión medioambiental, necesariamente referidos al Sistema Comunitario de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS[7]) de la Unión Europea, o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos por esta u otras normas de gestión medioambiental basadas en normativa europea o internacional (art. 94 LCSP).

---

[6] Tanto es así que el propio texto del art. 18 de la Directiva 2014/24/UE, estipula que los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X. Es decir, el medioambiente no sólo sirve claramente como criterio de selección, entendiendo que quienes no cumplen las obligaciones ambientales vulneran pues las propias condiciones de igualdad entre licitadores, sino que afecta igualmente a la transparencia, en tanto que la contratación, en sus documentos (pliegos), tiene que contemplar expresamente el cumplimiento de la obligación ambiental para todos los licitadores.

[7] El registro EMAS es una herramienta de carácter voluntario, diseñada por la Comisión Europea para la inscripción y reconocimiento público de aquellas empresas y organizaciones que tienen implantado un sistema de gestión ambiental que les permite evaluar, gestionar y mejorar sus impactos ambientales, asegurando así un comportamiento excelente en este ámbito.

Este reconocimiento acredita que tienen una política ambiental definida, hacen uso de un sistema de gestión medioambiental y dan cuenta periódicamente del funcionamiento de dicho sistema a través de una declaración medioambiental verificada por organismos independientes.

Perspectiva nudge en el objeto del contrato. La regulación del objeto del contrato, uno de los elementos esenciales de éste, permite al contratista conocer con exactitud lo que debe ejecutar, al tiempo que tal determinación permite distinguirlo y establecer su régimen jurídico. Tanto es así, que se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrarlo a una solución única. Esta flexibilidad se aplicará especialmente a contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten. Precisamente es aquí donde se positiviza de forma expresa el *nudge* en la contratación pública (siempre teniendo en cuenta obligación de impedir que estos criterios tecnológicos, sociales o ambientales atenten contra los principios de igualdad y no discriminación) (Martínez Pallarés, 2004: 161-171).

Como consecuencia, la LCSP (art. 99.1) establece que el objeto de los contratos del sector público, igual que en los privados, será determinado, pues las partes han de saber a qué se obligan. Por analogía, el Código Civil (arts. 1261 y 1271 a 1273) obliga a que el objeto de los contratos sea cierto, posible, lícito y determinado; exigencias que, por derivar del Ordenamiento en su conjunto, pueden aplicarse a los contratos públicos, pese a no mencionarse expresamente en la LCSP.

Pero la novedad más destacable introducida por la LCSP en cuanto al objeto del contrato ha sido que se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrarlo a una solución única. Especialmente, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones sociales, tecnológicas o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten. Precisamente es aquí donde se positiviza de forma expresa el nudge en la contratación pública.

Al margen de las prohibiciones o restricciones en la contratación vinculadas a cumplimiento de condiciones ambientales o a la ausencia de incumplimientos, la posibilidad por la que el Sector Público pueda actuar a favor de actuaciones sostenibles, de una manera transversal u horizontal, pero de forma directa, qué duda cabe, confiere carácter estratégico (nudge) a la contratación pública, de acuerdo con las directrices de la Unión Europea

3. Selección del contratista

Lógicamente la perspectiva *nudge* también está presente en la selección del contratista y en el procedimiento de adjudicación del contrato. En ambos ámbitos, es primordial que las Administraciones se sometan a ciertas reglas para respe-

tar los ya citados principios de igualdad y no discriminación. Además, criterios de eficacia y eficiencia económica en el uso de fondos públicos se traducen en la necesidad de que la Administración o ente contratante defina cuáles van a ser las necesidades públicas que satisfaga el contrato.

En cuanto a la selección del adjudicatario, la LCSP establece que se realizará utilizando una pluralidad de criterios en base a la mejor relación calidad-precio (y no únicamente la oferta económicamente más ventajosa, con el precio como criterio único). Sigue teniéndose en cuenta el coste, pero ligado al ciclo de vida del producto, obra o servicio.

La mejor relación calidad-precio se ha de evaluar con arreglo a criterios económicos y cualitativos, y estos últimos podrán incluir aspectos medioambientales, de innovación tecnológica o sociales, vinculados al objeto del contrato, que podrán ser: la calidad, incluido el valor técnico, y las características medioambientales[8] e innovadoras. Estos criterios cualitativos deben acompañarse de un criterio relacionado con los costes, que, según el órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida. La importancia de los criterios anteriores, la enfatiza aún más la LCSP al exigir a los órganos de contratación que velen por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.

De hecho, las Entidades del sector público valorarán, entre otras, la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública, en los términos previstos en la propia Ley (vid. art. 28.2). Ya puso de manifiesto Vara Arribas (2008: 128) que «es posible una contratación pública sostenible que combine adecuadamente criterios económicos con criterios sociales y ambientales», siendo reafirmada la idea posteriormente por Pernas García (2012).

También incide de manera importante en la capacidad del ofertante, al incluirse la cuestión ambiental tanto como la social en el contenido de los requisitos que ha de cumplir para poder ser contratista[9]. En relación con la capacidad

[8] Características ambientales que pueden referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero, al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato, y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato

[9] En todo caso se deben cumplir los requisitos que se explicitan en el art. 65 LCSP, entre los que se incluyen que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional (o, en los casos en que así lo exija la Ley, se encuentren debidamente clasificadas).

para contratar, la LCSP establece una serie de prohibiciones de contratar que impiden hacerlo a las personas en quienes concurran determinadas circunstancias, entre las que se incluyen: haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos relativos a la **ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente** delitos contra los **derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales** (prohibición que alcanza a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada), y haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad y muy grave en **materia medioambiental** de conformidad con lo establecido en la normativa vigente [art. 71.1, letras a y b)].

Igualmente impide contratar haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el art. 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios [art. 71.2.c)]. Este precepto establece que los órganos de contratación puedan determinar condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos[10].

En cuanto a los efectos de las anteriores, el art. 72 señala que la prohibición de contratar por las causas previstas en el art. 71.1, a y b, se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas; en el caso de que la sentencia o la resolución administrativa no contengan pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar y en los supuestos del art. 71.2 el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante un procedimiento administrativo instruido al efecto (regulado en el mismo precep-

[10] Será obligatorio establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre, en especial, las relativas a consideraciones relacionadas con la innovación o de tipo medioambiental, entre otras. Las prohibiciones de contratar afectan también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas.

to). En los casos en que por sentencia penal firme así se prevea, la duración de la prohibición de contratar será la prevista en la misma, si no se ha establecido plazo, esa duración no podrá exceder de cinco años desde la fecha de la condena por sentencia firme; en el resto de los supuestos, el plazo de duración no podrá exceder de tres años[11].

Sobre las prohibiciones de contratar y sus efectos, hay de distinguir entre aquellas cuya declaración corresponda al Ministro de Hacienda y Función Pública (art. 73 LCSP), que producirá efectos en todo el sector público (desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución), y las del art. 71.2 (cuyos efectos se producen desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente), en las que la prohibición de contratar afectará al ámbito del órgano de contratación competente para su declaración (aunque pueden extenderse a todo el sector público correspondiente, según los casos). Prohibiciones de contratar que se comunicarán sin dilación para su inscripción al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o el equivalente en el ámbito de las comunidades autónomas; y su inscripción caducará a los 3 meses desde que termine su duración, debiendo procederse de oficio a su cancelación en dicho Registro.

Corresponderá la carga de la prueba de no estar incurso en prohibición de contratar al empresario, pudiendo realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos (art. 85 LCSP). De hecho, entre la documentación que los empresarios interesados en la licitación han de acreditar —mediante declaración responsable— se incluye la de no estar incurso en ninguna prohibición de contratar (art. 140 LCSP).

Por otra parte, para poder contratar se exige a los empresarios acreditar solvencia técnica o profesional o, si así se prevé, estar clasificados (ex art. 65 LCSP). Los medios para acreditar la solvencia del empresario varían en función del contrato concreto, haciendo referencia al medio ambiente algunos de los previstos. Así, en los contratos de obras y de servicios, se incluye la indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato [art. 881.d) y art. 90.1.f)]; en el supuesto de contratos de suministro se admiten los certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida (art. 89.1.f), en los restantes contratos, se aplica la referencia a las medidas de gestión medioambiental que se podrán aplicar al ejecutar el contrato (art. 91). Los contratos de regulación armonizada (art. 19), exigirán certificados de organismos acreditados para certificar el cumplimiento de las normas de gestión medioambiental, necesariamente referidos al Sistema Comunitario de Gestión y Auditoría Medioambientales

[11] En todo caso, habrá que estar a lo dispuesto en el propio art. 72 en cuanto se refiere a plazos (art. 72.6), competencia para declarar la prohibición (art. 72.4) y excepciones (art. 72.5).

(EMAS) de la Unión Europea[12], o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos por esta u otras normas de gestión medioambiental basadas en normativa europea o internacional (art. 94 LCSP)[13].

Sin que exactamente consistan en una prohibición, lo cierto es que las cláusulas sociales como criterios de adjudicación art. 145 (criterios cualitativos), hasta tal punto que se terminan por convertir en una prohibición «de facto». Cuando se estipula que las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; no se está sino revindicando tal carácter.

Esto hay que ponerlo en relación con el art. 146 LCSP, que, si bien de forma expresa no recoge ninguna cláusula en tal sentido —social y laboral—, no deja de ser la norma que determina la aplicación de los criterios de adjudicación. Precisamente en ese sentido, tanto cuando solo se utilice un criterio de adjudicación —este deberá estar relacionado con los costes—, como cuando se utilicen una pluralidad de ellos, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en

[12] El Registro EMAS es una herramienta de carácter voluntario, diseñada por la Comisión Europea para la inscripción y reconocimiento público de aquellas empresas y organizaciones que tienen implantado un sistema de gestión ambiental que les permite evaluar, gestionar y mejorar sus impactos ambientales, asegurando así un comportamiento excelente en este ámbito. Este reconocimiento, ya sean compañías industriales, PYMES, organizaciones del sector servicios, administraciones públicas, etc., acredita que tienen una política ambiental definida, hacen uso de un sistema de gestión medioambiental y dan cuenta periódicamente del funcionamiento de dicho sistema a través de una declaración medioambiental verificada por organismos independientes. Con el logotipo EMAS se garantiza la fiabilidad de la información dada por dicha empresa.

[13] En estos supuestos, la acreditación de la gestión ambiental reconocida se acredita mediante el correspondiente certificado, no siendo necesario realizar ningún otro trámite adicional. Resumiendo, la obtención o distinción con un determinado logotipo terminará por servir de acreditación al respecto.

los pliegos. Evidentemente, el cumplimiento de las retribuciones cumpliendo convenio, las cuotas de personas con discapacidad contratadas, los planes de igualdad, número de mujeres, etc., son todas cuestiones cuantitativas, por tanto, con ese carácter preponderante al que hace referencia el legislador.

Es más, analizando el texto del propio art. 147, aunque referido a los criterios de desempate, apreciamos como los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación específicos y favorecedores para las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombre, entre otras particularidades.

Adicionalmente a lo expuesto, las ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas, también son objeto de esta tendencia dado que la LCSP (art. 149) no permite la exclusión automática de estas proposiciones, pero si habilita a los órganos de contratación para excluirlas del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento administrativo previsto, por el cual la mesa o el órgano de contratación pueden requerir al licitador la información pertinente sobre el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en cuya virtud se haya definido la anormalidad de la oferta. Concretamente, podrán pedirles justificación sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma, en particular, en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción; la innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras, o, entre otros, el respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental. En relación con éstas, la Ley es tajante, al prever (art. 201) que, en todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque, entre otras cuestiones, no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral nacional o internacional.

4. Los pliegos del contrato como eje del *nudge*

El principio de legalidad impera en la contratación pública, lo que no es óbice para que las Administraciones se beneficien del principio de libertad de pactos (art. 34 LCSP). Así visto, respetando el límite que supone el primero de los principios enunciados, los poderes públicos tienen cierta libertad para incluir

condiciones en los contratos. El documento clave en este sentido son los pliegos de cláusulas, cuya finalidad es la de poner a salvo a las Administraciones y demás entes de sorpresas e incertidumbres que podrían derivar de la asunción de la libertad del ámbito privado. La discrecionalidad en este contexto implica simplemente la capacidad de elegir entre las herramientas legales disponibles para alcanzar el objetivo de satisfacer el interés público, con toda la amplitud que este término exige en su interpretación, pero sin considerar otros fines ajenos a este objetivo.

a) Pliegos de cláusulas administrativas

Existiendo pliegos de cláusulas administrativas generales y los de las particulares, ambos con carácter jurídico, administrativo y económico, que determinan los derechos y obligaciones del contrato, son los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) los que verdaderamente conforman el documento básico del contrato, en el que se establecen los pactos y condiciones que definen los derechos y obligaciones que asumirán las partes de este, y el contenido al que ha de ajustarse el contrato. Tienen carácter necesario y naturaleza contractual, resultando obligatorio su cumplimiento para las partes. En su contenido deben incluirse, entre otras, las consideraciones tecnológicas, sociales, laborales o ambientales que se establezcan como condiciones especiales de ejecución, criterios de solvencia o de adjudicación.

Por otra parte, podrán establecer penalidades para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma, en especial cuando se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, así como por incumplimiento de las obligaciones exigibles en la ejecución de los contratos (previstas en el art. 211 LCSP).

La importancia de los criterios anteriores, la enfatiza aún más la LCSP al exigir a los órganos de contratación que velen por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura (previéndose, además, que, en los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 % de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas).

Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los PCAP o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el

anuncio que sirva de convocatoria de la licitación; debiendo cumplir varios requisitos: que en todo caso estarán vinculados al objeto del contrato[14]; deberán formularse de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada, y deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación (aclarando que, en caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores).

b) Pliegos de prescripciones técnicas

En cuanto se refiere a los pliegos de prescripciones técnicas (PPT), pueden ser generales (contienen instrucciones de orden técnico con arreglo a las cuales ha de ejecutarse la prestación objeto del contrato) y particulares (pliegos y docu-

[14] La vinculación de un criterio de adjudicación al objeto del contrato se entiende que existe cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas, o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material (Resolución 136/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de 10 de mayo de 2018).

Junto a la vinculación de los criterios al objeto del contrato, una jurisprudencia reiterada exige que los mismos sean adecuados y pertinentes, precisamente en atención a las características concretas de cada contrato, y que no tengan efectos discriminatorios respectos a unos empresarios frente a otros.

El cálculo de coste del ciclo de vida incluirá, según los casos, la totalidad o una parte de los costes en que se hubiere incurrido a lo largo del ciclo de vida de un producto, un servicio o una obra; en concreto, los costes sufragados por el órgano de contratación o por otros usuarios (tales como los costes relativos a la adquisición, los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos, los costes de mantenimiento, y los costes de final de vida, como los costes de recogida y reciclado), los costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse: Instrucción 27/2018, de 18 de mayo, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se establecen directrices en materia de contratación en el ámbito del Ministerio de Defensa, publicada en *BOD* nº 102 de 25 de mayo de 2018 (siendo posible incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático); método que deberá estar basado en criterios verificables objetivamente y no discriminatorios, ser accesible para todas las partes interesadas, y que la información necesaria debe poder ser facilitada con un esfuerzo razonable por parte de las empresas.

mentos que contienen las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definen sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales), de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la Ley (art. 124). En ambos se han de tener en cuenta los aspectos ambientales, materializándose a través de esta figura la aplicación del *nudge* a la contratación pública.

Las prescripciones técnicas se definen, en función de los contratos concretos, en el art. 125 LCSP. Así, en el contrato de obras, además de las características requeridas de un material, producto o suministro, que permitan caracterizarlos de manera que respondan a la utilización a que se destine, se incluyen, entre otros, los procedimientos de aseguramiento de la calidad, el impacto social, laboral, ambiental y climático de dichos materiales, productos o actividades que se desarrollen durante la elaboración o utilización de los mismos. En el contrato de suministros o de servicios, aquella especificación en la que se definan las características exigidas de un producto o de un servicio, como, puedan ser los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la utilización del producto, su seguridad, o sus dimensiones, entre otras.

Además, se prevé que, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4 del Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

5. Ejecución y adjudicación del contrato siguiendo criterios *nudge*

Con toda la información analizada, la mesa o el órgano de contratación competente, evaluará cuanta información y documentación proporcione el licitador en plazo y elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación, pero, en ningún caso, se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta esté debidamente motivada. Realizada la clasificación conforme a los criterios de adjudicación señalados en el pliego, podrán solicitarse informes técnicos, excepto que el precio sea el único criterio a considerar, dado que se entenderá mejor oferta la que incorpore el precio más bajo.

Aceptada la propuesta por el órgano de contratación, presentada por el licitador la documentación justificativa pertinente, se adjudicará el contrato, mediante resolución motivada, notificada a los candidatos y licitadores y publicada

en el perfil de contratante, procediendo a la formalización de este. Por lo demás, los documentos en los que se formalicen los contratos del sector público, salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, deberán incluir necesariamente la definición del objeto y tipo del contrato, teniendo en cuenta en la del objeto las consideraciones ambientales y de innovación, entre otras.

Ninguna duda cabe sobre que las cuestiones sociales, laborales y ambientales son esenciales como criterios para adjudicar el contrato a un licitador concreto. Pero también cobran una gran importancia en la ejecución del contrato, precisamente porque su incidencia, en este momento, puede llegar a ser considerable, y una vez más la protección de intereses sociales, laborales o medioambientales se hace visible como una cuestión transversal u horizontal, de acuerdo con lo previsto en Derecho europeo. En efecto, el art. 201 LCSP obliga a los órganos de contratación a tomar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia social, laboral y medioambiental, establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, o por las disposiciones de derecho internacional que vinculen al Estado.

También pueden adoptar medidas dirigidas comprobar que los candidatos y licitadores cumplen estas mismas obligaciones durante el procedimiento de licitación, resultando del incumplimiento de estas obligaciones la imposición de penalidades. Además, la LCSP, ex art. 202, establece que los órganos de contratación puedan establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato (se exigirán a los subcontratistas que participen en la misma), siempre que, vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos. Condiciones que podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social; siendo obligatorio, en todo caso, que el PCAP incluya al menos una de estas condiciones de entre las previstas.

En particular, la Ley permite establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, una gestión más sostenible del agua, el fomento del uso de las energías renovables, la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables, o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica. De igual modo podrá hacerse lo propio con las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, atendiendo en particular a las personas con discapacidad en relación con su acceso al empleo; a la incorporación y condiciones de desempeño en igualdad de condiciones de las mujeres al mercado laboral; cumplimiento de los convenios colectivos; etc.

El incumplimiento total o parcial de estas condiciones puede dar lugar a la aplicación de las penalidades establecidas, e incluso, en la forma prevista, la resolución del contrato o ser considerado como infracción grave.

6. Llevar a la práctica todo lo anterior

La teoría expresa todo lo expuesto, dejando claro que el qué y el cómo están íntegramente desarrollados en los textos legales; pero no es menos cierto que desde la vigencia de la Ley, ya van más de 5 años, realmente no se ha apreciado una verdadera aplicación de estas consideraciones nudge en la compra pública. Efectivamente hay un ser y un deber ser. El tiempo transcurrido, los cambios introducidos en el texto legal de la LCSP, otras medidas de colaboración público-privada como los PERTE, etc., han demostrado que realmente estamos en un momento donde priman más las declaraciones de intención que ante una verdadera realidad. Ni la transversalidad es tal, ni el elefante empuja...

La implementación de estas medidas se ha convertido en el verdadero obstáculo que permite decir alto y claro que se ha quedado en agua de borrajas esa transversalidad de la norma, sin alcanzar esos objetivos mediatos, más allá de actuaciones puntuales. Analicemos los porqués.

Las particularidades de la Administración española con multitud de entes locales con capacidades limitadas, para incluso poder desarrollar una contratación al uso, avocadas al abuso del contrato menor para cubrir sus necesidades, no era de partida una situación halagüeña. Nadie pensó en ellas al redactar el texto legal, ni prever sus particularidades ni las fórmulas para acatar necesidades básicas en núcleos donde la despoblación hace mella y es un problema al que las administraciones, en el mejor de los casos, están destinando recursos económicos, sin atender a la vía de la compra pública como mecanismo adicional de solución para asentar población, apoyar a la Pyme local, etc.

Por otra parte, la ausencia de una especialización en muchas de las estructuras organizativas de la Administración, sin expertos en compra pública que sepan desarrollar ésta en todas sus fases, es otro factor determinante. Incluir en la elaboración de pliegos que contengan todas estas prescripciones nudge en términos de convertir a la contratación del sector público en ese tractor que arrastre a la economía, a la sociedad, con objetivos más que deseables que alcanzar, requiere técnicos capaces de trasladar al texto no sólo los requerimientos si no los criterios de ponderación de éstos, de forma que el papel que soporta las ofertas no sea un mero contenedor de tinta. Es decir, que no acudamos a casillas que marcar con una cruz para dejar constancia de que se cumple con el requisito de turno para obtener una puntuación cerrada.

Solamente aquellas cuestiones de implementación sencilla por el hecho de ser porcentuales o cuantificables como retribuciones de los trabajadores según convenio de aplicación, porcentajes de mujeres o personas con discapacidad en las empresas licitadoras u otras similares, son las que suelen estar recogidas en los pliegos. El motivo es lógico, todas ellas van a criterios cuantificables y estos son fáciles de incorporar a los pliegos, pero por ejemplo valorar una retribución media de los trabajadores por encima de convenio, aun no resultando complicado trasladarlo a criterios de valoración, incluso cuantificándolo, es una rara avis entre la multitud de pliegos aprobados.

La huida de criterios sometidos a juicios de valor, que sometidos a la discrecionalidad técnica no tienen por qué verse como una puerta abierta a la adjudicación «a la carta» porque, entre otras cosas, el juicio del técnico no está exento de tener que motivar su decisión, también redunda en la ausencia de aplicación de criterios que permitan decidir entre dos ofertas en términos de *nudge*. Todo lo que no sea cuantificable no suele ser incluido, pese a la total cobertura legal que el texto de la LCSP ofrece al respecto, entre otros el art. 146.2.a) y b), quizá por la dificultad, al menos para las Administraciones con recursos humanos más exiguos, para cumplir con los requisitos para llevar a cabo esas valoraciones.

Tampoco debemos olvidar que las condiciones exigidas en los pliegos para la adjudicación deben conservarse durante la vigencia del contrato. Vamos a encontrar en todos o casi todos los pliegos una determinación de penalizaciones por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. Incluso podremos encontrar designada, en el mejor de los casos, la figura del responsable del contrato del art. 69, como supervisor de su ejecución y encargo de adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación. Cuestión aparte es que en no pocos casos se trate de una figura designada para el mero cumplimiento formal del requisito legal, pues no olvidemos que la redacción legal lo está en términos de exigencia no de optatividad. Sin una verdadera figura de control efectivo de cumplimiento difícilmente se podrá verificar que los requisitos verdaderamente son comprobados, detectar el caso contrario, proponer penalidades por incumplimientos que el órgano de contratación a duras penas podrá conocer directamente.

Nuevamente estamos ante el problema de ausencia de personal especializado, o simplemente de recursos humanos o de añadir un coste para contratar a personas físicas o jurídicas externas, que incrementará el precio del propio contrato.

Todo esto, seguramente junto con otras circunstancias a mayores como la ineficaz gestión de la división en lotes, la escasa aplicación de las fórmulas de asociación para la innovación o el diálogo competitivo, etc., hacen que, en la práctica, todas estas medidas *nudge* que visionaban la compra pública como un factor de desarrollo no hayan visto plasmados resultados.

Es preciso realizar un análisis detenido de aquellas circunstancias que, siendo factibles, realmente no se aplican, para buscar fórmulas que permitan desarrollar una compra pública eficaz, eficiente, con objetivos inmediatos y otros mediatos, verdaderamente alcanzables, a través de mecanismos que puedan implementarse de forma cierta con los recursos existentes. También se necesita, probablemente debiera no retrasarse, una revisión de la norma para recoger todas las problemáticas que se han detectado en estos años, incluyendo las lecciones aprendidas de gestión de la Covid-19, en lo que a contratación de emergencia se refiere, incluso para afrontar otras realidades que ya se pueden aventurar como la irrupción, ha venido para quedarse, de la IA.

A estas alturas queda contrastado un panorama que contempla un mantenimiento de la inaplicación de las indicciones, que, en forma de obligación legal, contiene el texto de la LCSP. Son tantos los problemas que difícilmente sin proceder a modificar la Ley se pueda plantear una verdadera política pública de compra innovadora, transversal, social y ambientalmente sostenible. Aunque es de justicia reseñar que, por sí sola, esta medida no sería la solución al problema. La formación y especialización del personal al que se encomienda la gestión de la compra pública, la concienciación de los órganos de contratación, la simplificación administrativa en los procedimientos, siguiendo la línea ya iniciada, acertadamente, con el art. 159 LCAP, en particular su epígrafe sexto, la reformulación de los preceptos que regulan la compra pública en situaciones excepcionales, en particular el celebérrimo art. 118, probablemente el artículo más revisado en los años de vigencia de la LCAP, siempre mirando hacia atrás en el tiempo cuando se aborda su reforma, siendo la puerta de la arbitrariedad campante, aún entendiendo que «deber ser así porque no puede ser de otra manera» por las particularidades propias de la Administración pública.

Bibliografía

De la Cuétara Martínez, Juan Miguel (1979). «Revisión de la noción española del fomento», *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XLV, núm. 1.

Lucero Pantoja, Jairo Enrique (2018). «Función de utilidad. Entre el ambiente y el sostenimiento de la economía», *Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 32.

Martínez Pallares, Pedro Luis (2004). «El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial la inclusión de criterios medioambientales», en J.M. Gimeno Feliú (coord.): *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Barcelona, Atelier.

Pernas García, Juan José (2012). «El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales», en F. López Ramón (coord.): *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Cizur Menor, Civitas.

Thaler, Richard H.; Sunstein, Cass R. (2017). *Un pequeño empujón (nudge): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad*, Madrid, Taurus.

Vara Arribas, Gracia (2008). «Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública», *Revista Española de Derecho Comunitario*, núm. 26.

EL RÉGIMEN JURÍDICO SINGULAR (EN CONSTRUCCIÓN) DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIONES PERSONALES Y DE LA ACCIÓN CONCERTADA: ¿UNA NUEVA FORMA DE INTERVENCIÓN PÚBLICA?[1]

Mónica Domínguez Martín
Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid
orcid.org/ 0000-0003-4436-1855

1. La configuración de los contratos de los servicios a las personas en el ámbito sociosanitario

Tanto el Derecho de la Unión Europea, como el Derecho español, reconocen las singularidades de los servicios a las personas, así como de las asociaciones u organizaciones sin ánimo de lucro que actúan en este ámbito. Y, a partir de este reconocimiento, aceptan y adoptan la construcción de un régimen peculiar de contratación, al tiempo que admiten la exclusión de la normativa de contratos de ciertas colaboraciones del sector privado para prestar estos servicios socio sanitarios (sobre este régimen jurídico, con más detalle, por todos, Darnaculleta Gardella, 2022; Domínguez Martín, 2020; Domínguez Martín, 2019; García-Andrade Gómez, 2022; Lazo Vitoria, 2016; Leñero Bohórquez, 2022; Menéndez Sebastián, 2020; Salvador Armendáriz, 2022; Villar Rojas, 2018).

El legislador español, a partir de las previsiones y condicionantes de las Directivas de Contratación, y para construir el singular régimen jurídico de los contratos de servicios a las personas, ha optado no por configurar una regulación específica y diferenciada de estos contratos, sino que, simplemente, hace una remisión a la estructura de los contratos «ordinarios» (contratos de servicios o contratos de concesión de servicios) y establece especialidades a lo largo del articulado de la Ley, obligando a hacer una búsqueda de las peculiaridades de su régimen de contratación (Domínguez Martín, 2019).

El resultado es un régimen jurídico no acabado, ni uniforme, lo que no favorece, en absoluto, la seguridad jurídica (Darnaculleta Gardella, 2022: 49). Esta

[1] Este texto fue remitido a la editorial en octubre de 2023.

inseguridad afecta, especialmente, a las entidades sin ánimo de lucro que pretenden acceder a la prestación de servicios a las personas; más si se tiene en cuenta la creciente preferencia por la iniciativa social en la legislación autonómica (Darnaculleta Gardella, 2022: 117 y ss.).

Y a esta configuración de los contratos de servicios a las personas en la normativa europea y nacional hay que añadir que, además, estamos ante materias en las que el legislador autonómico tiene potestad normativa para regular las formas de gestión de estos servicios y establecer diferentes modelos de colaboración con el sector privado. Sobre todo, plantean especiales dificultades las figuras de la reserva y las figuras no contractuales, previstas en la Ley de Contratos del Sector Público, pero con una remisión a la legislación autonómica que, con carácter general, ha regulado la figura del concierto o acción concertada, con distintas denominaciones. Esta regulación autonómica muestra una relativa disparidad dentro de las formas de gestión de los servicios socio sanitarios y los diferentes modelos de colaboración con el sector privado (incluso se configura el concierto como figura contractual o no contractual) (Domínguez Martín, 2020; Leñero Bohórquez, 2022: 164-184).

Por todo ello, merecen un análisis detenido las leyes autonómicas que regulan las acciones concertadas para la gestión de los servicios sociales y sanitarios, así como las convocatorias concretas de acción concertadas que se lleven a cabo en su aplicación. Esta regulación no puede ser idéntica a las de los contratos, porque la acción concertada, como fórmula no contractual, ha de ser algo distinto y porque esto haría que la figura perdiera su utilidad. Al tiempo, tampoco puede utilizarse la acción concertada como una manera de escapar de la normativa y del procedimiento de contratación y de sus principios (igualdad, no discriminación, competencia, transparencia) si es que ocultan una auténtica relación contractual ya que, además de no tener competencia para regular formas contractuales, puede suponer una conculcación de las reglas de la libre competencia.

De acuerdo con todo lo anterior, en mi opinión, tenemos varias opciones posibles para poder llegar a la conclusión de que la regulación autonómica es adecuada. En primer lugar, entender que es una acción concertada en sentido estricto, al estilo de los actos administrativos necesitados de colaboración/aceptación, sin que exista competición y sin que existan criterios selectivos entre los solicitantes. Esto reconduce a fórmulas no contractuales, perfectamente admisibles de acuerdo con la DA 49ª LCSP. También cabría defender que no son contratos porque no existe onerosidad, con independencia de que exista o no competición entre ellos. Si no es oneroso (sólo cubre gastos), no es un contrato. En este sentido, sobre el concepto de contrato oneroso, ver, especialmente dos sentencias del Tribunal de Justicia: las recaídas en los asuntos Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce (STJUE de 19 de diciembre de 2012, Asunto C159/11,

ECLI:EU:C:2012:817) y Piepenbrock (STJUE de 10 de septiembre de 2020; Asunto C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685), que entienden que el concepto de «contrato oneroso» comprende también los contratos para los que la retribución pactada se limita al reembolso de los costes soportados para prestar el servicio objeto del contrato. Un contrato no deja de ser un contrato público por el mero hecho de que su retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado.

La otra posibilidad, de acuerdo con la disposición adicional 48 LCSP, sería entender que estamos ante una reserva de contratos en favor de entidades sin ánimo de lucro. Se trataría de fórmulas contractuales, perfectamente admisibles, siempre que cumplan con los requisitos exigidos por la disposición adicional 48 LCSP. El resto de fórmulas contractuales, con independencia de la denominación que se les den, son inadmisibles fuera de la regulación de la LCSP (la disposición adicional 49 LCSP sólo remite a las comunidades autónomas la determinación de «fórmulas no contractuales»).

De forma mayoritaria, la legislación autonómica ha optado por establecer, para las nuevas modalidades de prestación de servicios a las personas, una regulación materialmente contractual para instrumentos que califica como no contractuales, además de limitar la acción concertada (o dar preferencia) a las entidades sin ánimo de lucro (Darnaculleta Gardella, 2021: 49). Por citar la norma autonómica más reciente dictada en este ámbito, también se apunta a la consideración como instrumento no contractual la Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, que regula el concierto social como fórmula de prestación indirecta de servicios sociales, y cuyo art. 72.1 lo define como «el instrumento no contractual que permite la realización total o parcial de programas sociales, así como la provisión de prestaciones en el marco del Sistema Público de Servicios Sociales, por entidades privadas».

Estos son los dos elementos en los que nos vamos a detener a continuación.

2. La exclusión de la acción concertada de la normativa de contratos públicos y su supuesta naturaleza no contractual

Desde una perspectiva metodológica, resulta jurídicamente más correcto no cuestionarnos la ubicación de la acción concertada dentro de la tipología de las formas de gestión de los servicios, puesto que, en realidad, esta figura se configura tradicionalmente como una técnica de fomento, como afirmaba Gallego Anabitarte (1980, 224) en su trabajo clásico. Doctrina más reciente también se ha hecho eco de esta crítica (así, Hernández González, 2017: 1051); se han realizado apuestas por considerar la acción concertada como una «acción de fomento» y no

como una actividad prestacional o de gestión indirecta de servicio público (Manent Alonso y Tenhaeff Lackschewitz, 2018: 220); y también se cuestiona la naturaleza de la acción concertada (Leñero Bohórquez, 2022, 135 y ss) y se analiza su utilización como una «subvención» (Garrido Juncal, 2017: 96-98).

Esta técnica de actuación (la concertada) de la Administración presenta una identidad evidente con una sucesión de actos jurídicos: la norma (o Plan) fija unos objetivos, unas condiciones y requisitos; las empresas/particulares presentan una solicitud para acogerse al régimen de acción concertada; esa solicitud, si cumple los requisitos, es admitida por la Administración y se firma el «acta de concierto», que concreta las obligaciones y beneficios y supone la aceptación por el particular de un acto administrativo necesitado de colaboración (Gallego Anabitarte, 2000: 25).

No se rompe la unilateralidad del acto, aunque la norma imponga, como presupuesto para que un acto administrativo tenga eficacia, el consentimiento del destinatario de dicho acto. Así, sucede, por ejemplo, cuando la norma exige que el destinatario consienta expresamente en un acto distinto (en un momento posterior a la solicitud que hubiera podido presentar ante la Administración y que da inicio al procedimiento), antes de dictar el acto definitivo (así, en la concesión de dominio marítimo terrestre, art. 67 Ley de Costas, aceptando el clausulado de la concesión). También encaja en ese esquema los supuestos en los que la aceptación del destinatario del acto se configura como un requisito para que dicho acto despliegue eficacia (así, la toma de posesión del funcionario, que exige la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público que se lleve a cabo tras superar el proceso selectivo) (Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach, 2001: 70).

En estos casos no se duda de la naturaleza del acto administrativo: aunque se exige el consentimiento del destinatario no se le atribuye naturaleza contractual. El acto sigue siendo aplicación unilateral del Derecho por parte de la Administración, aunque a dicho acto (generalmente, acto favorable o declarativo de derechos) se vinculen obligaciones para el destinatario. Partiendo de que no siempre es fácil distinguir claramente el acto y el contrato, se puede afirmar que, en estos casos, no es correcto hablar de contrato, aunque sí sería correcto calificarlos como «actos que obligan bilateralmente». Desde la teoría (no siempre fácil de trasladar a la práctica) en el acto administrativo necesitado de colaboración el consentimiento del destinatario es sólo requisito de validez o de eficacia, mientras que en el contrato el consentimiento de ambas partes es requisito constitutivo de su propia existencia. Si en el contrato falta el consentimiento de una de las partes dicho contrato simplemente no existe (Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach, 2001: 70 y 71).

Lo mismo podríamos decir de la acción concertada, aunque no cabe llegar a conclusiones genéricas derivadas de la simple calificación por la norma de un determinado acto jurídico como tal. Para pronunciarnos sobre su naturaleza contractual

o no contractual, deberíamos analizar, en primer lugar, si la normativa que la regula responde, en cuanto al procedimiento y reglas sustantivas, a los principios propios de la contratación o a los propios de los actos administrativos. Además, deberíamos prestar atención al papel que en el acto jurídico-público juega la voluntad de las partes que lo celebran. En el concierto o acción concertada, la Administración competente, para la consecución de fines y objetivos formulados en un Plan, ofrece un conjunto de beneficios que se otorgan por resoluciones unilaterales posteriores y a los que podrá acceder cualquier sujeto que cumpla las cargas o modos establecidos en el plan. El destinatario expresa su voluntad y queda obligado a través de la solicitud y de la aceptación de las cláusulas accesorias (cargas modales) que forman parte de la resolución administrativa. En los contratos, por su parte, el negocio jurídico nace por la declaración de voluntad de las partes contratantes (el particular a través de la presentación de su oferta y la Administración por medio de la adjudicación del contrato a uno de los licitadores) en un marco legal (ley, reglamento de contratación, en su caso, y pliegos generales) (Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach, 2001: 71-73). En la actual legislación de contratos, el contrato se perfecciona con la formalización (no con la adjudicación), mientras que la adjudicación/resolución unilateral perfecciona el concierto, sin perjuicio de la aceptación de la entidad concertada (acto necesitado de colaboración).

Para la exclusión de la prestación de este tipo de servicios de la regulación contractual resulta clave, de conformidad con lo que establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que no constituya un proceso selectivo, en la medida que «la elección de una oferta –y, por tanto, de un adjudicatario— es un elemento intrínsecamente vinculado al régimen de contratos públicos (…) y, por consiguiente, al concepto de contrato público» (STJUE de 2 de junio de 2016, Falk Parma, C-410/14, ECLI:EU:2016:399; y STJUE de 1 de marzo de 2018, Tirkkonen, C-9/17, ECLI:EU:2018:142). Por eso los procedimientos de adquisición de bienes y servicios, que consisten en admitir como proveedor a todo operador económico que cumpla los requisitos previamente establecidos, quedan fuera de la normativa de contratación pública. Lo determinante es que la admisión o selección se sustenta en la apreciación de la aptitud de los operadores y no en criterios de adjudicación que lleve a competir entre ellos (STJUE de 1 de marzo de 2018, Tirkkonen, C-9/17, ECLI:EU:2018:142). En definitiva, estas fórmulas no contractuales se pueden fundar en «condiciones de aptitud» (experiencia, cualificación, medios de los que se disponen), pero no en «criterios de adjudicación» (valoración, competición y comparación de ofertas). Incluso, es posible que el poder adjudicador formalice la relación con aquellos que cumplan los requisitos mediante un contrato que, sin embargo, por su origen no selectivo ni concurrencial, queda excluido del ámbito de la normativa de contratación pública (Villar Rojas, 2018: 96).

En la acción concertada, en términos generales, es preciso superar una primera fase de homologación o acreditación, lo que permite participar en la siguiente fase, para acceder a la acción concertada. La cuestión fundamental es determinar si este proceso constituye una mera comprobación de aptitud o si supone un auténtico proceso selectivo, lo que llevaría a su consideración como contrato público. En este sentido, elementos que permiten sostener la naturaleza contractual de las llamadas acciones concertadas para la gestión de los servicios sanitarios serían los siguientes: se trata de fórmulas contractuales que se adjudican mediante procedimientos con menos garantías que los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (principios de igualdad, no discriminación, competencia, transparencia y control en la selección del adjudicatario). Los sujetos, el objeto, la contraprestación y el proceso selectivo de las acciones concertadas coinciden con los de un contrato público. Existe una fase de valoración de las distintas entidades, estableciendo una preferencia de unas entidades frente a otras, lo que permite afirmar la existencia de una selectividad propia de un contrato público (Díez Sastre, 2019: 28-29). Y resulta que los criterios de «selección» determinados por la normativa autonómica coinciden en parte (incluso van más allá) de los «criterios de adjudicación» establecidos por la DA 47ª LCSP para los contratos especiales del Anexo IV.

Con todo, incluso en el caso en que se considere que los acuerdos de acción concertada no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24, ello no significa, sin embargo, que queden necesariamente excluidos del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. De reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce que estos acuerdos de acción concertada pueden, no obstante, estar sujetos a las libertades fundamentales y a los principios generales del Derecho de la Unión; en particular, los principios de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad y el resultante deber de transparencia, siempre que presenten una cierta dimensión transfronteriza. Por otro lado, con sujeción a esta condición, dichas libertades fundamentales y principios son de aplicación si no se realiza elección alguna entre los operadores interesados. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, a diferencia de la Directiva 2014/24, la libertad de establecimiento y el principio de igualdad de trato se aplican a distintos sistemas de concesión en que no se realiza elección. Sobre esto, la STJUE de 16 de febrero de 2012, Costa y Cifone (C72/10 y C77/10, ECLI:EU:C:2012:80), apartados 70 a 73.

En lo que aquí interesa, especialmente relevante, por afectar al Derecho español, es la STJU de 14 de julio de 2022 (Asunto C-436/20, conocida como caso o sentencia ASADE, ECLI:EU:C:2022:559) sobre la naturaleza de los acuerdos de acción concertada previstos en la normativa valenciana. Anteriormente, el 3 de febrero de 2022, la Abogada General Laila Medina se había pronunciado al

respecto afirmando que, si bien parece posible que algunos de los servicios mencionados en el anexo del Decreto 181/2017 estén comprendidos en el ámbito de aplicación de la reserva del art. 77, para la Abogada General es palmario que ni las entidades ni los acuerdos de acción concertada cumplen las condiciones del art. 77, apartados 2 y 3, de la Directiva 2014/24. A la vista de todo ello, llega a la conclusión de que el art. 77 de la Directiva 2014/24 no es aplicable en el presente asunto. Por lo tanto, respecto a los acuerdos de acción concertada comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24, salvo los sometidos a su artículo 20, los demás deben cumplir los criterios del régimen simplificado que se establecen en los artículos 75 y 76 de dicha Directiva.

El Tribunal de Justicia, en su Sentencia, parte de un concepto funcional de contrato: le resulta indiferente la denominación como «instrumentos organizativos de naturaleza no contractual» que realiza la normativa valenciana, en el art. 62.1 Ley 5/1997, de la Comunidad Valenciana. Esta denominación, por sí sola, no basta para que queden fuera del ámbito de aplicación de la Directiva. Esto es, en palabras del Tribunal, «al ser el concepto de contrato público un concepto del Derecho de la Unión, la calificación que el Derecho español da a los acuerdos de acción concertada carece de pertinencia». Por tanto, importa lo que realmente es, su naturaleza jurídica, no la denominación que le otorgue el derecho nacional.

Sentado lo anterior, el Tribunal afirma (sin entrar en un análisis detallado) que no son asimilables a actos administrativos unilaterales que se imponen, por la mera voluntad de los poderes adjudicadores, a las entidades sin ánimo de lucro. Y, adicionalmente, tras exponer el concepto de contratos de servicios, también hace referencia a la existencia de procedimientos de selección como elemento a tomar en consideración para determinar si está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva. Esta cuestión tampoco parece que ha merecido un análisis muy detallado por parte del Tribunal. La sentencia cita su jurisprudencia anterior (destacadamente, la Sentencia del Asunto Falk Pharma, antes citada) y, sin introducir matices, la aplica al litigio, para concluir afirmando que «la atribución de un acuerdo de acción concertada viene precedida, en la práctica, por una selección entre las entidades privadas sin ánimo de lucro que hayan manifestado su interés en prestar los servicios sociales a las personas que constituyen el objeto de tal acuerdo». Y, realizada esta afirmación general, se remite al órgano jurisdiccional nacional, para que éste compruebe que concurren estos extremos.

A partir de todo lo anterior, el Tribunal concluye afirmando que «al menos, algunos de los servicios sociales de asistencia a las personas» de la normativa valenciana objeto del litigio encajan en esta categoría: son actividades de carácter económico y, por tanto, constituyen servicios en el sentido de la Directiva 2014/24 y no dentro de los contratos de concesión sometidos a la Directi-

va 2014/23/UE, porque no parece que impliquen la transferencia por parte de la autoridad pública al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichos servicios. Las prestaciones sociales no impiden, en cuanto tal, que sean consideradas como actividad económica, aunque persigan una finalidad social o la toma en consideración del principio de solidaridad. Se prestan a cambio de una retribución y no están relacionados con el ejercicio del poder público, de modo que pude considerarse que tales actividades tienen carácter económico y, por tanto, constituyen servicios en el sentido de la Directiva 2014/24.

Respecto de esta afirmación del Tribunal, llama la atención que haga referencia a que «algunos» de los servicios sociales parece que se incluyen en esta categoría, pero, en realidad, no entra de verdad a resolver esta cuestión y remite la realización de este análisis concreto y pormenorizado al juez nacional. Es cierto que difícilmente podría entrar el Tribunal a realizar este análisis habida cuenta de que el propio Tribunal señala que es «lamentable» «la falta de enumeración en la petición de decisión prejudicial, de las categorías precisas de servicios sociales de asistencia a las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de la normativa nacional controvertida». Lo que, dice el Tribunal, no le impide entrar a comprobar que la interpretación de la Directiva 2014/24 no carece de relación alguna con el objeto del litigio principal.

También nos recuerda que la celebración del contrato con una entidad sin ánimo de lucro no excluye que dicha entidad pueda ejercer actividad económica y, por tanto, no excluye la aplicación de las normas de contratación del Derecho de la Unión: puede considerarse actividad económica los servicios prestados a cambio de una retribución que, sin corresponder al ejercicio de poder público, se prestan en interés público y sin ánimo de lucro. Y esta retribución encaja en el concepto del carácter oneroso del contrato público, que puede ser únicamente el reembolso de los gastos soportados por el servicio prestado, como ya se ha indicado.

Sentada la naturaleza contractual de servicios de esta actividad, el Tribunal recuerda que el Considerando 114, el art. 76 y el Protocolo 26ª de la Directiva 2014/24 otorgan un amplio margen de maniobra a los Estados miembros para organizar, del modo que consideren más oportuno, la elección de los prestadores de los servicios: consagran una amplia capacidad de discrecionalidad de las autoridades nacionales. Y, a partir de esta afirmación, pasa a analizar si los principios de igualdad de trato y de transparencia (art. 76 Directiva 2014/24) se oponen a una normativa nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro, el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación.

3. La exclusión por la normativa nacional de las entidades con ánimo de lucro de los contratos de prestaciones personales

a) ¿Es admisible la reserva de la contratación pública sociosanitaria a las entidades sin ánimo de lucro?

En segundo lugar, cabe preguntase acerca de la admisibilidad (o no) de una normativa nacional (autonómica, en el caso de España) que excluye a las entidades con ánimo de lucro de la contratación pública relativa a las prestaciones personales. Esto es, si es posible que dicha normativa prevea celebrar, sin atenerse a los requisitos un contrato público en virtud del cual se encomienda exclusivamente a entidades sin ánimo de lucro la prestación de determinados servicios socio-sanitarios, excluyendo a las entidades sin ánimo de lucro de esos contratos.

Hay que tener en cuenta que las disposiciones específicas de la Directiva 2014/24 no indican si los contratos públicos en el ámbito de los servicios sociales deben reservarse a las entidades sin ánimo de lucro. No obstante, los art. 20 y 77, apartado 1, de la Directiva 2014/24 permiten expresamente a los Estados miembros determinar el tipo de organizaciones que pueden participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en relación con ciertos servicios sociosanitarios. Los contratos públicos relativos a los servicios sociosanitarios incluidos en el art. 74 y que no se sometan a los art. 20 y 77, apartado 1, de la Directiva 2014/24 quedan sujetos al régimen simplificado de los art. 74 a 76 de dicha Directiva. Dado que los art. 20 y 77, apartado 1, de la Directiva 2014/24 constituyen una excepción a las reglas generales que esta establece, el alcance de estas disposiciones se ha de interpretar restrictivamente, lo que en concreto significa que contienen una relación exhaustiva de los casos que pueden ser objeto de contratos reservados. En este sentido, Conclusiones de la Abogada General de la cuestión prejudicial (asunto C-436/20), de 3 de febrero de 2022.

La cuestión de si, en virtud de esta disposición, los Estados miembros pueden imponer requisitos adicionales que restrinjan el ámbito subjetivo de los participantes autorizados a concurrir, reservando así contrataciones, ha sido examinada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Conacee*. En ese asunto, el Tribunal de Justicia declaró que del tenor del artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2014/24 y del objetivo perseguido por esta se deduce que no establece requisitos enumerados taxativamente a los que deba atenerse un poder adjudicador para limitar el tipo de operadores económicos con los que puede celebrar un contrato reservado. Antes bien, dicha Directiva deja a los Estados miembros la posibilidad de adoptar requisitos adicionales a los ahí fijados, siempre que tales requisitos adicionales contribuyan a garantizar los objetivos de política social y laboral que

persigue el art. 20 de la Directiva 2014/24. Siguiendo la postura del Abogado General Tanchev, según la cual los requisitos establecidos en dicha disposición son de carácter mínimo, el Tribunal de Justicia declaró que los Estados miembros tienen libertad para restringir el ámbito de los participantes autorizados a concurrir cuando recurran a los contratos reservados del art. 20 de la Directiva 2014/24. De las anteriores consideraciones se deduce que los Estados miembros pueden añadir criterios, como la exclusión de las entidades con ánimo de lucro que se contempla en la normativa nacional, siempre que tal exclusión «contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria» (párrafos 65 y 67, STJUE de 11 de diciembre de 2014, Spezzino, Asunto C113/13, ECLI:EU:C:2014:2440 y STJUE de 28 de enero de 2016, Casta, Asunto C-50/14, ECLI:EU:C:2016:56).

De acuerdo con reiterada jurisprudencia, respecto del principio de proporcionalidad, las disposiciones adoptadas por los Estados miembros en aplicación de la Directiva 2014/24 no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de esta. Por tanto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no se puede interpretar en el sentido de que permite excluir a determinadas entidades de la aplicación del régimen simplificado por la sola razón de que son entidades con ánimo de lucro. Cabría argumentar que las entidades sin ánimo de lucro presentan una dimensión social mayor que las entidades con ánimo de lucro, lo que las hace más aptas para perseguir tales objetivos. Pero también podría afirmarse que las entidades con ánimo de lucro pueden prestar servicios de alta calidad a bajo coste y por tanto estar capacitadas para perseguir tales objetivos.

En concreto, no parece que la exclusión automática de las entidades con ánimo de lucro del ámbito de aplicación de la normativa nacional garantice la adecuada prestación de los servicios controvertidos a la vez que se simplifica y se reduce la carga administrativa, tal como se menciona en el considerando 114 de la Directiva 2014/24. El considerando 114 de dicha Directiva explica que el régimen simplificado relativo, en particular, a determinados servicios sociales debe ser reflejo del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, a lo que añade los objetivos de simplificación y de reducción de la carga administrativa de poderes adjudicadores y operadores económicos.

Este considerando 114 también debe leerse en relación con el art. 76, apartado 2, de la Directiva 2014/24, que alude a la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, así como a las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios. Por consiguiente, parece que es la naturaleza específica de los servicios sociosanitario de que se trata lo que justifica la existencia del régimen simplificado, lo cual lleva a considerar que el criterio pertinente ha de ser la naturaleza de los servicios sociales prestados por las dos categorías de entidades. Así entendido, la exclusión

automática de categorías de entidades no parece contribuir a la calidad, la continuidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de dichos servicios, como exige el art. 76, apartado 2, de la Directiva 2014/24. Al aplicar el régimen simplificado, parecería más pertinente centrarse en la capacidad para prestar servicios sociales de calidad y eficientes en relación con los costes, en lugar de en la naturaleza de la entidad que los presta. En consecuencia, en opinión de la Abogada General (Asunto Asade C-436/20), la Generalidad Valenciana y el Gobierno español no han aclarado por qué las entidades con ánimo de lucro quedan automáticamente excluidas del ámbito de aplicación del Decreto 181/2017. Es inconcebible que tal exclusión esté justificada o sea proporcionada, de modo que es contraria al principio de igualdad de trato.

La preferencia por determinadas entidades frente a otras, quebrando el principio de igualdad y el mandato de no discriminación y limitando la competencia, se justifica por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por dos razones fundamentales: el apoyo del sistema en el principio de solidaridad y la importancia en la garantía de eficiencia económica del sistema. En el Asunto *Spezzino* (antes citado), el Tribunal de Justicia se apoya en la existencia de obstáculos a la libre prestación de servicios en el mercado que considera justificados. Aunque considera que hay contrato público, en el sentido de las Directivas, no se centra en las reglas del Derecho secundario, porque se trata de la gestión del sistema de Seguridad Social de un Estado miembro y, como ya se ha señalado, los Estados miembros tienen libertad para gestionarlo con el límite de las libertades fundamentales del mercado interior, que pueden excepcionarse si se justifica adecuadamente, como en el caso señalado. Por otro lado, la definición de qué sean entidades sin ánimo de lucro para el Derecho europeo parece determinante para permitir la flexibilización de las reglas de contratación pública. De hecho, el Considerando 28 de la Directiva 2014/24/UE entiende que hay servicios de emergencia prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro a los que no se aplica la Directiva; y, en su artículo 10 h), la Directiva 2014/24/UE excluye de su ámbito de aplicación los servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos laborales siempre que estén prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro. A partir de estas menciones, el Tribunal se ha referido al concepto de organización sin ánimo de lucro, que debe interpretarse conforme al Derecho europeo. En concreto, en la Sentencia del Asunto *Falck Rettungsdienste* señala que constituyen «organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro» en el sentido de la Directiva 2014/24/UE, las organizaciones o asociaciones que tienen como objetivo desempeñar funciones sociales, carecen de finalidad comercial y reinvierten los eventuales beneficios con el fin de alcanzar el objetivo de la organización o asociación (STJUE de 21 de marzo de 2019, Falck Rettungsdienste y Falck, C-465/17, ECLI:EU:C:2019:234). No basta con ser una entidad sin áni-

mo de lucro, es necesario que se cumplan esos requisitos (Hernández González, 2017: 1047; Díez Sastre, 2019).

b) La preferencia de las entidades sin ánimo de lucro en la acción concertada autonómica: su análisis por la STJUE (Asunto ASADE, C-436/20)

Sentados todos los conceptos anteriores, y volviendo a la normativa nacional, hay que tener en cuenta que, de forma mayoritaria, la legislación autonómica ha optado por limitar la acción concertada (o dar preferencia) a las entidades sin ánimo de lucro (Darnaculleta Gardella, 2021: 49). De esta línea general parece que se separa la Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid. Al menos, no incluye una exclusión de las entidades con ánimo de lucro o una preferencia expresa por las entidades sin ánimo de lucro a la hora de determinar el ámbito subjetivo del concierto: el art. 75 de la Ley establece que la Administración pública puede concertar con «personas físicas o jurídicas de carácter privado, cualquiera que sea su naturaleza». Junto a esto, el art. 73 establece que los acuerdos de acción concertada se regirán por los principios de libertad de acceso, publicidad y transparencia de los procedimientos y la salvaguarda de una asignación eficiente de los recursos públicos. Más allá de esta literalidad y de no establecer el legislador madrileño una preferencia expresa por las entidades sin ánimo de lucro, sin embargo, sí que se puede entender que estas entidades serán los destinatarios naturales del concierto social, en tanto que el art. 76.3 de la Ley excluye el beneficio industrial en la retribución de estas prestaciones: «Los módulos económicos retribuirán como máximo, los costes fijos y variables de las prestaciones, así como los costes indirectos en que se pueda incurrir garantizando la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora, sin incluir beneficio industrial». También en el Preámbulo de la Ley se habla simplemente de la cobertura de costes, en línea con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la colaboración público-privada con entidades sin ánimo de lucro: «se debe garantizar una cobertura adecuada de sus costes a lo largo de su período de vigencia» (Preámbulo de la citada Ley 12/2022).

Sobre la admisibilidad de estas previsiones autonómicas relativas a la exclusión de las entidades con ánimo de lucro de la acción concertada, resulta determinante la citada STJUE de 14 de julio de 2022 (Asunto Asade, C-436/20), que, en lo fundamental, analiza si la limitación de los llamados «conciertos sociales» a entidades sin ánimo de lucro que realiza la normativa valenciana (que es el origen de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana) es o no contraria a las libertades de establecimiento y

prestación de servicios del Tratado de Funcionamiento de la UE, la Directiva de Servicios y las Directivas de contratación pública. En concreto, la regulación valenciana sobre los conciertos sociales parte de la consideración de la naturaleza no contractual de esta figura y, por tanto, excluye a las entidades con ánimo de lucro de la celebración de »acuerdos de acción concertada» con la Administración pública para la prestación de servicios sociales de su responsabilidad: solo las entidades privadas sin ánimo de lucro (no solo a las organizaciones o asociaciones de voluntariado) pueden celebrar tales acuerdos para la prestación de servicios sociales a cambio de una remuneración sin que tengan que pasar por un proceso competitivo.

Más concretamente, la recurrente, la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE), asociación integrada por diversas empresas privadas, solicita ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana la anulación del Decreto 181/2017 de la Comunidad Valenciana, al considerar que se opone a que las entidades con ánimo de lucro celebren «acuerdos de acción concertada» con la Administración pública. En virtud de estos acuerdos, la Administración encomienda a entidades de iniciativa social la gestión de determinados servicios sociales y, a este respecto, no está obligada a seguir los procedimientos establecidos en la legislación de la Unión sobre contratación pública. El problema para la entidad recurrente es que el Decreto valenciano 81/2017 establece que solo las entidades privadas sin ánimo de lucro (no solo a las organizaciones o asociaciones de voluntariado) pueden celebrar tales acuerdos para la prestación de servicios sociales a cambio de una remuneración sin que tengan que pasar por un proceso competitivo, transparente y en el que rija la igualdad de trato.

Sentada la naturaleza contractual de servicios de esta actividad (en los términos vistos en el apartado anterior), el análisis de la normativa valenciana le lleva al Tribunal a afirmar que la exclusión de las entidades con ánimo de lucro no constituye una diferencia de trato contraria al principio de igualdad de trato de los operadores económicos, en cuanto que dicha normativa establece que la acción concertada debe ser conforme a los principios de solidaridad (los servicios serán ofrecidos gratuitamente o atendiendo a la capacidad económica) y eficacia presupuestaria (las entidades sólo pueden obtener el reembolso de los costes y se excluye la obtención de beneficios). Estas previsiones, por tanto, justifican la exclusión de las entidades con ánimo de lucro.

Aunque las «entidades de iniciativa social» definidas en el art. 3.e) del Decreto 181/2017 y las entidades con ánimo de lucro tienen distinta naturaleza jurídica y funcionan de manera diferente, a ambas categorías se les puede encomendar la realización de servicios sociales semejantes y las dos pueden prestar servicios con idéntico nivel de calidad y a coste similar. De ello se deduce que, ambas ca-

tegorías de entidades pueden encontrarse en una situación comparable en cuanto al objetivo del régimen establecido en los arts. 74 a 76 de la Directiva 2014/24. Esta es la posición expresa por la Abogada General.

Por otro lado, el principio de transparencia exige del poder adjudicador un grado de publicidad adecuado que permita abrir a la competencia los procedimientos de adjudicación y controlar la imparcialidad para posibilitar a cualquier operador interesado decidir concurrir a la licitación sobra la base de toda la información pertinente y garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador. La obligación de transparencia implica, por tanto, que todos los requisitos y condiciones del procedimiento de licitación han de estar formulados de forma clara, precisa e inequívoca.

En el caso enjuiciado, el Tribunal considera que del análisis de la normativa valenciana no se desprende que no ofrezca garantías suficientes que permitan proteger a las entidades privadas sin ánimo de lucro frente al riesgo de favoritismo o arbitrariedad del poder adjudicador durante el procedimiento de adjudicación de un acuerdo de acción concertada. Eso sí, respecto de la publicidad de los anuncios de licitación, la normativa valenciana establece que las convocatorias se publican en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana.* Para el Tribunal, esta forma de publicidad, que se circunscribe a la Comunidad Valenciana, no basta para satisfacer las exigencias del art. 75 de la Directiva.

En conclusión, el Tribunal afirma que los arts. 76 y 77 de la Directiva 2014/24 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de reservar, previo examen competitivo de sus ofertas, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, sea cual fuere el valor estimado de esos servicios, aunque dichas entidades no cumplan los requisitos establecidos en el propio art. 77, siempre y cuando, por una parte, el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esas entidades contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan esa normativa y, por otra parte, se respete el principio de transparencia en los términos del art. 75 de la Directiva 2014/24 (lo cual no se cumple con la previsión de publicación únicamente en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana*).

Y, en lo que hace a los criterios de selección para la celebración de acuerdos de acción concertada, el Tribunal considera que no es acorde con el art. 76 de la Directiva 2014/24 una previsión, como la contenida en la normativa valenciana, que incluye, entre dichos criterios, previo al examen de las ofertas, la exigencia de implantación del operador económico en la localidad donde vaya a prestarse el servicio.

En definitiva, una valoración resumida de esta sentencia permite afirma que, con ella, se está dando un aval, en términos generales, a la configuración de la acción social por parte de la normativa autonómica, incluida la exclusión de las entidades con ánimo de lucro, siempre que esa normativa sea conforme con los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, extremo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar. Tras el pronunciamiento del TJUE, queda ahora en manos del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana la resolución del litigio original basándose en la respuesta dada desde Luxemburgo. La Abogada General ya recordaba en su escrito de febrero de 2022 que, de conformidad con el art. 76, apartado 1, de la Directiva, incluso en el marco del régimen simplificado, los Estados miembros deben observar, entre otros, el principio de igualdad de los operadores económicos. Es preciso recordar que la Directiva 2014/24 pretende garantizar la libertad de establecimiento, así como los principios derivados de las libertades fundamentales, como la igualdad de trato, la no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia. En consecuencia, el órgano jurisdiccional remitente habrá de examinar si es conforme con estos principios la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, que permite la exclusión «*de facto*» de las entidades con ánimo de lucro de la prestación de determinados servicios sociales en virtud de acuerdos de acción concertada con arreglo al Decreto 181/2017. Habrá de determinar si las «entidades de iniciativa social» definidas en el art. 3.e) del Decreto 181/2017 se hallan en la misma situación que las entidades con ánimo de lucro en cuanto al objetivo perseguido por el régimen simplificado de los arts. 74 a 76 de la Directiva 2014/24.

Bibliografía

Darnaculleta Gardella, Maria Mercé (2022). «La colaboración público privada en el ámbito de los servicios sociales», en M.M. Darnaculleta Gardella, J. García-Andrade Gómez, R. Leñero Bohórquez y M.A. Salvador Armendáriz: *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*, Madrid, Marcial Pons.

Darnaculleta Gardella, Maria Mercé (2021). «Les noves modalitats de gestió de serveis a les persones a la legislació autonòmica de serveis socials», *Revista catalana de dret públic*, núm. 62.

Díez Sastre, Silvia (2019). «La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios», en A. Agullo Agüero (dir.): *Financiación de la Sanidad. Tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Domínguez Martín, Mónica (2020). «La acción concertada de los servicios a las personas en la Ley de Contratos del Sector Público y en la legislación autonómica: ¿instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social?», en L. Tolivar Alas y M. Cueto Pérez (dir.): *La prestación de servicios socio-sanitarios: nuevo marco de la contratación pública*, Valencia, Tirant lo Blanch .

— (2019). «Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50.

Gallego Anabitarte, Alfredo (2000). «De la reconversión industrial a la acción concertada pasando por la promoción de viviendas de protección oficial: el régimen de concierto» (estudio preliminar a F. Iglesias González: *Régimen jurídico de la protección a la promoción y adquisición de viviendas*), Elcano, Aranzadi.

— (1980). «La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración. Contribución a la distinción entre la resolución y el contrato administrativo», en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Juan Galván Escutia*, Valencia, Universidad de Valencia.

Gallego Anabitarte, Alfredo; Menéndez Rexach, Ángel (2001). *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons.

García-Andrade Gómez, Jorge (2022). «Panorama de las fórmulas público-privadas para la atención de las necesidades sociales», en M.M. Darnaculleta Gardella, J. García-Andrade Gómez, R. Leñero Bohórquez y M.A. Salvador Armendáriz: *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*, Madrid, Marcial Pons.

Garrido Juncal, Andrea (2017). «Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55.

Hernández González, Francisco (2017). «Adjudicación directa de contratos públicos a las entidades sin ánimo de lucro», en J.C. Laguna de Paz, Í. Sanz Rubiales e I. De los Mozos Touya (coord.): *Derecho Administrativo e integración europea. Estudios Homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, Madrid, Reus.

Lazo Vitoria, Ximena (2026). «La figura del 'concierto social' tras las Directivas europeas de contratación pública», *Observatorio de Contratación Pública*, 7 de noviembre de 2016.

Leñero Bohórquez, Rosario (2022). «La naturaleza jurídica de la acción concertada como modalidad de gestión de los servicios a las personas», en M.M. Darnaculleta Gardella, J. García-Andrade Gómez, R. Leñero Bohórquez y

M.A. Salvador Armendáriz: *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*, Madrid, Marcial Pons.

Manent Alonso, Luis; Tenhaeff Lackschewitz, Saskia (2018). «Tipología de contratos (iii): los contratos para la gestión de servicios públicos», en J.F. Mestre Delgado (dir.): *Ley de Contratos del Sector Público: Ley 9/2017, de 8 de noviembre: aspectos novedosos*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Menénez Sebastián, Eva María (2020). «El contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía como modalidad de gestión indirecta de servicios», *Revista de Administración Pública*, núm. 212.

Salvador Armendáriz, María Amparo (2022). «Los servicios sociales como servicios a las personas en el Derecho de la Unión Europea», en M.M. Darnaculleta Gardella, J. García-Andrade Gómez, R. Leñero Bohórquez y M.A. Salvador Armendáriz: *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*, Madrid, Marcial Pons.

Villar Rojas, Francisco José (2018). «El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales», *Anuario de Derecho Municipal 2017*, núm. 11.

INFORMACIÓN CORPORATIVA EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD Y EL PAPEL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS[1]

Herenia Gutiérrez Ponce
Profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad Autónoma de Madrid
orcid.org/0000-0002-4894-7039
herenia.gutierrez@uam.es

1. Gobernanza y responsabilidad social de las Administraciones Públicas

Con la expresión «Gestión Pública Responsable» (GPR) aludimos al fundamento del comportamiento de las organizaciones públicas, al conjunto de valores y principios que motivan sus acciones y a una nueva cultura sobre gestión pública, entendida como la parte de la ética de las organizaciones públicas que incorpora el diálogo, la participación de todos los grupos de interés y la rendición de cuentas.

La Gestión Pública Responsable nace ligada a dos conceptos próximos: por un lado, al de Responsabilidad Social (RS) asociado a la gestión empresarial y, por otro, al de Buen Gobierno de las Administraciones Públicas, como compromiso con los derechos humanos, laborales y medioambientales y con la búsqueda de una gestión pública más transparente. Es por ello por lo que, en los últimos años, se viene promoviendo la integración de la RS a la actividad de gestión de las Administraciones Públicas, especialmente teniendo en cuenta que actuar conforme a principios propios de una conducta socialmente responsable puede coadyuvar de forma incluso determinante a restaurar la confianza que los ciudadanos han perdido en el conjunto de los poderes públicos.

[1] Este texto toma como referencia tres investigaciones previas: Gutiérrez-Ponce, Chamizo González y Cano Montero (2018); Gutiérrez Ponce, Nevado Gil y Pache Durán (2019); y Gutiérrez-Ponce, Chamizo González y Cano Montero (2021).

Actualmente, Administración Pública (AP) es un término con límites imprecisos que hace referencia al conjunto de las organizaciones que realizan la función administrativa del Estado y en cuya definición Sánchez (2001) incluye los siguientes elementos:

1. Tiene como finalidad la satisfacción de las necesidades públicas y la contribución a alcanzar los fines del Estado.
2. Comienza donde termina la política y termina donde comienza la política
3. Es un instrumento del Estado para realizar aquellas funciones que el mercado no hace y que, por su interés público, deben realizarse.
4. Pone en contacto a los ciudadanos con el poder político.
5. Su razón de ser son los servicios que presta a la sociedad, esto es, atender a los intereses y derechos de los ciudadanos y grupos que forman la sociedad, buscando el equilibrio de todos ellos.

De aquí se deriva otro concepto fundamental para entender la administración de los intereses generales y del bien común: el concepto de responsabilidad, que alude a rendir cuentas de los propios actos, cumplir con el deber o, también, poner cuidado en lo que se hace. La responsabilidad es un elemento central en una sociedad democrática, y el mejor antídoto contra la desconfianza de los ciudadanos en las instituciones y en lo público. La propia idea de lo que es justo o no incluye en sí misma la búsqueda de una responsabilidad y, si a todas las organizaciones sociales se las vigila y pide que sean responsables, más aún se debe hacer con la AP. Se trata de un elemento fundamental es las democracias modernas.

Un segundo concepto para perfilar es el de RS en cuanto plus de comportamiento que va más allá de lo exigido por las normas legales, y que alude a la responsabilidad ética de las organizaciones. Tal como la define el Libro Verde de la Comisión Europea, la RS significa, no sólo cumplir plenamente con las obligaciones jurídicas, sino concebir la actividad de la organización como una tarea de responsabilidad frente a todos los grupos e individuos involucrados y/o afectados por sus actividades o sus decisiones, e incluir en su estrategia las preocupaciones sociales, laborales, medioambientales y de respeto a los derechos humanos en el diálogo con todos sus *stakeholders*.

En definitiva, es una nueva cultura y forma de pensar de las organizaciones, ya sean públicas o privadas, como parte de la ética o carácter positivo por el cual asumen en forma voluntaria una orientación estratégica que tiene en cuenta los intereses de todos sus grupos de interés. Además, las entidades u organizaciones, públicas o privadas, generan un determinado impacto en el entorno, en la sociedad, a través de sus distintas actuaciones y, con el fin de que dicho impacto gene-

rado sea positivo, a la vez que se minimizan los posibles detrimentos o efectos negativos, se decide, de forma voluntaria, asumir un compromiso, el cual acaba desembocando en la puesta en práctica de toda una serie de medidas, así como de una política basada no solo en la voluntariedad, sino en unos determinados valores, que pasan por apoyar necesidades sociales, ambientales y de crecimiento económico entre otras, a fin de fomentar un desarrollo sostenible.

El enfoque de responsabilidad social (RS) plantea la necesidad de desarrollar una gestión basada en principios y valores que soporten una relación ética y transparente con los actores internos y externos de la organización y que retroalimenten los modelos de gestión de esta, tal como señalan Trujillo Jiménez, López González y Álvarez Civantos (2011) y Gutiérrez-Ponce, Chamizo González y Cano Montero (2018). En este sentido, la responsabilidad social en las administraciones públicas supone un compromiso ético frente a los ciudadanos y en el que también se incluyen compromisos sociales, económicos, laborales, medioambientales y de respeto a los derechos humanos en perfecta sintonía con todos los *stakeholders*.

La RS en la Administración conecta, así, con valores éticos como responsabilidad, integridad, transparencia, objetividad, profesionalidad, o imparcialidad, y coloca al ciudadano como centro de su actividad, el que da sentido a su existencia (Gelderman, Semeijn y Vluggenet, 2017). Esto significa que la ética es referencia necesaria para orientar las decisiones en el ámbito de la gestión pública: Los valores sirven de guía acerca de lo que es bueno al interés público. Como señala Canales Aliende (2003), «la ética pública es la seña identificadora de la función pública, que se caracteriza por el servicio público o, más gratificante, por el servicio al público, que son dos manifestaciones de la misma disposición general, en la medida en que se orienta a la consecución del bien común».

Además, el modelo de RS promueve políticas públicas de buen gobierno, de modernización del Estado, políticas de inclusión social y de mejora de la calidad de vida de los ciudadanos a través de los servicios públicos, como base de un desarrollo socialmente sostenible. Los conceptos de transparencia, rendición de cuentas y participación o control por parte de los ciudadanos han de implementarse en la administración para conseguir conductas éticas de la gestión pública. Tal y como señala Melle Hernández (2007), a los principios tradicionales de actuación de la administración (transparencia, disciplina presupuestaria, independencia, rendición de cuentas e imparcialidad) se les debe añadir la RS para poder hablar de una auténtica gestión pública responsable (GPR). Esta autora señala los siguientes principios generales de la gestión responsable en las Administraciones Públicas:

1. Identificación objetiva de las prácticas sostenibles y de todas las partes interesadas y/o afectadas (*stakeholders*), a través de un diagnóstico RS.

2. Incorporación de la RS en la gestión y en los procedimientos, involucrando a todas las partes interesadas y consiguiendo el compromiso de los puestos directivos.
3. Adopción de códigos formales de RS, con políticas al respecto y articulación del diálogo con todos los *stakeholders.*
4. Compromiso ético, respeto hacia la diversidad e igualdad de oportunidades, con un reconocimiento explícito del valor positivo de la diversidad, y
5. Memorias de RS con verificación externa.

En este contexto, las administraciones públicas españolas, en sus relaciones con empresas y con terceros, deberían definir políticas públicas con incentivos para aquellas empresas que destinen recursos a prestaciones sociales. De tal manera que, el gasto público (*compra pública sostenible*) se pueda vincular así, a comportamientos de empresas socialmente responsables. A la vez, las administraciones locales pueden impulsar también la inversión socialmente responsable (ISR) con incentivos de RS en los mercados financieros. Nos referimos, por tanto, a los valores intrínsecos de la Responsabilidad Social en el Sector Público y por extensión a los que deben ser incorporados por los municipios mediante sus políticas de gastos, el control del déficit y forma de financiamiento. En suma, tal y como señala Longo (2012) es imprescindible la creación de valor público mediante cambios en las estrategias que incorporen valores de racionalidad económica, de responsabilidad social, eficiencia y control del gasto público.

2. El papel de la administración pública en la regulación de la responsabilidad social

Los estados y los organismos internacionales vienen haciendo, desde hace décadas, un esfuerzo regulatorio y promotor importante para que las empresas adopten criterios RS en sus actuaciones.

Organismos como la Unión Europea, la ONU o la OCDE han realizado importantes esfuerzos por trasladar el debate internacional de la RS a los contextos nacionales y locales. La Unión Europea promueve la puesta en práctica de políticas de RS desde la Cumbre Europea de Lisboa (2000) y la Agenda Social de la Cumbre de Niza (2000), dándole forma en el Libro Verde de la RSE (2001) que surge como una llamada de la Comisión a las empresas para que participen en la lucha contra la exclusión. Parte de la consideración de que están en unos entornos cada vez más complejos donde, a su actividad tradicional, deben añadir otras variables relacionadas con las nuevas inquietudes y exigencias de sus grupos de interés y de la sociedad, el respeto a criterios sociales y medioambientales en

sus decisiones de compra, la preocupación por el medio ambiente, o la transparencia en sus actividades.

El Libro Verde delimita las dos dimensiones que posee la RS: una interna (hacia el interior de la empresa) y otra externa (referida a sus interlocutores externos o *stakeholders*), y realiza una definición en la que se enfatiza que la RS significa, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales, un plus voluntario integrado en la estructura de la empresa en relación con las preocupaciones sociales, laborales, medioambientales y de respeto a los derechos humanos, responsabilizándose de todos los impactos que se deriven de sus acciones.

Posteriormente, a través de directivas y con el desarrollo de la Agenda Social Europea, ha ido orientando la acción de los gobiernos de la UE en este terreno. Por su parte, las Naciones Unidas aprueban en la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro (1992) la Agenda 21, como programa amplio con un conjunto de estrategias dirigidas a detener e invertir los efectos de la degradación del medio ambiente, buscando un desarrollo sostenible. La Agenda 21 supone un paso hacia una auténtica filosofía del desarrollo sostenible, transformando el modelo de desarrollo por uno nuevo que satisfaga las necesidades actuales de los ciudadanos sin poner en riesgo a las generaciones futuras.

En paralelo, en estos mismos años se adapta la normativa española, siguiendo directivas europeas, en aspectos relacionados con la eficiencia energética de los edificios, la contratación pública, o la accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en el acceso a los edificios y servicios públicos. También a nivel autonómico se han producido iniciativas de estímulo a la RS, siguiendo la línea de lo que hemos visto a nivel de la Administración General del Estado.

Además, en sus relaciones con terceros una Administración responsable debe realizar políticas públicas que incorporen incentivos a las organizaciones que desarrollen un comportamiento socialmente responsable, vinculando el gasto público a las empresas socialmente responsables (Oruezabala y Rico, 2012; Burzaco Samper, 2016). Su volumen de contratación de bienes y servicios le permite estimular a aquellas empresas que produzcan bienes o servicios más sostenibles y responsables a través de las políticas de contratación y de compra responsables, tanto en la selección del producto como del proveedor (compra pública responsable) (Shadrina y Romodina, 2017).

La Comisión Europea, en el año 2008, definió la contratación pública responsable como «un proceso mediante el cual los poderes públicos tratan de adquirir bienes, servicios y obras con un impacto ambiental reducido durante todo su ciclo de vida y unas consideraciones sociales y éticas, en comparación con los bienes, servicios y obras con la misma función primordial que de otra manera se adquirirían».

Más adelante, en el año 2011, se refiere a ella como «operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético, y un cumplimiento voluntario más amplio de RS de las empresas, a la vez que se respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea y las Directivas de contratación». Según esto, a través de la contratación pública, los poderes públicos pueden realizar una política de intervención en la vida económica, social y política del país, que permita conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación (Brammer y Walker, 2011).

Las Administraciones Públicas son organizaciones con un papel importante de RS en su propia gestión. En cuanto organizaciones que prestan servicios a los ciudadanos, deben avanzar en la implantación de prácticas de gestión responsable –predicar con el ejemplo– y no aconsejar a los demás lo que deben hacer, sin empezar por ellas mismas, porque pierden toda legitimidad ante la sociedad. Como se recoge en la Recomendación 34 del Informe de la Subcomisión del Congreso: «La Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas, las Empresas Públicas y la Administración Local deben ser ejemplares en la integración de los principios y prácticas de la RS en su propio funcionamiento».

3. Breve repaso del marco normativo español

En España, el compromiso con la RS en las Administraciones públicas se hace patente en las diferentes leyes promulgadas en la última década y orientadas en tres direcciones; a) impulsar la publicidad activa de las administraciones y entidades públicas y de interrelación con los ciudadanos, a través de las webs; b) garantizar el acceso a la información (Ley 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos); c) establecer las recomendaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos (Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible que establece medidas para la racionalización y contención del gasto así como para incrementar la transparencia fiscal de la Administraciones públicas). Esta Ley deja patente que estas medidas deben llevarse a cabo dentro del marco de sostenibilidad e incluye un apartado (art. 39: Promoción de la RSE), señalando, en concreto, la transparencia en la gestión, el compromiso con lo local y el medio ambiente, el respeto a los derechos

humanos, la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, y la accesibilidad universal a las instalaciones y servicios públicos. La eficiencia es uno de los elementos importantes: art. 32.4 «todo gasto se evaluará atendiendo a los principios de eficiencia y simplificación de los servicios prestados, incentivando la productividad del sector público». En cuanto a la información, debe tener carácter público (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno); para contribuir a restaurar la confianza en las Instituciones con un doble alcance: de un lado, incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública a través de obligaciones de publicidad activa para todas las administraciones y entidades públicas; de otro, reconocer y garantizar el acceso a la información; en concreto en su art. 8: «Información económica, presupuestaria y estadística» enumera las diferentes partidas que deben ser publicadas, y los efectos para la entidad en el caso de no cumplir con lo estipulado.

En cuanto al control de la deuda comercial, se ha establecido la obligación a las Administraciones Públicas de hacer público su periodo medio de pago (PMP) a proveedores (Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de Control de la Deuda Comercial en el Sector Público) generándose una herramienta de seguimiento de la deuda comercial y la obligación para las Administraciones de incluir en sus planes de tesorería información relativa al pago a proveedores.

Además del marco normativo descrito, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social ha publicado la Estrategia Española de Responsabilidad Social 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de las organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora. En ella se definen la visión, principios, objetivos, líneas de actuación y plan de medidas en materia de RS y su integración en la educación, formación e investigación. Sin embargo, en el caso de los municipios españoles, la información sobre indicadores de desempeño y de gestión presupuestaria sigue siendo muy escasa e insuficiente para testar la eficiencia del gasto y comparar el nivel de servicios prestado con la forma de financiamiento (Tax Rate/Transfer Rate) de los mismos.

En España, en el ámbito de la Administración General del Estado, se han desarrollado iniciativas de promoción de conductas sostenibles, entre las que podemos mencionar la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de dependencia de promoción de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, que transpone la Directiva Europea 2004/355, la Ley 45/2007, de 13 de diciembre para el Desarrollo Sostenible del medio rural, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que establece las medidas para la racionalización y contención del gasto, así como para incrementar la transparencia fiscal de las Administraciones Públicas, o la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de

Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, entre otras. Más reciente es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, pone de manifiesto el compromiso del Estado con la sostenibilidad a través de la inclusión de criterios sociales, ambientales y éticos en sus contrataciones.

Son muchos los acuerdos, guías y publicaciones que han ido desarrollando distintas Administraciones Públicas, que incorporan ejemplos y buenas prácticas como medidas ejemplares para el impulso de la contratación pública sostenible (Bernete García, 2013; Vañó Vañó, 2016). Sin embargo, a pesar de su importancia, no existe un instrumento de medida específico que evalúe este tipo de conductas.

Tal y como señalan Gutiérrez-Ponce, Chamizo González y Cano Montero (2018), se hace necesario, en las Administraciones Públicas en general desarrollar una cultura de la RS que conlleve la prestación de los servicios sociales y al mismo tiempo, la sostenibilidad de estos, de tal manera que, las variables de eficiencia y control del gasto, acompañadas de un fortalecimiento financiero, permitan la sostenibilidad de los servicios que prestan los municipios y administraciones locales. Un aspecto menos desarrollado, como señala Melle Hernández (2007), es el que tiene que ver con las memorias RS, o la información que la organización debe proporcionar para hacerlas verificables y transparentes, asegurando su calidad y verificación externa e independiente, que es lo que permitiría evaluar la auténtica «convicción RS» de la organización, o la asunción de los auténticos valores que trata de promover la filosofía de la RS.

4. Responsabilidad Social Corporativa (RSC), transparencia e información financiera y no financiera

En Europa, tras la aprobación de la Directiva Europea 2014/95, y su adaptación a las características específicas de cada estado miembro, se propone que las entidades de interés público (EIP) publiquen un «Estado no financiero» (EINF) sobre cuestiones ambientales y sociales y de gobierno corporativo de obligado cumplimiento desde 2018. La obligación de elaborar y divulgar el estado de información no financiera ha provocado reajustes en la información corporativa en cuanto a la presentación, comunicación y la verificación o ratificación de su autenticidad. Todo ello ha supuesto la delimitación y concreción de los indicadores no financieros ESG (Environmental Social Governance).

La Directiva 2014/95/UE sobre información no financiera, establece las normas sobre la divulgación de información no financiera y sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas.

— Se aplica a 11.700 empresas y grupos, de interés público, con más de 500 empleados. Son empresas cotizadas, bancos, compañías de seguros y otras empresas designadas por las autoridades nacionales como entidades de interés público.
— Se trata de información relacionada con:
  - asuntos ambientales
  - asuntos sociales y trato de los empleados
  - respeto de los derechos humanos
  - anticorrupción y soborno
  - diversidad en los consejos de administración de las empresas (en términos de edad, género, formación y formación profesional

El camino estratégico emprendido por las organizaciones empresariales se fundamenta en su disposición a presentarse como socialmente responsables, mejorando en transparencia y comunicación de todas sus actividades y a todos los grupos de interés (*stakeholders)*. En este sentido, la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) afecta a la transparencia y comunicación de la información financiera y no financiera. Por ello la transparencia de la información financiera y no financiera consolida la reputación corporativa de todas las organizaciones públicas y privadas y, según Global Reporting Initiative, el 47 % de los informes de sostenibilidad presentados en todo el mundo se originan en Europa. Así desde 2018, la obligación de elaborar y divulgar el estado de información no financiera (EI) ha provocado cambios significativos en la forma en que las grandes empresas europeas estructuran toda su información corporativa lo que ha supuesto un gran revulsivo también para las administraciones públicas que no pueden quedarse al margen de estos importantes cambios en la transparencia, y el desarrollo sostenible.

La divulgación de información no financiera o de responsabilidad social corporativa contribuye a medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las organizaciones y su impacto en la sociedad. Además, la publicación de esta información resulta esencial para la gestión de la transición hacia una economía mundial sostenible que combine la rentabilidad a largo plazo con la justicia social y la protección del medio ambiente. Por ello es fundamental que las entidades de interés público divulguen los informes de sostenibilidad destacando la información no financiera ESG relativa a las actuaciones medioambientales (Environmental), sociales (Social) y de Gobernanza (Governance).



Por lo tanto, la sostenibilidad se puede definir como el desarrollo equilibrado social, ambiental y económicamente para que sea duradero. Por lo tanto, la Unión Europea ha llevado a cabo un conjunto de iniciativas políticas cuyo objetivo es situarla en el camino hacia una transición ecológica, con el objetivo último de alcanzar la neutralidad climática de aquí a 2050. Es la base para la transformación de la UE en una sociedad equitativa y próspera con una economía moderna y competitiva

La transparencia de la información financiera y no financiera es un asunto fundamental en todos los estados miembros de la UE. Además, este objetivo está dentro de los Objetivos marcados por la Agenda 2030 y por ello los países han adaptado sus legislaciones en materia de información no financiera ESG que se publica en sus informes de sostenibilidad. En la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible se incorporan 169 metas y un total de 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

La asunción de los ODS por parte de los distintos EEMM firmantes pone en marcha un engranaje de participación y de transparencia, que en el caso de España se materializa a través de programas nacionales que promuevan una gestión responsable, aprobando, por el Consejo de ministros, «el Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030», además de crear un Alto Comisionado para su cumplimiento, en virtud del Real Decreto 419/2018.

De este modo, en la consecución de estos objetivos, el sector público va a ocupar una posición de garante, puesto que desde el mismo se impulsan políticas no solo a nivel nacional, sino también a nivel local y regional, premisa que se traslada al ámbito de actuación de todos los niveles de la Administración Pública, a

fin de que se implementen, de forma dinámica, los principios de RS en sus respectivos modelos de gestión con la intención de alcanzar un desarrollo sostenible. De hecho, se considera que la función que la AP cumple actualmente en este contexto la convierte en «catalizadora».



Fuente: Organización de las Naciones Unidas

Para Brugué (2004), la chispa transformadora de la AP está en el conjunto de mutaciones sociales de fondo producidas, que han dejado el modelo tradicional de Administración en una situación muy delicada y que requiere inventar algo diferente para responder a las exigencias sustantivas de un nuevo orden social, partiendo del reconocimiento de las dificultades de esa Administración para dar respuesta a las exigencias de una sociedad más compleja, más inestable y diversa. Por tanto, la clave es la responsabilidad, no el control o la economía como se plantea en la Administración burocrática.

En España, con la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se profundiza en la vertiente social y medioambiental de la contratación pública. Además, en 2019 entró en vigor Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad y a principios de 2021 la ley española comenzó a aplicar no solo a las empresas de más de 500 empleados, sino también a aquellas con más de 250 empleados a cierre de ejerci-

cio y que sean consideradas de interés público; o bien que, cumpliendo el requisito de total de empleados, el total de las partidas de su activo sea superior a 20 millones de euros, o el importe neto de su cifra anual de negocios supere los 40 millones de euros. Según Gutiérrez-Ponce (2023), todas las empresas presentan sus informes de sostenibilidad verificados, que el nivel de información ESG es superior al 75% y que el GRI es el estándar de sostenibilidad utilizado. Además, todas las empresas aportan en promedio un nivel de información del 75 % sobre todos y cada uno de los 17 objetivos de la Agenda 2030. También se encontraron analogías significativas entre el nivel de divulgación de información GRI-ESG y el nivel de desempeño en los ODS/ESG. Además, cuanto mayor sea el nivel de información sobre los estándares ambientales GRI, mejor será la posición de la empresa en el ranking de ODS ambientales.

Estos resultados indican que las entidades españolas de interés público presentan un nivel aceptable de información sobre sostenibilidad y de compromiso con los objetivos de desarrollo sostenible. Esta sensibilización también se ha trasladado a las administraciones públicas que apuestan por la transparencia y el desarrollo sostenible materializado en partidas de gastos concretas y asociadas a los ODS.

A nivel europeo también se ha puesto el foco en las «finanzas sostenibles» con el propósito de garantizar que el sector financiero desempeñe un papel significativo en la consecución de los objetivos del Green Deal de la EU y concretado en tres objetivos fundamentales:

a) Aumentar los flujos de capital privado hacia la inversión ambiental sostenible, con el fin de lograr un crecimiento sostenible e inclusivo.
b) Gestionar los riesgos financieros derivados del cambio climático, el agotamiento de los recursos, la degradación del medio ambiente y los problemas sociales.
c) Fomentar la transparencia y el largo plazo en las actividades financieras y económicas.

Con la aprobación de la Directiva 2022/2464/UE sobre información corporativa en materia de sostenibilidad, el Parlamento Europeo ha dado un gran paso en materia de sostenibilidad. La Sustainability Reporting Directive (CSRD) que modifica la Directiva 2014/95/UE y sus requerimientos relativos al Non-Financial Reporting (NFRD); la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) 537/2014 y define los siguientes objetivos:

— Mejorar la rendición de cuentas de las empresas, al obligarlas a informar regularmente sobre el efecto de su actividad en las personas y el medio ambiente.

— Equiparar la información sobre sostenibilidad con la información financiera, permitiendo al público acceder a datos fiables y comparables. También supondrá un avance hacia el establecimiento de estándares sobre sostenibilidad a nivel global.
— En cuanto al ámbito de aplicación; los nuevos requisitos de información sobre sostenibilidad de la UE se aplicarán a todas las grandes empresas, coticen o no en los mercados de valores. Las empresas no comunitarias con actividad sustancial en la UE (con un volumen de negocios superior a 150 millones de euros en la UE) también tendrán que cumplirlas, al igual que las pymes que cotizan en bolsa.
— Modificar el término «información no financiera» por «información sobre sostenibilidad», entendiendo que ésta tiene «cada vez más relevancia financiera».
— Ampliar la exigencia de presentar información detallada en materia de sostenibilidad a todas las grandes empresas y a todas las empresas que cotizan en mercados regulados, excepto las microempresas.
— Incluir explícitamente las cuestiones vinculadas con gobernanza (además de las sociales y las medioambientales) entre los ámbitos sobre los que las empresas deben reportar, haciendo hincapié, por ejemplo, en «el papel del consejo de administración y de la dirección en lo que respecta a las cuestiones de sostenibilidad».
— Poner mayor foco en el reporte de la relación entre el modelo de negocio y la estrategia de la organización con las necesidades de los grupos de interés y con la transición hacia una economía baja en carbono; así como en el ámbito de los derechos humanos y la salud de las personas.
— Exigir la perspectiva de la «doble significatividad» o doble materialidad en el reporte de información, obligando a las empresas a «informar tanto sobre la manera en que les afectan diversas cuestiones de sostenibilidad como sobre las repercusiones de sus actividades en las personas y el medio ambiente».
— Garantizar la comparabilidad y pertinencia de la información divulgada, a través del establecimiento de normas comunes obligatorias de presentación de información.
— Exigir que la información reportada tenga en cuenta marcos reconocidos internacionalmente, como la Agenda 2030 o las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE.
— Requerir que las empresas elaboren sus estados financieros y su informe de gestión en formato digital (XHTML) para facilitar su revisión y comparabilidad.

— Crear un punto de acceso único europeo o plataforma de acceso digital a escala de la UE a la información pública financiera y sobre sostenibilidad de las empresas.
— Se armonizará la información Environmental Social Governance (ESG) mediante el desarrollo de los European Sustainability Reporting Standards (ESRS) elaborados por el grupo de trabajo European Financial Reporting Advisory Group del Economic and Financial Affairs Council (EFRAG).

¿Cuáles son los siguientes pasos en la UE? Las normas incluidas serán de obligado cumplimiento para las empresas, en diversas fases según tamaño:

1. A partir de principios de 2024 para grandes empresas de interés público (más de 500 empleados) ya sujetas a la directiva sobre información no financiera, que deberán entregar sus informes en 2025.
2. A partir de principios de 2025 para grandes compañías no sujetas a la directiva sobre información no financiera (más de 250 empleados y/o una facturación de 40 millones de euros y/o 20 millones en activos totales), que deberán entregar sus informes en 2026.
3. A partir de principios de 2026 del 1 de enero de 2026 para las pymes cotizadas y otras empresas, que deberán entregar sus informes en 2027.

5. Conclusiones

De la revisión de la literatura se puede concluir que, cada vez más y con carácter general, las Administraciones Públicas son conscientes y se preocupan por los aspectos que tienen que ver con la Transparencia, la RS y la sostenibilidad. Del análisis de la situación actual de las contrataciones públicas sostenibles, constatamos los importantes esfuerzos de las iniciativas, tanto nacionales como internacionales, encaminadas a fortalecer un marco regulatorio en esta materia. Concretamente, en España, se observa que son muchas las administraciones que adoptan el compromiso de ser socialmente responsables en sus contrataciones. Sin embargo, hemos podido comprobar la gran tarea que queda por hacer para adaptarse al marco normativo en estas materias.

Señalar, también, la necesidad de llevar a cabo estudios que permitan evaluar los comportamientos responsables de las Administraciones Públicas en relación con sus contrataciones, así como observar la evolución en el tiempo, poder efectuar comparaciones y disponer de una visión global del estado de la RS en las contrataciones del sector público. Para ello, proponemos un análisis de contenido de los pliegos de condiciones de las Administraciones Públicas, utilizando los

indicadores propuestos por Gutiérrez Ponce, Nevado Gil y Pache Durán (2019), asignándoles valores para poder cuantificarlos. Planteamos, por tanto, la construcción de índices que nos permitan cuantificar el grado de comportamiento responsable y, así, poder establecer rankings y comparaciones entre las administraciones.

Gutiérrez Ponce, Chamizo González y Cano Montero (2018), al estudiar las liquidaciones presupuestarias de los aproximadamente 9.500 municipios y otros entes locales españoles, han puesto de relieve en qué medida, la forma de obtener los ingresos los municipios españoles, puede explicar su compromiso con las políticas de gastos sociales y, en consecuencia, ser un factor que expliquen el nivel de RSC asignable a cada municipio. En concreto, el 48.99 % de los municipios españoles, que se financian con impuestos, cumplen con los dos indicadores de RSC y por tanto tienen un nivel de RSC más alto. Sin embargo, a los municipios cuya fuente mayoritaria de ingresos son las transferencias del Estado o de la Comunidad Autónoma se les puede atribuir un nivel de RSC más bajo.

Este estudio pone de manifiesto que el origen de los ingresos de los entes públicos puede condicionar el tipo de políticas de gastos que lleven a cabo, su eficiencia y nivel de RSC. En consecuencia, se demuestra que las relaciones entre las políticas de ingresos y gastos de cada municipio repercuten directamente en su nivel de RSC. Además, hemos podido constatar la relación entre el nivel de gastos dedicados a la devolución de deuda e intereses, el nivel de RSC de los municipios, por cumplir éstos con los dos indicadores y la forma de obtener los ingresos. De la relación, entre estos tres factores señalados, podemos concluir que los municipios financiados con impuestos cumplen mejor con los indicadores de RSC y con la estabilidad presupuestaria que los que se financian mediante trasferencias.

En resumen, se ha demostrado que el presupuesto es una herramienta financiera que va más allá de la clasificación de los gastos e ingresos por naturaleza o por funciones y que puede ser una herramienta para analizar la contribución de los municipios y otras administraciones públicas a las políticas de RSC. Si a esto añadimos indicadores de los servicios prestados (de actividad, número de prestaciones y costes de los servicios) e indicadores sobre el grado de satisfacción de los ciudadanos, se podrán establecer mecanismos de mejora continua, en cuanto a transparencia, políticas públicas de buen gobierno, políticas de inclusión social y mejora de la calidad de vida de los ciudadanos. Por tanto, es necesario desarrollar indicadores de ética pública que nos muestren el coste y la utilidad de los servicios y permitan su evaluación. Las administraciones locales deben evolucionar hacia un buen gobierno que incorpore en su gestión los principios de la RS (transparencia completa, rendición de cuentas, sostenibilidad medioambiental, diálogo con sus *stakeholders* y alianzas con múltiples grupos de interés).

El Estado Español ha asistido a un proceso paulatino en el que el fenómeno de Responsabilidad Social se va incorporando a la actividad de gestión de los organismos que constituyen la AP y que ello se evidencia en diferentes campos de actuación, tales como la Contratación Pública Socialmente Responsable, destacando en dicha materia la incorporación de cláusulas sociales, o tales como la elaboración de códigos de conducta, memorias de sostenibilidad y la aplicación de prácticas de buen gobierno, sin embargo, que sean muchas las prácticas que manifiestan una aplicación característica de RSA no equivale a afirmar que la responsabilidad social se haya incorporado en su totalidad, ni que este proceso haya culminado.

Referencias

Bernete García, Juan (2013). «Cláusulas sociales en la contratación pública: nuevos instrumentos para el fomento del empleo a nivel local», *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 26 (1).

Brammer, Stephen; Walker, Helen (2011). «Sustainable procurement in the public sector: an international comparative study». *International Journal of Operations & Production Management*, 31 (4).

Brugué, Quim (2004). «Modernizar la administración desde la izquierda: burocracia, nueva gestión pública y administración deliberativa», *Revista del CLAD, Reforma y democracia*, núm. 29.

Burzaco Samper, María (2016). «Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 86.

Canales Aliende, José Manuel (2003): «Algunas reflexiones sobre los principales problemas y desafíos pendientes en la innovación de las Administraciones Públicas», en M. Fernández, J. Sierra y J. Valero (coord.): *Nuevos retos en el horizonte de las Administraciones Públicas*, Murcia, Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia.

Gelderman, Cees J.; Semeijn, Janjaap; Vluggen, Rob (2017). «Development of sustainability in public sector procurement», *Public Money & Management*, 37 (6).

Gutiérrez-Ponce, Herenia (2023). «Sustainability as a strategy base in Spanish firms: Sustainability reports and performance on the sustainable development goals», *Sustainable Development,* 31 (4).

Gutiérrez Ponce, Herenia; Chamizo González, Julián; Cano Montero, Elisa (2021). «Municipal policies in Spain to promote Sustainable Develop-

ment Goals (SDGs): An approach to the fourth sector», en M.I. Sánchez-Hernández, L. Carvalho, C. Rego, M.R. Lucas, A. Noronha (ed.): *Entrepreneurship in the Fourth Sector: Entrepreneurial Ecosystems and Sustainable Business*. New York, Springer.

Gutiérrez Ponce, Herenia; Chamizo González, Julián; Cano Montero, Elisa (2018). «Estabilidad presupuestaria, financiamiento y responsabilidad social en los municipios españoles», *Contaduría y Administración*, núm. 63 (3).

Gutiérrez Ponce, Herenia; Nevado Gil, María Teresa; Pache Durán, María (2019). «La contratación pública responsable. Diseño de indicadores de medición», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 96.

Longo, Francisco (2012). «Innovación en gobernanza: entornos colaborativos y liderazgos relacionales», *Economiaz*, núm. 80.

Melle Hernández, Mónica (2007). «La responsabilidad social dentro del sector público», *Ekonomiaz*, núm. 65.

Oruezabala, Gwenaëlle; Rico, Jean-Charles (2012). «The impact of sustainable public procurement on supplier management-The case of French public hospitals». *Industrial Marketing Management*, 41 (4).

Sánchez, José Juan (2001). *La administración pública como ciencia. Su objeto y estudio*, México, Plaza y Valdés.

Shadrina, Elena; Romodina, Irina (2017). «Sustainable Public Procurement: International Experience», *Public administration issues*, 1.

Trujillo Giménez, Esther; López González, María José; Álvarez Civantos, Óscar (2011). *Manual de Gestión Pública Responsable,* Madrid, Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas.

Vañó Vañó, María José (2016). «Limitaciones a la aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública desde la perspectiva del derecho de la competencia», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 87.

V
GOBERNANZA EN RED

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DESPLIEGUE DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Ricard Martínez Martínez
Profesor de Derecho Constitucional de la Universitat de València
Director de la Cátedra de privacidad y Transformación Digital
Microsoft-Universitat de Valencia

1. De la limitación de la informática a su desarrollo acelerado

El enfoque jurídico de la inteligencia artificial está descendiendo a marchas forzadas de los enfoques basados en principios a la creación de marcos de normatividad muy específicos. Aunque pueda resultar contradictorio con las afirmaciones de optimismo que vivimos tras el consenso finalmente alcanzado para aprobar la Artificial Intelligence Act (AI Act)[1], debe señalarse que históricamente la academia, y desgraciadamente el legislador, adolecen de una conexión profunda con las necesidades estratégicas que de algún modo nos presenta la realidad. Probablemente ello se deba a que desde hace mucho tiempo enfrentamos el desarrollo tecnológico desde la patología y la negatividad. El ejemplo más reciente puede situarse en el desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos. Aunque se presente como una historia de éxito, al menos desde el Reglamento General de Protección de Datos —Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE—, lo cierto es que el marco jurídico que nace con el Convenio 108/1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal,

[1] A lo largo de este documento se tomará como referencia el texto publicado tras la aprobación final por el Parlamento Europeo el 13 de marzo de 2024. P9_TA(2024)0138. Reglamento de Inteligencia Artificial: Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)).

hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, y la Directiva 95/46/CE fracasó estrepitosamente a la hora de disciplinar las redes sociales y las aplicaciones móviles facilitando la monetización de nuestra privacidad desde un enfoque basado en el consentimiento[2]. En la práctica, en el ámbito de la inteligencia artificial se han reproducido de nuevo esquemas muy conocidos que van de una visión pesimista respecto de las capacidades de los Ordenamientos para hacer frente a esta realidad a visiones hipercríticas, pero poco adecuadas para la resolución de problemas[3]. Posiblemente, al menos en las personas que venimos del ámbito del Derecho Constitucional, ello posea una cierta naturaleza genética. Nacimos en una tradición tributaria de la función limitadora del poder que cumplen las constituciones normativas y de la propia naturaleza de los derechos fundamentales de primera generación como garantes de una esfera de libertad individual que se concibe como una suerte de blindaje frente a las interferencias de terceros y, singularmente, del Estado.

Este acervo cultural, que en realidad permea la formación de los juristas, se traduce en un enfoque muy determinado de la tecnología que seguramente ejemplifica hasta el extremo el artículo 18.4 de la Constitución Española cuando ordena que la ley limite la informática en garantía de los derechos al honor, la intimidad y el pleno ejercicio de los derechos. Pero esta aproximación, que pudo ser funcional en la etapa previa a la llegada del smartphone y las redes sociales, posee un alcance limitado en plena transformación digital. Limitar la informática en sus orígenes pudo resultar eficaz en las relaciones frente al Estado. Sin embargo, en nuestros días un entendimiento radical de este objetivo limita las posibilidades de despliegue del Estado social y plantea dificultades cuando opera en las relaciones privadas. De ahí que se impongan necesariamente dos estrategias. La primera, un intenso desarrollo legislativo de los derechos fundamentales en clave digital[4]. La segunda, la tutela mediata de los derechos fundamentales por autoridades independientes muy especializadas. Ello sin perjuicio de reivindicar la ne-

[2] Esta materia ha sido objeto de investigación y reflexión constante. Una parte de la crítica expresada a la conformación constitucional del derecho fundamental a la protección de datos se expresó con detalle a partir de las posiciones de Schwartz (2000): cómo la asimetría en las posiciones del operador de internet y el usuario convertía el consentimiento en una mera formalidad (Martínez Martínez, 2004; Martínez Martínez, 2019a).

[3] Con posterioridad nos referiremos a una línea de pensamiento que permea a la doctrina prácticamente en los últimos 30 años.

[4] Basta con una lectura de los documentos sobre derechos digitales o principios emanados del Gobierno de España y de la Unión Europea, la Carta de Derechos Digitales y la Declaración sobre los Derechos y Principios Digitales de la Unión Europea, para entender hasta qué punto el terreno se halla abonado para futuros desarrollos legislativos. La primera recorre las distintas generaciones de derechos (libertad, igualdad y participación) añadiendo materias específicas. Por otra parte, apuesta por un texto articulado que permite intuir futuras regulaciones. Ambas entienden que la inteligencia artificial constituye uno de los ámbitos que deben ser atendidos.

cesidad de que tanto las administraciones como la jurisdicción sean capaces de reaccionar en ausencia de normas específicas con todos los instrumentos que el Derecho ponga a su alcance[5].

Por otra parte, el desarrollo acelerado de las capacidades de tratamiento de datos, la analítica de la información y la inteligencia artificial nos enfrenta a un cambio de paradigma para el que el enfoque reactivo o puramente negacionista ya no sirve. Sin embargo, probablemente asistimos en este periodo un momento álgido en el rechazo crítico de las tecnologías digitales. Al igual que ya sucediera con el movimiento ludita (Van Daal, 2015), este enfoque resulta plenamente justificado en aquellos ámbitos en los que la sociedad aprecia la existencia de un riesgo para los derechos fundamentales o un cambio sustancial en el modelo social y económico con un riesgo significativo en la pérdida de

[5] En los últimos tiempos asistimos a dos ejemplos que ponen de manifiesto esta necesidad. El primero de ellos, más cercano a nuestro objeto de estudio, se relaciona con el uso de una herramienta de IA por menores para generar imágenes pornográficas falsas con las caras de sus compañeras de colegio. Como señalamos en una publicación divulgativa [Martínez (2023b)], en pocos días pasamos de disfrutar de un cantaor resucitado, El Fary, a una situación poco menos que distópica. Sin embargo, una vez más la comunicación pública e incluso la indagación legal se centró en los menores y en sus hechos en lugar de en el proveedor del servicio.

Mayor trascendencia han tenido en la comunidad jurídica sendos autos dictados por el juez Pedraz, de la Audiencia Nacional, ordenando primero bloquear el servicio de Telegram y después retirando su decisión. La razón para ello no era otra que la absoluta falta de colaboración de la compañía a la hora de verificar un posible tráfico ilícito de contenidos vulnerando derechos de propiedad intelectual. Tras dictar un primer auto el 22 de marzo de 2024, tres días después dicta otro auto en el que el juez asume que su decisión ha sido desproporcionada por cuanto produciría un efecto lesivo sobre la libertad de expresión y de comunicarse de millones de personas. El debate informal suscitado entre los expertos cae en los lugares comunes habituales. Todo el mundo afirma que el magistrado desconoce los más elementales rudimentos en el funcionamiento de internet. Sin embargo, afirman esto los habituales de la defensa de los derechos fundamentales y de la crítica a la acción de las multinacionales en una suerte de paradoja argumentativa. En nuestra opinión, y por más que la medida no resultara acertada, la intuición del juez es certera. No es tolerable que una compañía se instale en países que se niegan a la cooperación judicial internacional y no cumpla con nuestra legislación procesal cuando está tratando datos en España y prestando servicios de la sociedad de la información que le obligan a cumplir con la ley nacional. Y, por duro que resulte afirmar algo así, la postura de las autoridades judiciales debería ser clara e irrenunciable: la ley debe cumplirse. Seguramente, podría concederse una moratoria a los usuarios para que puedan migrar a otras plataformas. Pero el mensaje debería ser muy claro: aquellos que no cumplan nuestras leyes no deben poder operar en España. Hoy sabemos que AI Act se publicará y estará plenamente en vigor, deberemos esperar doce meses para su aplicación a los modelos de IA general o generativa o del capítulo de sanciones. ¿Debemos entender que se abren doce meses de impunidad? Ciertamente esta es una afirmación maniquea, es obvio que los operadores jurídicos necesitan de un plazo para adaptarse y la propia creación o acomodo de las autoridades administrativas independientes no es un proceso sencillo. Sin embargo, debe hacerse notar un hecho: la propuesta de AI Act es de 21 de abril de 2021. Es posible que algunas de sus medidas se apliquen en mayo de 2025, pero otras deberán esperar a mayo de 2027. ¿Cada vez que una nueva tecnología un gadget vulnere nuestros derechos deberemos esperar a que la máquina legislativa de la UE resuelva los problemas seis años después?

nuestro modo de vida. De ser ciertas las tendencias sobre pérdida de empleo que auguran consultoras como MacKinsey (Manyika, Lund, Chui, Bughin, Woetzel, Batra, Ko y Sanghvi, 2017), sectores enteros de empleo podrían desaparecer debido a la automatización que proporcionará la inteligencia artificial. De ser así, el futuro presenta un riesgo de convulsiones sociales relevantes. En un estudio reciente (Hazan, Madgavkar, Chui, Smit, Maor, Dandona y Huyghues-Despointes, 2024) se señala que el efecto en el empleo hasta 2030 será asimétrico, de modo que existe una expectativa de crecimiento para los empleos que se sitúan en la banda salarial alta y más alta y de decrecimiento en las rentas medias y bajas. Es una previsión uniforme para EE.UU. y la UE y, según el estudio, los trabajadores con salarios bajos pueden tener que superar una doble desventaja: se enfrentan al riesgo de perder el empleo debido a la disminución de la demanda de sus ocupaciones y, al mismo tiempo, pueden encontrar posibles obstáculos para acceder a empleos mejor remunerados si carecen de las cualificaciones necesarias.

Por otra parte, la monetización salvaje de nuestra privacidad por los servicios de la sociedad de la información ha alumbrado un sector económico que en gran medida ha basado su crecimiento y consolidación, desde una falsa defensa de la libertad de expresión[6], mediante la generación de información orientada exclusivamente a la explotación de nuestras pulsiones más íntimas a través de estrategias de marketing sustentadas por las teorías neurocientíficas sobre las decisiones humanas. Ha sido el modelo de personalización de estos servicios funcional a los objetivos del marketing el que ha permitido a empresas como Cambridge Analytica generar riesgos sistémicos para la democracia tanto desde el punto de vista de la alteración de los procesos electorales como en la aparición de modelos de negocio sectoriales en el ámbito de la desestabilización social y económica (Martínez, 2023a).

La necesidad de un cambio de paradigma en el enfoque de la tecnología se manifestó con toda su crudeza durante el periodo de la enfermedad de COVID. Nunca antes se ha necesitado con urgencia generar y tratar grandes volúmenes de información justo en el momento de mayor madurez social, y sobre todo filosófica y política en la conciencia sobre la relevancia de la privacidad. Y ello produjo una realidad contrafactual. En lugar de buscar soluciones capaces de balancear el interés público y el bien común con los derechos individuales se produjo, en nuestra opinión, una radical afirmación de corte liberal individualista. Reputados autores, seguramente desde cómodos sillones en casas bien ven-

[6] Un argumento común de las grandes plataformas consiste en afirmar que son cauce o instrumento para la libertad de expresión. Según este argumento los buscadores contribuyen a la localización de información y facilitan al usuario final un espacio para compartir información y opinión.

tiladas, hacían llamamientos irreales a practicar PCR a cada persona en abril de 2020 mientras las enfermeras alargaban al máximo la vida de las escasas mascarillas disponibles o fabricaban equipos de protección individual con bolsas de basura[7]. Las autoridades de protección de datos consideraban suficiente el marco normativo mientras prohibían el uso de datos de geolocalización[8] y el desarrollo de un aplicativo, radar-COVID, se demoró meses, nunca caló en una población a la que se había prevenido al máximo para preservar la privacidad aún a riesgo de contagio y necesitó de integraciones facilitadas por los demonizados operadores dominantes en el mundo de internet, amén de presentar sospechas en su seguridad al basarse en la conectividad Bluetooth. El resultado fue tan paradójico como contraintuitivo. El conocimiento científico sobre epidemias (Kucharski, 2020) hacía evidente la necesidad de informar en tiempo real el posible contacto con una persona infectada para cortar las cadenas de contagio. En lugar de diseñar entornos seguros, auditables y trazables para personali-

[7] Véliz (2020) afirmaba el 24 de marzo de 2020 que «las medidas más eficaces contra la pandemia no pasan por apps que afectan a nuestros derechos» y proponía practicar PCR a toda la población. Una búsqueda de noticias en esta fecha muestra por ejemplo que 4000 profesionales sanitarios estaban infectados o que se estaban solicitando donaciones de neveras para poder enviar medicamentos a domicilio desde las farmacias hospitalarias. El Gobierno andaba desesperado buscando mascarillas y presos de seis cárceles iban a empezar a fabricarlas. No discutimos el excelente trabajo de la Dra. Veliz, pero sin duda resulta un manifiesto ejemplo sobre como el desconocimiento sobre la realidad científica y tecnológica nubla en más de una ocasión el correcto entendimiento de la realidad.

[8] El Comité Europeo de Protección de Datos señalo en su Declaración sobre el tratamiento de datos personales en el contexto del brote de COVID-19, adoptada el 19 de marzo de 2020, que las normas de protección de datos (como el Reglamento general de protección de datos o RGPD) no entorpecen las medidas adoptadas para luchar contra la pandemia del coronavirus para a continuación afirmar que: «1.3. Por lo que se refiere al tratamiento de datos de telecomunicaciones, como los datos de localización, debe también cumplirse el derecho nacional que da aplicación a la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. En principio, los datos de localización solo pueden ser utilizados por el operador si han sido anonimizados o si se cuenta con el consentimiento de los interesados. No obstante, el artículo 15 de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas permite a los Estados miembros introducir medidas legales para proteger la seguridad pública. Esa legislación de carácter excepcional solo puede adoptarse si constituye una medida necesaria, apropiada y proporcionada en una sociedad democrática. Debe ajustarse a la Carta de los Derechos Fundamentales y al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Además, queda sujeta al control judicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su duración debe limitarse estrictamente a la situación de emergencia que la provoque». España, en «estado de shock» y en estado de alarma, debía impulsar una ley orgánica para que los servicios sanitarios pudieran realizar trazabilidad de contactos mediante geolocalización y comunicar mediante un SMS a una persona en riesgo que se quedase en su casa aislada para romper la cadena de contagio. Así, un mínimo un procedimiento seguro en términos de trazabilidad de los sistemas de información no era viable y se concedía prevalencia al derecho a la protección de datos frente a la automatización de la gestión de trazabilidad de contactos.

zar la información se apostó por la tecnología de 1900, esto es, la trazabilidad manual de contagios y los avisos telefónicos, así como por modelos de anonimización que se demostraron imposibles.

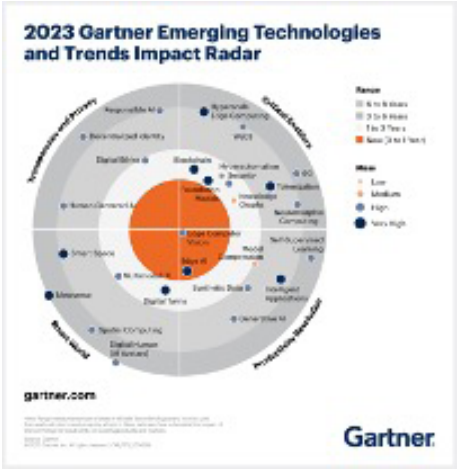
A nuestro juicio, basta con leer la exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios para apreciar un reconocimiento implícito de nuestros fracasos: «2) La pandemia de COVID-19 ha puesto de relieve la necesidad de tener un acceso oportuno a datos sanitarios electrónicos para la preparación y respuesta ante las amenazas para la salud, así como para el diagnóstico, el tratamiento y el uso secundario de los datos sanitarios. Disponer de este acceso a su debido tiempo habría contribuido, mediante una vigilancia y un seguimiento eficientes de la salud pública, a una gestión más eficaz de la pandemia y, en última instancia, habría ayudado a salvar vidas. En 2020, la Comisión adaptó urgentemente su Sistema de Gestión Clínica de Pacientes, establecido por la Decisión de Ejecución (UE) 2019/1269 de la Comisión, para permitir a los Estados miembros compartir datos sanitarios electrónicos de los pacientes de COVID-19 que se desplazaban entre los prestadores de asistencia sanitaria y los Estados miembros durante el período álgido de la pandemia, pero esta era solo una solución de emergencia, que mostraba la necesidad de un enfoque estructural a escala de los Estados miembros y de la Unión».

La lectura de este considerando demuestra el cambio de paradigma político y jurídico en la Unión Europea. Se trata de un reposicionamiento geoestratégico desde un enfoque propio basado en una visión política humanista que posiciona la dignidad humana, la garantía de los derechos fundamentales y el principio democrático en el centro de la acción jurídica que disciplina el desarrollo de la ciencia y la tecnología. La UE apuesta por un modelo en el que el ordenamiento opera como instrumento adecuado para tratar a la vez de disciplinar y de gobernar el uso de la tecnología y a la vez competir con EE.UU y China en el desarrollo de la inteligencia artificial. Pero es fundamental no equivocarnos en la lectura de las distintas normas que se van aprobando en una legislatura europea estajanovista en el mundo digital[9]. La garantía de los derechos fundamentales es precondición e instrumento para generar un mercado soportado por espacios de datos que permita el despegue de la transformación digital y la inteligencia artificial en los Estados miembros.

[9] Este planteamiento va más allá del Reglamento General de Protección de Datos o de AI Act y puede encontrarse por ejemplo en el Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos).

2. Transformación digital y Espacios Europeos de datos: la década digital europea

La Unión Europea ha definido una estrategia para navegar la llamada Cuarta Revolución. La revolución digital nos conduce a una sociedad dirigida desde los datos. No solo se trata de la llamada *Data Driven Economy*, el alcance de esta transformación será global y holístico. El modelo de toma de decisiones en todos los ámbitos será alimentado por los datos y basado en su análisis. En este contexto los entornos digitales en cualquiera de sus dimensiones —almacenamiento, tratamiento, generación de servicios, interfaces humano-máquina, *bots*…— serán omnipresentes. En este sentido, resulta particularmente ilustrativa la importancia que la consultora Gardner atribuye a la inteligencia artificial en sus tendencias tecnológicas para 2023 y hasta qué punto sitúa la IA generativa en su radar de 2024.



Fuente https://www.gartner.com/en/articles/4-emerging-technologies-you-need-to-know-about



Fuente https://www.gartner.es/es/articulos/entiende-y-aprovecha-la-ia-generativa-con-el-nuevo-radar-de-impacto-de-gartner

Del gráfico anterior y del informe llaman la atención no sólo el despliegue de esta tecnología (y de muchas otras que son instrumentales a ella en todas sus dimensiones) sino también la importancia que se concede a los aspectos relacionados con la ética y la regulación. Es evidente que crece la atención sobre la necesidad de disciplinar la inteligencia artificial. Más allá de las declaraciones que han llegado a solicitar una moratoria para la IA-Generativa (del tipo Pause Giant AI Experiments: An Open Letter), se comienza a situar el foco regulatorio en la transparencia en el uso de esas tecnologías, la preservación del derecho a la vida privada y, por encima de todo, en la concepción de una inteligencia artificial centrada en

el ser humano. Por ello no resulta sorprendente que Gardner recoja aspectos relacionados con la ética digital y cuestiones como la inteligencia artificial o el control sobre nuestra identidad digital.

Por otra parte, la necesidad de regular la IA trasciende la alarma generada por el lanzamiento de distintas inteligencias generativas y se adentra en el marco de lo geopolítico. A nadie se le escapa que existe una carrera en este ámbito que en principio lideran los Estados Unidos, con una fuerte competencia de China a las que sigue la Unión Europea (Muñoz y Pedreño, 2020). Y ello implica a la vez tres formas muy distintas de gobernanza de la investigación, la innovación y el emprendimiento. China, en tanto que dictadura comunista con un capitalismo dirigido, enmarca su despliegue científico y con él los aspectos relacionados con la IA en su estrategia del Nuevo Cinturón y Ruta de la Seda (VV.AA., 2026), aunque el hecho es que el país cuenta con una regulación de la inteligencia artificial anterior a la europea[10]. Con independencia de que se presenten esfuerzos normativos existen dudas fundadas sobre su equivalencia con el funcionamiento de reglas básicas en los países democráticos en materia de derechos humanos y libertades económicas. En este sentido, resulta bastante evidente la razón por la que el país con un control exhaustivo de la población mediante su programa de Crédito Social lidere la inteligencia artificial aplicada a la visualización de las imágenes y a la videovigilancia de última generación. Por otra parte, no debe olvidarse que China ha diseñado un espacio digital cerrado que emula mediante empresas propias todos los servicios de las grandes multinacionales norteamericanas que sólo pueden operar en su mercado bajo estrictas condiciones. Así, en una economía subordinada a la estrategia del Estado, con grandes volúmenes de inversión y con las puertas abiertas al desarrollo de pruebas que no son posibles en los países democráticos, el crecimiento de la investigación y la innovación es significativo.

Competimos también con Estados Unidos, que cuenta con un modelo de innovación muy flexible en el que la industria de las tecnologías de la información y las comunicaciones juega con la desregulación como ventaja competitiva. A pesar de las voces críticas la regla de que para triunfar en el mundo digital hay que moverse rápido y romper cosas se impone. No se trata de un territorio ajeno al derecho, sino de un modelo que difiere a códigos de conducta corporativos y en última instancia a la jurisdicción civil la disciplina normativa del desarrollo de la tecnología. Cuando ChatGPT se lanza al vacío a la caza de usuarios, hasta el punto de ser la compañía que más rápidamente ha superado la cifra de cien millones, juega con la ventaja de la experiencia. En primer lugar, conoce perfecta-

[10] China's Interim Measures for the Management of Generative Artificial Intelligence Services (Resumen Ejecutivo de PWC; traducción de la ley proporcionada por la Universidad de Stanford).

mente la lentitud del regulador y además sitúa su herramienta en una suerte de limbo en el que se afirma no tratar datos (entrevista) y que ralentiza la acción de las autoridades de protección de datos. Por otra parte, la experiencia demuestra que esta estrategia facilita procesos de acumulación de capital con el que responder económicamente en caso de demandas civiles desde una posición de fortaleza. Y así el sistema privilegia a aquellos que son capaces de caminar por el borde del precipicio sin caer[11]. Sin embargo, a pesar del triunfalismo europeo, debe recordarse que existe un esfuerzo normativo previo de EE.UU. mediante la Orden ejecutiva del presidente Biden en materia de inteligencia artificial (President Biden Issues Executive Order on Safe, Secure, and Trustworthy Artificial Intelligence).

La Unión Europea se enfrenta por su lado a un hecho evidente. Su investigación e innovación se despliega en un mercado regulado en el que no existen empresas con el músculo de las norteamericanas ni políticas de Estado comparables a las chinas. En uno y otro caso, las empresas de matriz norteamericana o china han acumulado inmensos volúmenes de datos y han necesitado para su gestión crear la infraestructura de hardware y redes que es funcional al despegue de la inteligencia artificial[12]. Por ello, la única estrategia posible parece apostar por su dimensión como gigante regulador y definir un marco de soberanía digital desde las normas que busca producir efectos significativos. Opera como barrera de entrada a su mercado de productos no alineados con sus reglas, asegura la tutela de los derechos y la sujeción a sus normas de operadores foráneos sin establecimiento físico, busca eliminar las posiciones monopolistas en la tenencia y explotación de los datos y, finalmente, define un estándar de calidad seguridad y confiabilidad UE del que espera obtener ventajas competitivas. Ello implica promover un mercado único de datos que desarrolle la computación de alta intensidad mediante estrategias de compartición y computación federada de datos a través de los espacios de datos e iniciativas como GAIA X. Esta estrategia comporta el despliegue paralelo de un bloque normativo ordenado a generar el contexto necesario para proporcionar a estados, investigadores y empresas espacios de datos útiles y capacidades analíticas (Shaping Europe's digital future).

[11] Esta parecía ser la regla para empresas como Meta o TikTok. Sin embargo las últimas acciones emprendidas por la Unión Europea y cuarenta y un estados de la Unión frente a las redes sociales más importantes anuncian un cambio de paradigma y parecen de algún modo dar la razón a la política legislativa europea (Martínez, 2023c).

[12] Es decir, han caminado los pasos que facilitaron los recursos de computación en la nube y ello permitió despegar el tratamiento de grades volúmenes de datos el Big Data. La llegada de la inteligencia artificial no es una novedad reciente, su marco teórico existe desde la conferencia de Darmouth de 1956. Y aunque el invierno de la IA fue sin duda largo, nadie duda de que compañías como Google llevan décadas investigando en modelos fundacionales dada su enorme capacidad de acceso a datos en buscadores.

En paralelo, tanto desde los fondos Next Generation como a través de los programas de investigación financiada con fondos europeos se promueven experiencias dirigidas a fortalecer la aparición de espacios de datos transeuropeos en sectores específicos (como Cancer Image Europe) o de entidades de intermediación capaces de promover nuevos mercados de analítica de datos al servicio de la pequeña y mediana empresa (European Federation of Data Driven Innovation Hubs o Digital Innovation Hub para el impulso económico de la Comunitat Valenciana).

Si bien se considera adecuado el enfoque de riesgo de Presno Linera que más adelante se comenta ampliamente, este carece de sentido si no opera como catalizador. En la sección siguiente, desde las metodologías aplicables, se profundizará en el modelo de gestión de riesgos. La cuestión que cabe plantearse a partir de la propuesta de la Unión Europea en materia de trasformación digital consiste en ser capaces de identificar oportunidades y no sólo desde el punto de vista económico.

Veamos algunos ejemplos. En principio, sin ningún género de duda lo que más preocupa a nuestra sociedad es el empleo de sistemas de videovigilancia de alto nivel con reconocimiento facial biométrico y soporte de IA. Y, precisamente por ello, las distintas versiones de la AI Act han ido pivotando entre su prohibición absoluta[13] o permitir un uso en supuestos muy específicos[14]. Y, sin embargo, en este ámbito surge un concepto particularmente fructífero, la vigilancia activa, cuyos resultados pueden ser particularmente relevantes. Un sistema de esta naturaleza podría (y debería) aprender a gestionar riesgos comunes en una ciudad que no requieren de identificación biométrica de alto nivel. Esto implica

[13] La enmienda núm. 202 del Parlamento Europeo al artículo 5.1.d excluyó literalmente el uso de sistemas de identificación biométrica en tiempo real en espacios públicos. P9_TA(2023)0236 Artificial Intelligence Act Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD))

[14] El artículo 5.1.h de la versión final prohíbe el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley, salvo y en la medida en que dicho uso sea estrictamente necesario para alcanzar uno o varios de los objetivos siguientes:

i) la búsqueda selectiva de víctimas concretas de secuestro, trata de seres humanos o explotación sexual de seres humanos, así como la búsqueda de personas desaparecidas;

ii) la prevención de una amenaza específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas físicas o de una amenaza real y actual o real y previsible de un atentado terrorista;

iii) la localización o identificación de una persona sospechosa de haber cometido una infracción penal a fin de llevar a cabo una investigación o un enjuiciamiento penales o de ejecutar una sanción penal por alguno de los delitos mencionados en el anexo II que en el Estado miembro de que se trate se castigue con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos cuatro años.

ser capaces de saber cuándo un espacio público se encuentra saturado y hay que adoptar medidas preventivas, si una conducción errática —por ejemplo, debida un infarto—, pone en riesgo a los conductores o gestionar en tiempo real eventos catastróficos. Más pronto que tarde deberemos discutir si el tráfico en las ciudades debe ser gestionado de modo inteligente limitando las capacidades de decisión del conductor. Lo cierto es que los modelos de gestión inteligente de las ciudades y su impacto en el medio ambiente y en el bienestar de las personas forman parte sustantiva de la agenda de la UE[15].

El anterior ejemplo es muy limitado. Deberíamos preguntarnos hasta qué punto la automatización de procesos y la monitorización de los sistemas de información podrán ser fieles aliados en la lucha contra la corrupción[16]. O si es posible una administración que preconceda ayudas y subvenciones limitando el esfuerzo de la ciudadanía en la presentación de documentación justificativa. E incluso yendo más allá, el escenario apunta a una dimensión analítica de estas políticas que las dote de un mayor grado de profundidad[17]. En nuestro propio oficio las metodologías cambiarán de modo sustancial. La mayor parte de plataformas que hasta hoy prestaban un soporte documental al jurista están evolucionando a la gestión inteligente. Pasarán de ser bases de datos a herramientas de

---

[15] Véase la Decisión de Ejecución de la Comisión Europea núm. 2024/459 de 1 de febrero de 2024 sobre la creación del Consorcio de Infraestructuras Digitales Europeas para Gemelos Digitales Locales en Red orientados hacia el CitiVERSE (LDT CitiVERSE EDIC). En ella se declara: «(6) La inteligencia artificial (IA) es un motor clave en el desarrollo y la implantación de los gemelos digitales locales, ya que contribuye a que las ciudades funcionen de manera más eficiente. Con la Unión Europea a la vanguardia de los esfuerzos para apoyar la innovación responsable en IA fiable, el LDT CitiVERSE EDIC promoverá un ámbito de aplicación emergente para las innovaciones en inteligencia artificial y ofrecerá nuevas oportunidades a los desarrolladores y las empresas emergentes de IA.

(7) La tarea del LDT CitiVERSE EDIC consistirá en implantar los gemelos digitales locales en red orientados hacia un CitiVERSE en el ámbito del proyecto plurinacional de infraestructura común europea de datos y servicios relacionados con la IA. En sus actividades en este ámbito, el LDT CitiVERSE EDIC desarrollará una acción conjunta común de los Estados miembros de la UE para la implantación de un ecosistema digital sólido en torno a componentes de infraestructura compartidos y tecnologías de última generación para datos, servicios basados en la IA y elementos conexos para comunidades inteligentes basadas en la nube.

[16] Véase el Capítulo I sobre sistema de Alertas del Título II de la Ley 22/2018, de 6 de noviembre, de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental. Para una descripción véase Sistema de alerta rápida SALER.

[17] Desde la experiencia de un profesor universitario las ayudas al estudio son esenciales. Sin embargo, ¿cuáles son más eficientes? ¿En qué afecta los estudiantes con pocos recursos recibirlas materialmente en abril? ¿Qué es más efectivo, subvencionar el transporte o la residencia en la ciudad universitaria? ¿Cómo han afectado al nivel social de las personas, a la productividad y a la competitividad del país las ayudas del Estado? El nivel de sofisticación y análisis que nos ofrece la IA debería hacer volar nuestra imaginación desde un punto de vista que refuerce los efectos positivos de nuestro Estado social desde un punto de vista de equidad, eficiencia en el gasto público y retorno de la inversión social.

asistencia[18]. Así, la jurisprudencia y doctrina sobre un asunto podrá elaborarse en minutos, los formularios inteligentes presentarán borradores preliminares de escrito y el análisis económico del derecho debería reducir la litigiosidad evitando costes procesales. Aunque todo ello exigirá adquirir nuevas capacidades y asegurar no caer en el riesgo de alterar principios esenciales como el de la garantía del juez ordinario y predeterminado por la ley. Y, curiosamente, lejos de ir en detrimento del jurista implicará un mayor nivel de exigencia ya que corresponderá al humano tomar la decisión y aportar sus capacidades como elemento cualitativo fundamental[19].

3. Un modelo centrado en la gobernanza jurídica y ética de la tecnología

En el anterior epígrafe se subrayó el carácter fundamental de la IA para la transformación de nuestro modelo económico en un proceso al que el Estado social y la Administración no deberían ser en absoluto ajenos. Sin embargo, nuestra posición no es naíf. Y aunque se es consciente de la dificultad se parte del convencimiento de que «sí se pueden poner puertas al campo». Pero para que ello sea posible es fundamental que todos y cada uno de los operadores en la cadena de valor de la IA asuman que ocupan una posición de garante[20] en sus respecti-

[18] Por ejemplo, Tirant lo Blanch ha lanzado SOFIA y declara que «Mientras los usuarios escriben o cuando suben un documento ya redactado, SOFÍA lee y comprende. Analiza el ámbito de aplicación y localiza los conceptos legales en los que está trabajando el usuario para ofrecerle, como sugerencias, toda la legislación, formularios, jurisprudencia y doctrina relacionada, pertinentes para su caso».

[19] Se ha evitado conscientemente aportar al lector los ejemplos más obvios de la inteligencia artificial para el bien común en el ámbito de la medicina. No obstante, puede consultarse no sólo el anteriormente citado proyecto EUCAIM sino también cómo algunas herramientas como CRANE pueden cambiar el concepto de la asistencia médica o el sin duda revolucionario 1 Million Genome.

[20] Debe señalarse que siempre nos ha resultado llamativo que el Tribunal Constitucional en el caso de BBVA contra ADICAE (STC 96/2012) concediese legitimación activa en un asunto sobre el derecho fundamental a la protección de datos a una entidad privada a la que no corresponde su titularidad. En este sentido, expresamente la asociación ADICAE y el Ministerio Fiscal coincidieron en alegar la falta de legitimación activa de la entidad demandante de amparo, en cuanto acudía al proceso constitucional como defensora de derechos fundamentales de terceros, sus clientes. El Tribunal recuerda que el interés legítimo «concurre en todo aquel cuyo círculo jurídico pueda resultar afectado por la violación de un derecho fundamental, aunque dicha vulneración no se haya producido directamente en su contra» y añade que «la demandante es titular del derecho a la tutela judicial efectiva e invoca un interés legítimo también en relación con esta queja, interés que efectivamente concurre, pues, sin perjuicio de que los datos personales objeto de cesión sean de la titularidad de las personas físicas a que se refieren, la entidad bancaria demandante de amparo es la titular de los ficheros en que se contienen esos datos y por ello la responsable de su adecuado tratamiento, uso y custodia, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal (LOPD), lo que conduce a recha-

vos niveles y que sus buenas o malas decisiones repercuten sobre las personas y, en no pocas ocasiones, pueden generar riesgos sistémicos para la sociedad entera.

En este sentido, resulta fundamental entender que el marco de gobernanza de la tecnología en cualquiera de sus dimensiones permea todos y cada uno de los procesos instrumentales que conducen a una herramienta de inteligencia artificial a adoptar una decisión o a proponerla. En primer lugar, porque estos sistemas de información se alimentan de datos que se generan de múltiples formas. Más allá de dos fenómenos conocidos como son la generación masiva de datos por buscadores y redes sociales y el *Web Scrapping*[21] como técnica masiva de recogida de datos, millones de objetos conectados son cruciales para el funcionamiento básico de servicios y productos esenciales[22]. Por otra parte, el Estado es un generador masivo de datos y, a poco que las expectativas de la Unión Europea se materialicen, también las empresas europeas contribuirán a generar grandes espacios de datos transversales.

Precisamente por ello, cada uno de los sistemas de información de la Administración o del sector privado europeo deben ser confiables en origen. Hay mucho trabajo por hacer antes siquiera de soñar con el despliegue de un algoritmo[23]. Por otra parte, el legislador europeo es perfectamente consciente de la responsabilidad que adquieren quienes despliegan estas tecnologías. En este sentido, la AI Act desde el punto de vista de vista axiológico impone imperativamente el principio de no maleficencia —*alterum non laedere*—, que se vertebra a través de prohibiciones específicas y el enfoque de riesgo en el diseño despliegue y uso de la IA. En segundo lugar, las reglas, principios y valores que emanan de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se erigen en barreras inexpugnables junto a una prohibición taxativa de generar riesgo sistémico

---

zar la pretendida falta de legitimación de la demandante para recurrir en amparo, alegada tanto por la asociación ADICAE como por el Ministerio Fiscal». No se nos ocurre una mejor razón para ello que entender el rol de garante que asume un responsable del tratamiento al que se le impone judicialmente una cesión masiva de datos.

[21] Consiste en procesos automatizados de obtención de información en entornos web.

[22] Statista ha previsto que en 2030 existirán 29.000 millones de objetos conectados (IoT) desde los 15.000 actuales (Sujay Vailshery, 2023). Por su parte, *Fortune Business Insights* señala un crecimiento hasta los 4 billones de dólares de volumen de negocios en 2032 («The global Internet of Things (IoT) market size is projected to grow from $714.48 billion in 2024 to $4,062.34 billion by 2032, at a CAGR of 24.3%»). En 2021 McKinsey señaló un potencial de negocio de 3 billones en el mismo periodo. Lo interesante del informe de esta compañía es que permite apreciar con caso de uso cómo la interacción de tecnologías como IoT, la conectividad que proporcionan las redes 5G, la analítica de datos y la inteligencia artificial se retroalimentan acelerando los procesos de innovación en toda la cadena de valor (Chui, Collins y Patel, 2021).

[23] Desgraciadamente nuestra opinión no es muy positiva (Martínez Martínez, 2023d). El grado de cumplimiento previo de normas esenciales como el Reglamento General de Protección de Datos deja mucho que desear en las organizaciones públicas españolas.

para la democracia y el Estado de Derecho[24]. Por último, se afirma el enfoque centrado en el ser humano, no sólo desde el punto de vista de la ineludible garantía de la dignidad de la persona sino como metodología de control último sobre la tecnología.

Junto a este enfoque axiológico, la esencia ontológica del marco normativo en su sentido jurídico supera el enfoque tradicional de las normas constitucionales que usualmente regulan derechos fundamentales. En este sentido, resulta esencial para el jurista entender el enfoque «de producto» de la norma. La garantía de los derechos fundamentales en el despliegue de la IA no puede basarse exclusivamente en la definición de límites o prohibiciones, sino que requiere de un conjunto de procesos dinámicos sujetos a control de terceros especializados que pueden proporcionar validaciones de conformidad y/o sellos de calidad. Aunque el riesgo cero no exista, la gestión del riesgo desde el diseño debería proporcionar un marco de confianza suficiente que incluye la capacidad de gestionar los incidentes cuando algo puede fallar.

Esto altera profundamente el rol que despliega el jurista experto en derechos humanos, que pasa de ser preventivo o reactivo a proactivo y participativo. Como he sostenido en Martínez Martínez (2019b), el oficio del jurista se integra en el proceso de diseño, lo que requiere de un esfuerzo significativo. En este ámbito, el esquema de tareas pasa a ser dinámico, funcional, cambiante, fluido por su propia naturaleza.

El enfoque de la IA que aquí se defiende, y que resulta funcional a la propuesta normativa de la Unión Europea, centra sus esfuerzos en la definición de modelos de gobernanza. Este planteamiento trata de superar el marco limitado

[24] Estos aspectos se recogen de modo expreso en los dos primeros considerandos del texto pactado en Trílogos y aprobado por el Parlamento Europeo desde el punto de vista estrictamente normativo y como parámetro de interpretación: «(1) El objetivo del presente Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de un marco jurídico uniforme, en particular para el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial («sistemas de IA») en la Unión, de conformidad con los valores de la Unión, a fin de promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la «Carta»), en particular la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA en la Unión, así como brindar apoyo a la innovación. El presente Reglamento garantiza la libre circulación transfronteriza de mercancías y servicios basados en la inteligencia artificial, con lo que impide que los Estados miembros impongan restricciones al desarrollo, la comercialización y la utilización de sistemas de IA, a menos que el presente Reglamento lo autorice expresamente.

(2) El presente Reglamento debe aplicarse de conformidad con los valores de la Unión consagrados en la Carta, lo que facilitará la protección de las personas físicas, las empresas, la democracia, el Estado de Derecho y el medio ambiente y, al mismo tiempo, impulsará la innovación y el empleo y convertirá a la Unión en líder en la adopción de una IA fiable».

de la denuncia de los riesgos para promover desde la interacción entre Derecho y tecnología modos de gobernar el riesgo. Es muy razonable que una gran parte de la doctrina se haya centrado en la patología en la medida en la que este método nos ayuda a identificar y sistematizar los escenarios de riesgos. No lo es menos, por otra parte, que el enfoque de riesgo es multidisciplinar y alcanza no solo al derecho, sino también a la consideración de los riesgos sistémicos, a la robustez, resiliencia y seguridad de los sistemas de información, a la definición de los riesgos de negocio[25] e incluso al llamado riesgo reputacional.

Y no hace falta proponer al lector ejemplos sofisticados. A día de hoy se están desarrollando sistemas de gestión que se proyectan sobre el conjunto de la cadena de producción agrícola. Ello implica, por ejemplo, el despliegue de funcionalidades que deciden a partir de un conjunto significativo de datos las condiciones de riego que se requieren en volumen y con indicación de la fecha (día-hora) y extensión y se desarrollan sistemas de monitorización en tiempo real de la cosecha con la finalidad de decidir las condiciones de comercialización. El más mínimo error en la gestión de estos modelos aplicado a zonas con monocultivo puede afectar de modo sistémico al mercado, alterar los precios o provocar desabastecimiento. Sin embargo, un diseño adecuado puede suponer una reducción del impacto ecológico de la producción agrícola un incremento de los rendimientos y ser capaces de obtener beneficios asegurando la provisión de producto en mercados de proximidad[26]. No basta por tanto con enfocar el fenómeno de la IA desde una visión negativista del riesgo: hay que gestionarlo y gobernarlo para generar oportunidades que mejoren nuestra sociedad. Y ello obliga a encontrar respuestas en el derecho tradicional al tiempo que se innova el ordenamiento jurídico.

Si tenemos en cuenta dos recientes publicaciones y las confrontamos con nuestra aproximación podrá entenderse con mayor precisión nuestro planteamiento. De un lado Balaguer Callejón (2022) pone de manifiesto cómo al gigantismo de ciertas compañías, —las llamadas GAFA o GAFAM (Google, Amazon, Facebook —hoy Meta—, Apple y eventualmente Microsoft) ha impuesto una suerte de orden global corporativo al que se subordinan las constituciones y los ordenamientos nacionales[27]. En esencia, estos modelos de negocio estarían pro-

[25] El concepto de negocio se usa aquí en el sentido del conjunto de procesos, operaciones y acciones que despliega cualquier organización pública o privada para alcanzar objetivos legítimos.

[26] No son ejemplos ficticios: véase por ejemplo Visual APP, R-ABLE. Remote AraBle Land Estimation for the support of food security related analyses and decision making, EUH4FreshIndex. Enhancing FreshIndex, digital food quality assurance cloud, by complementing modules and use-case o cómo experimentar en soluciones que eliminen la escasez de productos en la cadena de valor en la producción de automóviles en SoDeCaMa. Sovereign Demand and Capacity Management.

[27] Este autor señala que «Los grandes agentes globales, los especuladores financieros y las compañías tecnológicas han desatado fuerzas que el Estado no puede controlar y ante las que la constitu-

moviendo de una parte un cambio cultural y de percepción social y, de otro, al operar en un contexto de Derecho Privado desde una perspectiva multinacional generan un contexto que socava la normatividad constitucional[28]. Su respuesta consiste en constitucionalizar el algoritmo y a la vez digitalizar la constitución. A lo largo del estudio se analizan aspectos como la naturaleza jurídica de los algoritmos como fuentes del derecho y se trata de encontrar soluciones jurídicas que resuelvan la cuestión. No sin denunciar, en una postura que se comparte, cómo por alguna razón los operadores jurídicos han renunciado a la afirmación material de la normatividad de los derechos fundamentales[29]. Balaguer Callejón realiza un profundo estudio sobre la inteligencia artificial desde casi cualquier perspectiva (filosófica, sociológica, política o jurídica), que pivotan sobre la idea que se acaba de referir: al operar sobre un espacio virtual desde un marco jurídico-privado las compañías han encontrado el modo de eludir el cumplimiento de las normas constitucionales generando incluso un contexto social que les es favora-

---

ción se encuentra inerme. (…) Si pensamos en los derechos fundamentales que la constitución protege, algunos de los preceptos constitucionales que afectan a estos ámbitos son hoy una reliquia. No porque las normas que contienen no deban ser preservadas y garantizada su eficacia, sino porque en el mundo digital el poder estatal que la constitución regula se ve incapaz de hacerlo» (Balaguer Callejón, 2022: 14 y 16).

[28] A tal respecto señala que «La globalización ha generado una externalización del poder estatal que, por definición, ya no puede ser regulado por la constitución nacional. Nadie puede disponer sobre aquello que no le pertenece y hay una gran parte del antiguo poder estatal que hoy no le pertenece al Estado. Que las normas constitucionales sigan regulándolo es normal, porque la esencia misma de la constitución que conocemos es su capacidad formal de configurar un ordenamiento jurídico pleno, coherente y unitario. (…) Pero fuera del Estado y, en su caso, de las instituciones supranacionales, hay un gran vacío constitucional. Por más que el derecho internacional haya aumentado su densidad constitucional, nadie controla realmente a los agentes globales (…) El mundo digital, que ocupa una parte cada vez más importante de nuestra realidad cotidiana, está sometido a reglas en cuya producción el Estado prácticamente no interviene y que no se ajustan a los principios y valores constitucionales» (Balaguer Callejón, 2022: 29-30).

[29] Así señala: «No parece haber, sin embargo, una conciencia clara de la necesidad de proteger los derechos fundamentales directamente, tal y como han sido configurados en la constitución». En este sentido, «La creciente incompatibilidad entre la constitución y los algoritmos no es una cuestión técnica, sino una construcción ideológica compleja al servicio de un mayor beneficio de los grandes agentes globales de nuestra época. Reconstruir el orden requiere una «constitución del algoritmo» en el sentido no sólo de una digitalización de la constitución, sino también de una constitucionalización de la tecnología, inteligencia artificial incluida, que la ponga al servicio de la sociedad y controle los intereses económicos de las grandes compañías.

Esa constitución del algoritmo tendrá que reconfigurar la posición que los nuevos procedimientos deben tener en el sistema de las fuentes del derecho. Igualmente deberá reordenar el entero sistema de los derechos fundamentales para establecer una conexión directa entre los derechos constitucionales y las nuevas técnicas digitales. (…) El algoritmo no puede ser un título habilitante para la lesión de los derechos. La constitución no puede seguir de espaldas a una realidad como la del mundo digital, en la que se desenvuelve ya una gran parte de la actividad económica y de la vida de las personas» (Balaguer Callejón, 2022: 43-49).

ble. Los usuarios, como algunos españoles en el siglo XIX, serían los primeros en gritar que vivan las cadenas.

Aunque se coincida en la descripción no se comparte plenamente el diagnóstico ni en la propuesta de solución. Es necesario mantener una mirada crítica sobre los propios operadores jurídicos empezando por la propia academia. El problema no deriva sólo de una suerte de conspiración global, o de la posición de dominio geopolítico de las compañías. En ello han tenido una enorme carga de responsabilidad las propias autoridades administrativas y judiciales europeas y la exasperante lentitud de un legislador empecinado en legislar la anécdota en lugar de la categoría. Y, por qué no decirlo, en mantener una mirada alejada de la propia tecnología, ajena a sus procesos. Apegados al espíritu del Código se propagó sin duda el convencimiento de que no se le podían poner puertas al campo, interiorizando una de las más catastróficas ideas a nunca se pudo tener[30]. Y así, por ejemplo, las autoridades europeas nunca fueron capaces de entender que una máquina que lee un correo electrónico para generar publicidad afecta al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que una red social que no dispone de un método de control sobre la subida de imágenes facilita la vulneración del derecho a la propia imagen. Y que ambos aspectos cuentan con una regulación constitucional y legal que incluso en el propio país de origen se remonta al menos a hace un siglo[31]. Usualmente los Estados, comenzando por EE.UU. en la controvertida Cloud Act, han aplicado criterios de extraterritorialidad y sobre todo criterios de conexión con el Derecho nacional. Y, con independencia de las innovaciones del RGPD, no existe la menor duda que el proceso de acumulación de datos y las prácticas al que se refiere Balaguer Callejón se produjeron afectando a personas residentes en suelo europeo, mediante instrumentos físicamente localizados en él y, generalmente, a través de empresas establecidas en la UE y sometidas a nuestro modelo de garantía de los derechos fundamentales. Y, sin perjuicio de afirmar la utilidad de la AI Act, no deja de sorprender que el legislador de la Unión no haya desplegado un esfuerzo de regulación de una garantía general de

[30] Expresión demoledora que se ha convertido en una suerte de profecía autocumplida (Trías Sagnier, 1992).

[31] Véase al respecto el FJ 3 sobre la sociedad digital y la utilización no autorizada de la imagen ajena de la STC 27/2020, en la que se afirma, la negrita es nuestra, que «el panorama tecnológico actual y aceptando que la aparición de las redes sociales ha cambiado el modo en el que las personas se socializan, hemos de advertir sin embargo —por obvio que ello resulte— que los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales **y que su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica**. Por consiguiente, salvo excepciones tasadas, por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en Internet, siempre que no hayan prestado su consentimiento de una manera inequívoca para ser observados o para que se utilice y publique su imagen».

los derechos fundamentales en el desarrollo y despliegue de cualquier tecnología, incluso de las que ni siquiera somos capaces de imaginar. Curiosamente, esta norma sería muy breve.

La posición anterior no es única. Se coincide plenamente con todos y cada uno de los autores que han puesto de manifiesto los riesgos sistémicos que la tecnología de la información supone a la mayoría de los cuales cita Balaguer callejón. Véliz, por ejemplo, dedica buena parte de su obra a dibujar un panorama tan apocalíptico como creíble[32]. Byung-Chul Han y otros autores[33] han descrito de modo muy preciso los riesgos inherentes que el algoritmo de las redes sociales genera para el debate democrático. Gran parte de esta producción académica se caracteriza por una suerte de pesimismo constitucional que anuncia una derrota anticipada y confía a regulaciones futuras la solución y apuesta en el corto plazo por la prohibición. Es una visión que no se comparte en absoluto. Legislar el «gadget»[34] supone apostar por caer sistemáticamente en la paradoja de Aquiles y la tortuga. Basta con consultar el Hype Cycle de Gardner para entender que siempre estaremos a mitad de camino. Es más, la propia dinámica del mundo digital acelera los procesos de innovación tecnológica de modo que en realidad los tiempos del legislador serán cada vez menos eficientes y la reacción excesivamente tardía. Es aquí donde la gobernanza debe dar sus frutos. La aproximación *ex-ante*, desde la propia génesis de la tecnología, es en realidad la única viable.

Por su parte, Presno Linera (2002: 83-133) ha desplegado un interesante análisis sobre la repercusión de la IA en distintos derechos fundamentales como punto de partida para precisamente construir modelos de gobernanza del riesgo. El autor transita por distintos derechos fundamentales muy relevantes ana-

[32] La lectura de su obra no puede sino hacerse con un nudo en la garganta ante el relato una tras otra de un conjunto inconcebible de malas prácticas. La primera frase del libro es sin duda inquietante: «Nos vigilan. Saben que estoy escribiendo estas palabras». Saben que las estas leyendo (Véliz, 2021).

[33] El efecto del llamado «marketing neuroemocional» puso en alerta a las democracias occidentales tras el caso Cambridge Analytica. La proliferación de *fake news* y la consolidación del fenómeno parece confirmar los perores augurios: Bauman y Lyon (2013), Byung-Chul (2014); Byung-Chul (2022); Pariser (2017).

[34] Con esta expresión queremos referirnos a una tendencia constante en nuestro entorno cultural en sentido jurídico. Cada vez que se aprecia una tecnología que impacta significativamente en nuestros derechos iniciamos un proceso regulador. Esto puede tener sentido cuando se trata de tecnologías de amplio alcance cuya singularidad sea significativa. Pero incluso en este caso se produce un efecto demoledor en el enfoque de los operadores jurídicos. En la práctica, diferir a una futura legislación también comporta la inacción. No hacer el esfuerzo de aplicar el marco jurídico preexistente y «esperar al legislador» genera espacios de impunidad y desprotección. Y la legislación administrativa sancionadora, irretroactiva por su propia naturaleza, no resolverá el problema. Al contrario, consolidará a quienes se enriquecieron vulnerando derechos y ahora poseen un músculo económico que les permite cumplir la normativa y consolidar su posición de dominio. No tratar de actuar tempranamente con la batería legal disponible acaba por producir así situaciones de injusticia material.

lizando con cita extensa de jurisprudencia, estudios de la Unión Europea y doctrina, impactos que el mundo digital y la IA han causado en los derechos del artículo 18, el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de interdicción de la discriminación y el derecho a la igualdad, la libertad de expresión y la garantía de una participación democrática libre. Desde nuestro enfoque reviste un significativo interés su esfuerzo por proporcionar una teoría general de los derechos fundamentales y la inteligencia artificial. Se comparte su tesis de afirmar la juridicidad[35], la garantía del mínimo invulnerable que supone la dignidad humana (Presno Linera, 2022: 104). Esta normatividad implica que «el contenido objetivo de muchos derechos fundamentales frente a la IA pasa por una garantía prestacional de carácter normativo, en forma de regulación legal especialmente protectora, que vaya más allá de las recomendaciones éticas y que atienda a los riesgos específicos que derivan del desarrollo, despliegue y uso de los sistemas de IA» (Presno Linera, 2022: 128). Y, sin embargo, aunque reflexiona sobre el concepto de evaluación de impacto relativa a la protección de datos en protección de datos y cita el modelo holandés de análisis de riesgos en materia de derechos fundamentales e inteligencia artificial[36], no profundiza en la apuesta, a nuestro juicio más certera, a la que dedicamos el último epígrafe de este trabajo.

4. Condiciones de desarrollo de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo en AI Act y enfoque de riesgo

El análisis de riesgos respecto del desarrollo de una tecnología ineludiblemente debe integrar un primer nivel de enfoque basado en los derechos fundamentales. Que este paradigma haya sido normado por el RGPD no excluye su aplicación a cualquier tecnología. No necesitamos el RGPD para concluir que el desarrollo de una IA con severos riesgos de sesgo que provoque exclusión social generando discriminación es jurídicamente inviable. Un sistema de información de esta naturaleza no podría superar un juicio primario de legalidad, ni mucho menos de proporcionalidad. Y nada, salvo la consistente inacción a lo largo del tiempo y la carencia de cultura de los operadores jurídicos, impide el despliegue

[35] «En lo que al Estado de Derecho se refiere, el uso de la IA debe, primero, someterse al principio de legalidad, tanto en el sentido amplio de este término, entendido como principio de juridicidad o sumisión a normas jurídicas, como en el sentido más preciso de regulación por leyes» (Presno Linera, 2022: 89).

[36] Se trata de una metodología que ayuda a cartografiar los riesgos para los derechos humanos en el uso de algoritmos y a tomar medidas para hacer frente a estos riesgos: Government of the Netherlands (2021). Fundamental Rights and Algorithms Impact Assessment (FRAIA).

de las acciones que la legislación civil, y en no pocas ocasiones la legislación sectorial, ponen a nuestro alcance.

Para ello se requiere partir de una afirmación radical de la normatividad de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de nuestra Constitución y del Ordenamiento en su conjunto, también de las normas analógicas. Este fue el punto de partida del Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD)[37], la posición propuesta en la Carta de Derechos Digitales[38] y del enfoque de la futura Ley de Inteligencia Artificial.

Esta normatividad puede sustentarse en la previsión que el artículo 9 de AI Act contempla como requisito para el desarrollo de los sistemas de Alto Riesgo. Se trata de una obligación dinámica que se proyecta sobre todo el ciclo de vida del sistema, ya que señala el párrafo segundo:

> 2. El sistema de gestión de riesgos se entenderá como un proceso iterativo continuo planificado y ejecutado durante todo el ciclo de vida de un sistema de IA de alto riesgo, que requerirá revisiones y actualizaciones sistemáticas periódicas. Constará de las siguientes etapas:
>
> a) la determinación y el análisis de los riesgos conocidos y previsibles que el sistema de IA de alto riesgo pueda conllevar para la salud, la seguridad **o los derechos fundamentales**[39] cuando el sistema de IA de alto riesgo se utilice de conformidad con su finalidad prevista;

[37] Cuyo artículo 79 (Los derechos en la Era digital) declara que los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales en que España sea parte son plenamente aplicables en Internet. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los proveedores de servicios de Internet contribuirán a garantizar su aplicación.

[38] Véanse los cuatro puntos del apartado I (Derechos y libertades en el entorno digital):

1. Los derechos y libertades reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Constitución Española, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España son aplicables en los entornos digitales.
2. Se impulsarán las medidas necesarias y conducentes para que las leyes puedan concretar, en cuanto sea necesario, las especificidades de los derechos en el entorno digital.
3. Se promoverá que en los procesos de transformación digital, el desarrollo y el uso de la tecnología digital, así como cualquier proceso de investigación científica y técnica relacionado con ellos o que los utilice instrumentalmente, se tenga presente la exigencia de garantizar la dignidad humana, los derechos fundamentales, la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad y orientarse al logro del bien común».
4. Se declara que el principio de cumplimiento normativo desde el diseño es de aplicación íntegramente al desarrollo de los entornos digitales, y por ello los desarrollos científicos, tecnológicos y su despliegue contemplarán en la determinación de sus requerimientos un análisis sobre el cumplimiento de tal principio.

[39] La negrita es nuestra.

b) la estimación y la evaluación de los riesgos que podrían surgir cuando el sistema de IA de alto riesgo se utilice de conformidad con su finalidad prevista y cuando se le dé un uso indebido razonablemente previsible;
c) la evaluación de otros riesgos que podrían surgir, a partir del análisis de los datos recogidos con el sistema de vigilancia poscomercialización a que se refiere el artículo 72;
d) la adopción de medidas adecuadas y específicas de gestión de riesgos diseñadas para hacer frente a los riesgos detectados con arreglo a la letra a).

Debe señalarse que la definición del deber de analizar, prever y gestionar el riesgo se configura necesariamente como una obligación de medios. De ahí que la norma señale que, a la hora de determinar las medidas de gestión de riesgos más adecuadas, se procurará:

a) eliminar o reducir los riesgos detectados y evaluados de conformidad con el apartado 2 en la medida en que sea técnicamente viable mediante un diseño y un desarrollo adecuados del sistema de IA de alto riesgo;
b) implantar, cuando proceda, unas medidas de reducción y control apropiadas que hagan frente a los riesgos que no puedan eliminarse;
c) proporcionar la información requerida conforme al artículo 13 y, cuando proceda, impartir formación a los responsables del despliegue.

La versión final de la norma presenta un cambio significativo en la medida en la que se pasa de la incorporación directa del llamado método ALTAI propuesto por el Grupo de Expertos de Alto Nivel a un escenario bastante más razonable. El modelo ALTAI resulta particularmente complejo. Se basa en un conjunto de principios y valores que parten de una afirmación básica: la IA debe respetar ante todo los derechos fundamentales y el sistema legal en su conjunto[40]. Aunque la formulación resulte sencilla, en realidad el modelo se despliega mediante una *checklist* de controles[41] que incorpora siete dominios de control y hasta 63 preguntas de com-

[40] «La fiabilidad de la inteligencia artificial (IA) se apoya en tres componentes que deben satisfacerse a lo largo de todo el ciclo de vida del sistema: a) la IA debe ser lícita, es decir, cumplir todas las leyes y reglamentos aplicables; b) ha de ser ética, de modo que se garantice el respeto de los principios y valores éticos; y c) debe ser robusta, tanto desde el punto de vista técnico como social, puesto que los sistemas de IA, incluso si las intenciones son buenas, pueden provocar daños accidentales»: Directrices éticas para una IA fiable del Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, de 2018.

[41] Trustworthy AI Assessment List del High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, de 2020.

probación. Este modelo fue incorporado por la posición del Parlamento Europeo[42]. Sin embargo, y pese a sus buenas intenciones, en nuestra opinión resulta disfuncional, hasta el punto que alguno de sus autores ha propuesto una alternativa abreviada[43]. Su grave problema radica precisamente en su estructura de lista de controles que obliga a un enfoque de todo o nada, es decir hay que superar todas las cuestiones, o bien a un enfoque cualitativo. A diferencia de los procedimientos basados en el cálculo de la relación entre riesgo y probabilidad, la metodología ALTAI es poco dinámica. Estos modelos, usuales en protección de datos, facilitan un análisis en fases. En la primera de ellas, se trata de identificar una amenaza o vulnerabilidad. La primera, por definición, es externa a la organización;

[42] « Article 4 a

General principles applicable to all AI systems

1. All operators falling under this Regulation shall make their best efforts to develop and use AI systems or foundation models in accordance with the following general principles establishing a high-level framework that promotes a coherent human-centric European approach to ethical and trustworthy Artificial Intelligence, which is fully in line with the Charter as well as the values on which the Union is founded:

a) 'human agency and oversight' means that AI systems shall be developed and used as a tool that serves people, respects human dignity and personal autonomy, and that is functioning in a way that can be appropriately controlled and overseen by humans;
b) 'technical robustness and safety' means that AI systems shall be developed and used in a way to minimize unintended and unexpected harm as well as being robust in case of unintended problems and being resilient against attempts to alter the use or performance of the AI system so as to allow unlawful use by malicious third parties;
c) 'privacy and data governance' means that AI systems shall be developed and used in compliance with existing privacy and data protection rules, while processing data that meets high standards in terms of quality and integrity;
d) 'transparency' means that AI systems shall be developed and used in a way that allows appropriate traceability and explainability, while making humans aware that they communicate or interact with an AI system as well as duly informing users of the capabilities and limitations of that AI system and affected persons about their rights;.
e) 'diversity, non-discrimination and fairness' means that AI systems shall be developed and used in a way that includes diverse actors and promotes equal access, gender equality and cultural diversity, while avoiding discriminatory impacts and unfair biases that are prohibited by Union or national law;
f) 'social and environmental well-being' means that AI systems shall be developed and used in a sustainable and environmentally friendly manner as well as in a way to benefit all human beings, while monitoring and assessing the long-term impacts on the individual, society and democracy.(…)».

P9_TA(2023)0236. Artificial Intelligence Act. Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)).

[43] An abbreviated assessment list to support the Responsible Development and Use of AI, UMINF, 2021.

la segunda es intrínseca o propia. Una vez esta se ha establecido, es necesario estimar la probabilidad de que se materialicen y el impacto que podrían causar. De este modo, establecemos un nivel de riesgo que puede ser inexistente, leve, grave, muy grave o intolerable. En función de ello, debe proponerse una medida que reduzca el valor a un riesgo residual que resulte tolerable, esto es, que lo elimine, mitigue o transfiera. Por último, es fundamental disponer de un plan de contingencia que nos permita reaccionar ante cualquier impacto a lo largo del ciclo de vida de la IA[44].

La gestión del riesgo sitúa a los derechos fundamentales en un primer plano, con consecuencias significativas. La garantía de los derechos fundamentales se erige en parámetro esencial para la primera fase de análisis y acompaña a todo el ciclo de vida del sistema de IA. Ello implica que la indudable normatividad de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las declaraciones de derechos en las constitucionales nacionales no pueden ser eludidos. Y ello con independencia del mayor o menor grado de desarrollo normativo. Por tanto, el respeto del contenido esencial de los derechos opera como marco de referencia para la evaluación del riesgo.

Desde el punto de vista del diseño de los sistemas, ello implica de manera imprescindible la necesidad de que la cultura de los derechos fundamentales permee a toda la organización. De ahí la importancia crucial del deber de alfabetización que impone el artículo 4 de la AI Act[45].

Por otra parte, implica necesariamente un cambio en el rol que están llamados a jugar los profesionales del derecho constitucional. Nuestra posición ya no puede ser pasiva y distante; al contrario, podría decirse que debe ser inmersiva. Obliga a adquirir nuevas competencias y a ser capaces de integrarnos en equipos multidisciplinares, acompañando al desarrollo del producto. Nuestra labor no será aquí meramente teórica, será indispensable conocer los objetivos que persi-

---

[44] Por ejemplo, si desarrollamos un sistema de IA para la asignación de una subvención un riesgo obvio puede ser que el sistema discrimine. El riesgo de sesgo puede partir de una vulnerabilidad, por ejemplo, la mala calidad o la falta de confiabilidad en los datos. A nuestro juicio, y vista la experiencia en algunas administraciones debería considerarse que existe una probabilidad muy alta de que esto suceda en algún caso con un impacto muy grave o intolerable. La medida de remedio en algunos casos podría consistir en que una vez pre-concedida la subvención se deban acreditar los datos mediante la presentación de la documentación acreditativa. Un proceso así gestiona el riesgo y a la vez simplifica la tramitación.

[45] «Alfabetización en materia de inteligencia artificial

Los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA adoptarán medidas para garantizar que, en la mayor medida posible, su personal y demás personas que se encarguen en su nombre del funcionamiento y la utilización de sistemas de IA tengan un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA, teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, su experiencia, su educación y su formación, así como el contexto previsto de uso de los sistemas de IA y las personas o los grupos de personas en que se utilizarán dichos sistemas».

gue el sistema, las fuentes de información que lo alimentan, los procesos de tratamiento que aseguran la gobernanza de los datos, los modos en los que los datos se integran, se enriquecen, se verifican o se anotan y/o el prototipado, el modo en el que se balancean los pesos de cada conjunto de datos, la relación entre los datos de entrada y los resultados que ofrece el sistema… Y no sólo estos aspectos que no se listan exhaustivamente: es imprescindible integrarse de modo dinámico en las organizaciones y erigirse en agentes que impulsen el cambio. De algún modo, si se permite la expresión, hay que vestir el mono de trabajo y ponerse a la tarea. Y este esfuerzo no admite una actitud distante desde la atalaya que solemos ocupar, sino una vocación de servicio dirigida a hacer posibles estos sistemas. Si creemos en lo que hemos definido como pesimismo constitucional es evidente que la inteligencia artificial se desarrollará con o sin nuestra participación. AI Act convierte lo que debería haber sido evidente desde el principio en una norma imperativa para el desarrollo de sistemas de alto riesgo. Sin embargo, los derechos fundamentales siguen siendo una norma directamente aplicable y esta metodología debería aplicarse a todos los sistemas sin excepción alguna.

Bibliografía

Balaguer Callejón, Francisco (2022). *La constitución del algoritmo*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad.

Bauman, Zygmunt; Lyon, David (2013). *Vigilancia líquida*, Barcelona, Paidós.

Byung-Chul, Han (2022). *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*, Madrid, Taurus.

— (2014). *Psicopolítica* Barcelona, Herder.

Chui, Michael; Collins, Mark; Patel, Mark (2021). *The Internet of Things: Catching up to an accelerating opportunity*, San Francisco, McKinsey Company.

Hazan, Eric; Madgavkar, Anu; Chui, Michael; Smit, Sven; Maor, Dana; Dandona, Gurneet Singh; Huyghues-Despointes, Roland (2024). *A new future of work: The race to deploy AI and raise skills in Europe and beyond*. San Francisco, McKinsey Company.

Kucharski, Adam (2020). *Las reglas del contagio. Cómo surgen, se propagan y desaparecen las epidemias*, Madrid, Capitán Swing.

Manyika, James; Lund, Susan; Chui, Michael; Bughin, Jacques; Woetzel, Lola; Batra, Parul; Ko, Ryan; Sanghvi, Saurabh (2017). *Jobs lost, jobs gained: What the future of work will mean for jobs, skills, and wages*, McKinsey Global Institute Report.

Martínez, Ricard (2023a). «"Team Jorge": Desinformación, derechos fundamentales y democracia», *Agenda Pública* (28 de febrero de 2023).

— (2023b). «Del Fary a la pornografía infantil fake en solo 48 horas», *Agenda Pública* (25 de septiembre de 2023).
— (2023c). «Redes sociales: un mercado regulado», *Agenda Pública* (15 de noviembre de 2023).
Martínez Martínez, Ricard (2023d). «La Universidad Española en el contexto de los Espacios Europeos de Datos», en J.C. Camarillo Casado (coord.): *TIC 360. Analítica de datos en la Universidad*. Madrid, CRUE.
— (2019a). «Internet de los objetos, domótica e inteligencia artificial: la nueva frontera del derecho a la vida privada y familiar», *Diario La Ley*, núm. 31.
— (2019b). «Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo», *Revista catalana de dret públic*, núm. 58.
— (2004). *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Madrid, Civitas.
Muñoz, Luis; Pedreño, Andrés (2020). *Europa frente a EE.UU. y China. Prevenir el declive en la era de la inteligencia artificial (Retos en la era de la inteligencia artificial)*, Amazon.
Pariser, Eli (2017). *El filtro burbuja. Cómo la red decide lo que leemos y lo que pensamos*, Madrid, Taurus.
Presno Linera, Miguel Ángel (2002). *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Madrid, Marcial Pons.
Schwartz, Paul M. (2000). «Internet privacy and the State», *Connecticut Law Review*, 32.
Sujay Vailshery, Lionel (2023). «Number of IoT connected devices worldwide 2019-2023, with forecasts to 2030», *Statista* (27 de julio de 2023).
Trías Sagnier, Jorge (1992). «Informática y privacidad. ¿Se pueden poner puertas al campo?», *Cuenta y razón*, núm. 63.
Van Daal, Julius (2015). *La cólera de Ludd. La lucha de clases en Inglaterra al alba de la Revolución Industrial*, Logroño, Pepitas de calabaza.
Véliz, Carissa (2021). *Privacidad es poder: Datos, vigilancia y libertad en la era digital*, Barcelona, Debate.
Véliz, Carissa (2020). «La privacidad en tiempos de coronavirus», *El País* (24 de marzo de 2020).
VV.AA. (2016). *China, la nueva ruta de la seda*, Vanguardia Dossier, núm. 60.

LA CIUDADANÍA ADMINISTRATIVA DIGITAL[1]

Eva Mª Menéndez Sebastián
Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo

1. Planteamiento

En un Estado social y democrático de Derecho el papel que ha de jugar la Administración y la relación que la misma tiene con los ciudadanos resulta extremadamente relevante (Menéndez Sebastián, 2016). Esta afirmación ha cobrado especial importancia y sentido en los últimos tiempos, con el impulso de lo que ha dado en llamarse *nueva gobernanza pública*.

Muy brevemente, cabe mencionar en primer lugar tres conceptos anudados o incluidos en esa idea de *nueva gobernanza*, como son *buen gobierno*, *buena administración* y *mejora de la regulación*. Sin entrar en este momento en detalle en cuanto a las diferencias que existen entre las tres nociones mencionadas, a cuyos efectos cabe remitirse a lo dicho ya en otros trabajos previos (Menéndez Sebastián, 2021; Menéndez Sebastián y Ballina Díaz, 2022), baste ahora subrayar que, las tres cuentan con rasgos en común, destacando especialmente la importancia de ciertos principios y objetivos.

Entre los primeros, cabe enfatizar la transparencia, la participación, la rendición de cuentas[2], la ética pública e integridad, el *open data*, la eficacia y la eficiencia, la innovación y la igualdad y no discriminación.

En cuanto al principal objetivo, sin duda, es recobrar la confianza de los ciudadanos en las instituciones, en cuya consecución será crucial la puesta en

[1] Este trabajo se ha desarrollado en el ámbito de la Cátedra Rafael del Riego de Buen Gobierno y el proyecto «La ciudadanía digital y su reflejo administrativo/Digital citizenship: administrative implications», ref. TED2021-129283B-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y la Unión Europea NextGenerationEU/PRTR.

[2] Destacando la evaluación de políticas públicas el estudio del Consejo de Estado francés de 2020 (Conseil d'État, 2020).

práctica de la denominada por la doctrina francesa *citoyenneté administrative*, a la que dedicaré atención más adelante.

Partiendo de esta idea el principal objetivo de este estudio es exponer, de un lado, los cambios operados en la relación de la ciudadanía con los poderes públicos, reflejados en lo que he dado en llamar *ciudadanía administrativa digital*, así como el modo en que, precisamente, a través de la realización efectiva de aquella y de los diversos instrumentos que incluye, se puede contribuir a la mejora de las decisiones por los poderes públicos; aunque, sin perder de vista los riesgos que, especialmente, la tecnología y, dentro de ella, de forma particular, la inteligencia artificial (IA), puede conllevar y la necesidad de hacer un uso de aquella en el sector público con todas las garantías para respetar los derechos de los ciudadanos.

Y es que, asistimos a una auténtica disrupción en nuestra sociedad, derivada en gran medida de dos frentes diversos que confluyen, me refiero, de un lado, a la nueva relación entre los ciudadanos y los poderes públicos, en particular, la Administración, y, de otro, la transformación digital que tanto el sector privado como el público —aunque con dos velocidades diferentes— están experimentando.

Así, es un hecho que la digitalización e incluso la inteligencia artificial ya están presentes en nuestras vidas[3]; también que paradójicamente se proyectan hacia un futuro incierto, por muchas razones, no solo la propia de su uso, que oscila entre el sueño de un mundo mejor, casi perfecto, y la pesadilla de la esclavitud de la humanidad por la máquina o el miedo a la manipulación mental[4].

Aún sin pecar de un excesivo optimismo, pero sí de una firme creencia en lo público, me inclino por incluirme dentro del colectivo de quienes quieren imaginar un mañana con mejores servicios públicos, con una Administración más eficaz, preocupada por los ciudadanos, que, apuesta proactivamente por la innovación, pero sin descuidar las garantías de los destinatarios de esa acción pública y, por tanto, de todos nosotros.

En definitiva, siguiendo a Umberto Eco, me posiciono con los integrados más que con los apocalípticos; desde esta postura he afrontado el estudio de este tema, tan interesante y a la vez complejo, buscando las oportunidades, aunque sin dejar de lado los riesgos a los que inevitablemente debemos referimos los juristas, como bien ha indicado el Consejo de Estado francés en un reciente estudio sobre la inteligencia artificial en la acción pública (Conseil d'État, 2022).

---

[3] Prueba de ello es que la Fundación del Español Urgente (FundéuRAE) otorgó el título de palabra del año 2022 a la expresión compleja *inteligencia artificial*.

[4] Respecto a posibles manipulaciones con el empleo de la inteligencia artificial, resulta de máximo interés conocer los llamados *nudges* e *hypernudges digitales*, así como los patrones oscuros, estudiados por Ponce Solé (2022).

Partiendo de esta perspectiva, es preciso comenzar por encuadrar el tema sentando una serie de premisas.

La primera de ellas, que la inteligencia artificial en particular, y la transformación digital en general, no dejan de ser herramientas de las que disponen las Administraciones públicas, es decir, un medio al servicio del interés general y no un fin.

La segunda, que el desarrollo e implementación de estas herramientas de última generación no se puede disociar del contexto global de la transformación digital de la acción pública, donde aún queda mucho camino por recorrer.

La tercera, que se trata de un elemento que se incardina dentro de una nueva forma de gestión de lo público, la *nueva gobernanza pública*, a la que ya me he referido como punto de partida en este estudio. También es preciso apuntar la necesidad de acompasar su integración en el sector público de una cultura del cambio que debe permear de igual modo en la organización administrativa.

2. La noción de *ciudadanía administrativa*: de la Administración democrática a la democracia administrativa

El paso de la consideración de quien tiene una relación con la Administración o utiliza un servicio público de administrado o usuario (Donier, 2008) a ciudadano ha implicado toda una transformación que se refleja en la noción de *ciudadanía administrativa*.

Y es que el cambio que se está viviendo en los últimos años en la sociedad no es solo tecnológico, sino que responde a algo más profundo o, cuanto menos, a diversos factores, lo que a su vez enlaza con la citada *nueva gobernanza*, el *buen gobierno* y la *buena administración*. Si bien es cierto también que el entorno digital ofrece enormes posibilidades para profundizar en la calidad democrática y la toma de decisiones públicas, que deben ser tenidas en cuenta.

Como recuerda el Consejo de Estado francés en su estudio sobre ciudadanía, los hombres y mujeres son seres sociales. La idea de ciudadanía se vincula, pues, con el derecho a participar en las decisiones relativas a la comunidad política y, por ende, está en el epicentro de la concepción occidental de la relación entre el individuo y la sociedad (Conseil d'État, 2018: 11).

No obstante, conviene comenzar por el principio, es decir, por la razón que se encuentra en el mencionado cambio y que no es otra que la confianza o, más bien, el propósito de devolver la confianza de los ciudadanos en las instituciones, que está en la base del conocido *trust* y debe ser constante (García de Enterría, 1996: 102-103). Esta confianza ya estaba presente en las reformas de finales del

siglo pasado, donde jugó un papel primordial la ética pública, destacando el conocido Informe Nolan (Martín-Retortillo, 1997: 38), y, sin duda, está en el núcleo de la transformación misma de la noción de ciudadanía.

Muy brevemente, es importante precisar que en este trabajo se parte de un concepto o idea de ciudadanía que se basa en tres pilares: proyecto común, compromiso e igualdad, una noción que condicionará el enfoque adoptado a la hora de abordar este tema, y que explica la necesidad de que la revolución digital, que está sacudiendo los cimientos de la sociedad actual, se encauce de forma adecuada y sirva para aunar y no para distanciar, pues solo ese proyecto común, basado en la igualdad y el compromiso por parte de la ciudadanía con el bien común puede hacer viable la sostenibilidad social, la confianza en las instituciones y la aceptabilidad de las decisiones.

En este contexto es en el que resulta relevante analizar la transformación experimentada en el seno de la relación de los ciudadanos con la Administración pública. Y ello, principalmente, por dos razones. De un lado, porque la Administración es uno de esos poderes públicos. De otro, porque no en vano en la actualidad se habla de *ciudadano* en el seno de esa relación y no de *administrado*, *usuario* o *interesado*, como hace no tantos años. Lo que, como se verá, supone un profundo cambio, fuertemente vinculado con la concepción misma de la ciudadanía.

Esa nueva posición que ha ido adquiriendo el ciudadano respecto de la Administración es la que justifica la introducción —desde esta perspectiva de la ciudadanía— de los principios sobre los que en gran medida pivota la *nueva gobernanza pública*, pues, al fin y al cabo, no deja de ser un fiel reflejo de esta ciudadanía renovada, en este caso, a nivel de gestión.

Se trata de una profunda transformación de la relación entre Administración y los ahora ciudadanos, antes administrados, en línea con lo que se ha venido considerando el paso de la *administración democrática* a la *democracia administrativa*. El creciente uso de la noción de *democracia en la administración pública* refleja claramente este cambio. Implica la concesión de nuevos derechos para todos los ciudadanos, *implicándoles* también en los procesos administrativos en el marco de los mecanismos de deliberación y participación, en palabras de Chevalier (2011).

El tema de la *democracia administrativa* refleja, en efecto, un cambio profundo en la forma en que se concebía tradicionalmente la relación entre Administración y democracia; pues la Administración ya no está llamada a ser democrática, sino a convertirse en la punta de lanza y el vector de una reformulación y profundización de la lógica democrática. Sin embargo, no debe perderse de vista en ningún momento que se trata de un complemento de la democracia representativa y no de un sustituto de esta, una participación en el poder que no concluye

con el derecho de sufragio, sino que se extiende de forma sostenida[5]. Además, todo ello conecta con la buena administración, en el sentido de eficacia y de mejor toma de decisiones, como más adelante se expondrá, y hace inevitable que también se abra a la participación el diseño y puesta en marcha de la inteligencia artificial en el ámbito de lo público.

El cambio lo apreciamos en diversas normas en que, en efecto, se ha sustituido el empleo del término *administrado*, *interesado* o *usuario* por el de *ciudadano*. Es el caso claro en Francia de la Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations y, posteriormente en España, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o la Ley de Contratos del Sector Público de 2017.

De este modo, al reconocer que el administrado es también un ciudadano, los textos vigentes consideran que la relación administrativa tiene una dimensión cívica. La Administración debe proporcionar a los ciudadanos los medios para ejercer su ciudadanía y la relación administrativa es uno de los medios de acceso a la misma. Esto transforma la naturaleza de la relación administrativa, en la que los ciudadanos tienen derecho a participar en la acción administrativa y a acceder a la Administración, debiendo aquella rendir cuentas ante ellos. De ahí también, que la opacidad en el empleo de la tecnología y, en particular, la inteligencia artificial por la Administración deba desterrarse.

La *ciudadanía administrativa* así entendida cubre dos realidades: por un lado, debido a la sustitución de términos, todos los derechos del ciudadano pueden considerarse derechos de ciudadanía; por otro lado, se afirma la dimensión cívica de la relación administrativa, como soporte de la ciudadanía política. La ciudadanía administrativa que surge entonces significa que los electores son, al mismo tiempo, ciudadanos *de* la Administración y ciudadanos *en* la Administración (Dumont, 2002: 666-667).

En fin, se trata, por tanto, de hacer efectiva la ciudadanía a través de la participación de los ciudadanos en el poder administrativo por medio de una participación prolongada, hacerla efectiva a través de la relación con la Administración. Lo cual, no solo sirve para explicar el contexto actual en que debe incardinarse la transformación digital, sino también las propuestas respecto a cómo afrontar el uso de la inteligencia artificial en la acción pública.

[5] Así, como indica Orofino (2020:. 53), la representación y la soberanía popular, que encuentra un modo de expresión a través de ella, no terminan con la manifestación del sufragio, sino que impregnan cada momento de la vida institucional, refractándose en una multiplicidad de situaciones e instituciones que caracterizan profundamente el método democrático. Una administración, por tanto, es democrática si es transparente, y si busca su legitimidad en la confrontación constante con los ciudadanos, y no sólo a través del vehículo electoral, o en el principio de legalidad, que tiene sus fundamentos dogmáticos en la representación política.

3. El papel de la *buena administración* en la ciudadanía administrativa

Sin entrar en mayor profundidad respecto a qué se entiende o qué debe implicar la noción de *buena administración*, cabe ahora simplemente ofrecer una idea aproximada, dado su papel destacado en relación con la realización de la ciudadanía administrativa a que me he referido, así como en cuanto a la orientación que la transformación digital y el uso de sistemas de inteligencia artificial en la Administración deben seguir.

Y es que resulta cuanto menos paradójico que desde hace años se haya venido empleando el término *buena administración*, no solo a nivel jurisprudencial, sino, incluso, que se refleje de forma expresa en diversos textos normativos, y, sin embargo, no se ofrezca en ellos un concepto, una noción o definición de qué es o qué debemos entender por *buena administración*. Lo que ocurre en diversos sistemas.

Esta ausencia de una definición más o menos concreta y aceptada ha provocado que, a pesar de tratarse de un aspecto clave del Derecho administrativo, no se le haya dotado de la fuerza y el papel que debe ostentar en el mismo, e, incluso, que su aplicación práctica se haya visto considerablemente relegada, siendo en los últimos tiempos en los que pueden encontrarse en la jurisprudencia referencias a este elemento crucial de nuestra disciplina, aunque, aún, excesivamente tímidas.

Se tratará aquí, por ello, de poner en valor esta noción, de reivindicar su importancia en el Derecho administrativo actual y, por ende, de resaltar la necesidad de dotarla de efectos jurídicos concretos, con la finalidad de conectarla con la idea de *ciudadanía administrativa* expuesta con anterioridad, así como por su determinante papel a la hora de afrontar la transformación digital del sector público y aplicar sistemas de inteligencia artificial por las Administraciones públicas. Y sin duda, en todo ello cabe destacar el papel de la Unión Europea, tanto la jurisprudencia del TJUE[6], como la labor incontestable del Defensor del Pueblo Europeo.

Así, existen diversos puntos de vista, dentro de los cuales se incluye una visión más restrictiva (Bousta, 2010), que permite distinguirla de esos otros términos como *buen gobierno* o *buena gobernanza*. Y es que, aunque Gobierno y Administración están y han estado siempre fuertemente vinculados, sus funciones, la perspectiva, principios e instrumentos aplicables a ambos no pueden ni deben ser idénticos.

[6] Así, desde la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de febrero de 1955, Industrie Siderurgiche Associate (ISA) contra la Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, asunto 4-54 (ECLI:EU:C:1955:3), hasta la de 25 de junio de 2020, Caso SC contra E.K., ECLI:EU-:C:2020:505, entre muchas otras.

Desde esta perspectiva, cabe ofrecer una noción de *buena administración* concreta, partiendo del propio significado de las palabras que la componen, así como de la finalidad de esta que no es otra que servir con objetividad y eficacia a los intereses generales (como establece, por ejemplo, el art. 103 de la Constitución Española). De este modo, habrá una *buena administración* cuando esta sirva adecuadamente al interés general[7]. En lo que será determinante la adecuación de los medios de que dispone, de lo que hablara Simon (1957: 38-39) al referirse al buen comportamiento administrativo y, sin duda su conexión con la eficiencia, que ya muy tempranamente se vinculó por la doctrina italiana a la noción de buena administración, a su buen funcionamiento (al que se refiere el art. 97 de la Constitución de Italia), lo que ya ofrece una idea de su conexión con el uso de inteligencia artificial y, en general, con la digitalización.

En conclusión, la noción de *buena administración* se utiliza aquí como aquella que realiza bien su función, que, por tanto, sirve al interés general, pero también sin menoscabo o con respeto de los intereses particulares, en fin, que hace una ponderación adecuada de los medios, las circunstancias, los hechos, los elementos presentes —lo que conecta con la motivación, la obligación de *due care* o *due diligence* de la que habla el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 4 de abril de 2017, asunto C 337/15 P, ECLI:EU:C:2017:256, o STJUE de 22 de noviembre de 2017, asunto C 691/15 P, ECLI:EU:C:2017:882)—; y adopta la mejor decisión, en cuya elección será relevante, para el acierto de la misma, el procedimiento oportuno.

Así, partiendo de esa noción más o menos concreta, deben tenerse en cuenta también las funcionalidades específicas de la *buena administración*, es decir, cómo esta puede aportar algo más que un reconocimiento retórico de derechos y principios previamente existentes. Dentro de ellas, cabe destacar cuatro, como son el buen funcionamiento de la Administración, donde hay que mencionar la importancia de los estándares y el *soft law*; la buena decisión administrativa, en cuanto a la cual es preciso hablar de poder discrecional, diligencia debida, ponderación de intereses, motivación, valoración de los hechos y circunstancias, etc.; un control más integral, respecto del que cabe plantearse si la oportunidad jurídica no ha pasado realmente a formar parte del propio control de legalidad, al juridificarse de algún modo, y sin olvidar que no es únicamente judicial, pues hay otro tipo

[7] Como ha indicado Truchet (2017: 5-6), el concepto de interés general se refiere a las necesidades de la población o, utilizando las palabras de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, a la *necesidad pública* (*nécessité publique*), lo que estas necesidades o esta necesidad manda o permite en un lugar y en un momento determinados es de interés general; además ha venido sosteniendo que se trata del *leitmotiv* de la legislación y de la jurisprudencia, que está en consonancia con el cambio gradual de nuestros ordenamientos jurídicos hacia un sistema de valores, y pone legitimidad en la legalidad («*Il met de la légitimité dans la légalité*»).

de controles, por ejemplo, el que desarrollan los Defensores del Pueblo, que juegan un papel crucial en esta cuestión; y la tutela administrativa efectiva, como algo más que un conjunto de derechos procedimentales, y que, como dice el Tribunal Supremo, no se detiene en la mera observancia estricta del procedimiento y trámites.

La necesidad o conveniencia de conectar la noción de *buena administración* —en los términos que ha sido expuesta— y la de *ciudadanía administrativa*, se pone de relieve en el propio hecho de que en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea el capítulo dedicado a la ciudadanía, que comprende los artículos 39 a 46, recoja no solo el derecho de sufragio, la libre circulación y residencia y la protección diplomática y consular, sino también el derecho a una *buena administración*, el derecho de acceso a documentos, el Defensor del Pueblo Europeo y el derecho de petición.

Además, el vínculo entre la llamada *administración deliberativa* —a la que ya se ha hecho referencia— y la *buena administración* es evidente. Así, de lo que se trata es de responder al mismo tiempo a la necesidad de una Administración transparente y abierta, facilitando la aceptabilidad de la decisión y la de una Administración más eficiente que permita una respuesta más rápida y directa a las necesidades expresadas por los ciudadanos. Es más, si deliberar significa considerar todos los aspectos de un fenómeno para tomar la decisión correcta al respecto, ello conecta con esa idea de *buena administración*, en el sentido de buscar la mejor decisión posible teniendo en cuenta todos los elementos presentes, en línea con el *inquisitorial principle* del sistema danés (Motzfeldt, 2022). Lo que a su vez cabe vincular con los sistemas de inteligencia artificial y, especialmente, el manejo de un mayor número de datos en la toma de decisiones.

En fin, resulta indiscutible que si para dar respuesta a la necesidad de una *buena administración*, aunque esta sea entendida desde un punto de vista restrictivo conectado con la eficiencia y eficacia, es preciso contar con los puntos de vista inexcusables para adoptar las mejores decisiones posibles, uno de ellos debe ser necesariamente el propio de los destinatarios del servicio y de la ciudadanía en general, pues ello conecta con el denominado diseño basado en las personas y con tener en cuenta las necesidades que deben cubrir esos servicios, en fin, con dar una mejor respuesta a las mismas, lo que hará que la Administración sea más eficaz y además complete su legitimidad e, incluso, logre una mayor aceptación de sus decisiones.

Todo ello sin olvidar, además que, tal y como se concibe la *ciudadanía administrativa*, esta integra la consulta pública en el proceso de toma de decisiones y responde a la consideración del usuario, administrado o interesado como ciudadano. Recuérdese que al reconocer que el administrado es también un ciudadano se considera que la relación administrativa tiene una dimensión cívica. De tal

modo que la relación administrativa se transforma y pasa a ser uno de los medios de acceso a la ciudadanía, lo que implica que los ciudadanos tienen derecho a conocer a la Administración —transparencia—, a participar en la acción administrativa —participación—, y la Administración debe responder ante ellos —*accountability* o rendición de cuentas—; entendiendo además que con el cumplimiento de todo ello se logrará una Administración más eficaz y eficiente —lo que conecta a su vez con el objetivo de *buena administración*— y al mismo tiempo con mayor legitimidad[8].

Estas cuestiones son imprescindibles en el contexto de transformación digital que vivimos y, en especial, en el que surge el debate en torno al uso de la inteligencia artificial en el sector público. Así, resulta crucial la aceptabilidad por la ciudadanía, que debe participar incluso en su diseño, además la transparencia es uno de los temas más estudiados en relación con la inteligencia artificial, precisamente por diversas razones, una de las cuales es la rendición de cuentas. Finalmente, a nadie se le escapa que la eficacia y la eficiencia son, en definitiva, dos objetivos que se persiguen con el recurso a esta nueva tecnología.

Y es que, los algoritmos, en particular, y la inteligencia artificial, en general, pueden contribuir también a una mejor toma de decisiones al poder manejar un número de datos que sería inviable para el ser humano, que bien utilizados pueden contribuir a una asignación de recursos más eficiente y, en fin, que pueden coadyuvar, por tanto, a una *buena administración*.

4. La ciudadanía digital

Si ya he dicho que el elemento clave de la ciudadanía es la participación en el poder, sea este a través de derechos políticos o de forma más concreta por medio de la ciudadanía administrativa[9], la noción de ciudadanía digital nos lleva indefectiblemente a la idea de esa participación en el poder público a través de medios digitales (Mossberger, Tolbert y McNeal, 2008).

De este modo, si el paso de la idea de administrado a la de ciudadano ha supuesto una profunda transformación en las relaciones con la Administración, otro aspecto que ha contribuido al cambio en el modo de relacionarse ha sido, sin duda, la tecnología, que ha incidido significativamente en la iteración social, ex-

[8] La conexión entre ambos conceptos también ha sido apuntada por algún autor, como Delpérée (2020: 205), para quien la *buena administración* es condición necesaria para una buena ciudadanía.

[9] Así, la doctrina viene entendiendo que, en efecto, uno de los atributos de toda ciudadanía es el derecho a participar en la elaboración de las decisiones administrativas, como han afirmado Eveillard (2011: 1099) o Pinel (2018: 20).

tendiéndose también a la esfera pública, baste de ejemplo, la relevancia que la revolución digital ha tenido en las formas de participación. Así, es evidente la confluencia de principios y términos como transparencia, democracia deliberativa, democracia participativa, buena administración, buen gobierno, nuevas tecnologías de comunicación e información… (Cotino Hueso, 2013: 53).

Esta participación sirve tanto para mejorar la toma de decisiones como para intentar dotarla de mayor legitimidad. El ciudadano que participa lo hace desde una pluralidad de condiciones, como interesado, como particular, como integrante de la sociedad civil, a través de un grupo de interés o *lobby*, etc.[10]. También existe una gran diversidad de instrumentos, así como distintas fases en la toma de decisiones en que esta participación tiene presencia[11].

El empleo de las nuevas tecnologías para canalizar estas diversas formas de participación es una evidencia, y aunque resultan especialmente idóneas en las primeras, piénsese en la transparencia, especialmente en cuanto ofrecer información, también pueden utilizarse con mayor o menor intensidad en las diferentes fases de la participación en un sentido amplio, aunque no siempre existe unanimidad al respecto[12].

Sin duda, las nuevas TIC son una oportunidad para el ejercicio de la ciudadanía, sin embargo, también pueden implicar riesgos y amenazas, como favorecer las expresiones unilaterales, los fenómenos de polarización (los ciudadanos sólo navegarían por sitios donde las ideas expresadas son afines a las suyas), así como las expresiones ciudadanas volubles e irrelevantes (entre otros, Hindman, 2009).

Por ello también, es preciso analizar con la profundidad necesaria los diversos instrumentos de participación *on line*, con anterioridad a ponerlos en prácti-

[10] En definitiva, como señalara ya hace más de treinta años García de Enterría (1986: 257), los participantes en el proceso de toma de decisiones pueden verse afectados de diversas formas, así, el individuo puede estar asociado a la acción pública como titular de derechos o intereses, como «actor interesado», pero también como «garante y protector de un valor colectivo», como «actor desinteresado».

[11] Así, cabe hablar de una primera fase o incluso fase previa, donde se trataría de la fijación de lo que es interés general, donde pueden tener lugar los debates públicos, consultas u otros instrumentos similares, incluso, la iniciativa popular, y que responden más a la idea de deliberación. Sin olvidar tampoco la relevancia de la transparencia, incluso como premisa de la participación más estricta. Luego estaría la participación, en sentido más estricto, en el procedimiento de toma de decisiones, que comprende muy diversas variedades, desde la participación orgánica, hasta el referéndum. Y en una última fase hay que mencionar la participación en sentido amplio a través de la evaluación de políticas públicas o la llamada rendición de cuentas. Piénsese que, como ya sea dicho, la ciudadanía administrativa coadyuva a la extensión de la ciudadanía política.

[12] Así, por ejemplo, para Cardi (2018: 24) los procedimientos participativos en línea parecen favorecer un fenómeno de *agregación,* más que de *deliberación*, lo que significa que las expresiones son paralelas entre sí y que no hay intercambio; otros autores como Wojcik (2009: 11) ven en la herramienta digital un medio para desarrollar la deliberación.

ca, cuáles pueden ser sus ventajas e inconvenientes, cómo pueden ser empleados de forma correcta y también conocer qué peligros pueden conllevar.

Sin duda, se trata de una cuestión compleja, necesitada de reflexión y de una buena regulación, una estrategia que permita aprovechar lo bueno de las nuevas TIC, especialmente la posibilidad de abrir el debate y la participación a todos, sin menoscabar ni distorsionar la democracia representativa sino complementarla, sin vulnerar la ciudadanía sino hacerla efectiva, lo que pasa en primer lugar por un acceso efectivo de todos a esas nuevas vías de participación e incluso una labor de dar a conocerlas y fomentar su uso. Todo ello teniendo claro que el objetivo no es el empleo de las TIC, sino que a través de aquellas los ciudadanos esperan participar en un gobierno eficaz y eficiente que responda realmente a sus necesidades, en la idea de que cuando la transparencia, la participación y colaboración, así como la rendición de cuentas están presentes, el resultado debe ser un gobierno eficaz, eficiente y responsable, base de un buen gobierno y una buena administración.

5. El empleo de sistemas de inteligencia artificial: un reto y una oportunidad para la gobernanza pública

Otro aspecto vinculado a las nuevas tecnologías, que ha irrumpido con fuerza en los últimos años, es el de la utilización de la inteligencia artificial y, en particular, de los algoritmos. Sin duda, es un recurso que puede ayudar en el objetivo de una mejor toma de decisiones y, por tanto, a la satisfacción de la buena administración, por ejemplo, manejando una cantidad de datos que de otro modo sería inviable; así como contribuir a la eficiencia de los servicios públicos.

No obstante, la realidad ha puesto de manifiesto que tampoco es una cuestión ajena a la polémica ni inocua y que es preciso afrontar, por ello, su regulación[13], así como disponer de mecanismos que detecten y eviten la citada discriminación algorítmica, por ejemplo, a través de auditorías, de evaluaciones de impacto, etc.; sin olvidar la importancia de la transparencia y la motivación, pues sin conocer ni comprender cómo se toman las decisiones nuestra tutela judicial efectiva puede quedar herida de gravedad. En definitiva, hallando el equilibrio entre eficacia y garantías en el empleo de sistemas de inteligencia artificial en el sector público (Menéndez Sebastián, 2023).

Muy brevemente, como ya se ha indicado, las Administraciones públicas se encuentran inmersas en una gran revolución tecnológica que está suscitando nu-

[13] A estos efectos destaca la reciente aprobación del Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen las normas armonizadas sobre inteligencia artificial.

merosas cuestiones e interesantes e intensos debates entre los operadores jurídicos; los relacionados con el uso de la inteligencia artificial se encuentran, sin duda, entre los más apasionantes y controvertidos.

A este respecto, es necesario buscar el difícil equilibrio entre garantías y eficacia. Esto evoca el eterno dualismo al que se refería el maestro francés Maurice Hauriou y plantea una ardua tarea, dado el contexto normativo —hasta ahora insuficiente y sobre todo disperso, tanto en España como en otros países europeos— en el que hay que buscar las respuestas.

Y es que, lejos de una verdad absoluta en el uso de la inteligencia artificial en las Administraciones, de una línea recta que recorrer, existen múltiples bifurcaciones (Laszlo, 1990), diversas cuestiones a ponderar que dificultan la toma de decisión al respecto, y que, en definitiva, ofrecen un gran reto a la sociedad actual y también a quienes nos dedicamos al Derecho y, en particular, al Derecho administrativo, puesto que conlleva importantes repercusiones en esta disciplina jurídica.

De los muchos contrastes que pueden evocarse al pensar en este tema, cabe destacar, al menos, cinco: ¿inteligencia artificial lógica o inteligencia artificial conexionista?, ¿actividad material y actividad formal?, ¿beneficios y riesgos?, ¿poderes vinculantes y discrecionales? y ¿mejor servicio o más control?

Tras esta breve enumeración de algunas de las bifurcaciones presentes al hablar de administración algorítmica o de inteligencia artificial en el sector público y sin poder entrar a su desarrollo, a cuyos efectos cabe remitirse a otros estudios previos ya mencionados, procede ahora hacer una breve síntesis respecto a la cuestión de fondo, es decir, el equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y las garantías adecuadas de los ciudadanos.

En cuanto al primer elemento, creo que está meridianamente claro que uno de los principales beneficios del uso de la inteligencia artificial puede ser contribuir a una mayor eficacia, por ejemplo, en la prestación de servicios públicos, a una mejor toma de decisiones, y esto nos remite al concepto de buena administración.

Del mismo modo, cabe mencionar ciertos riesgos asociados al uso de este tipo de herramientas, como la brecha digital o la discriminación algorítmica, por citar algunos, que no pueden sacrificarse en aras de la eficacia y frente a los que deben ofrecerse garantías.

Por lo que respecta a estas últimas (entre otros, Valero Torrijos, 2020), cuando se trata de actividad formal es evidente que cualquier garantía que deba concederse al ciudadano en el caso de la gestión «analógica» del procedimiento, debe reconocerse también si aquel se lleva a cabo mediante herramientas algorítmicas o de inteligencia artificial.

Así pues, hay que prestar especial atención a la motivación que, a su vez, está vinculada a otros dos elementos, a saber, la transparencia y la explicabili-

dad[14], que en sentido amplio incluye la interpretabilidad y la inteligibilidad. No basta, pues, con conocer el código fuente o el algoritmo utilizado, sino que el sistema en su conjunto debe ser comprensible, tal y como exige el ordenamiento francés (véase, en concreto, el art. L311 del Code des relations entre le public et l'administration) y en línea con lo dicho por el Consejo de Estado italiano (De la Sierra Morón, 2021).

Esto, a su vez, está relacionado con otra cuestión crucial, como es la protección de la igualdad y la posibilidad de crear diferencias basadas en la dificultad de comprender cómo se ha llegado a una decisión. Ello puede repercutir incluso en el acceso a la tutela judicial efectiva, que es sin duda otra de las garantías constitucionales que no debe resultar comprometida en el caso de la administración algorítmica.

Otra cuestión vital en el contexto de las salvaguardias es la de los procesos de auditoría del software (Merli, 2023).

Entre las garantías, también merece mención la responsabilidad de la Administración y sus agentes por el mal uso de los medios de inteligencia artificial (Martínez Gutiérrez, 2012).

Para concluir, también es necesario considerar la creación de determinados organismos y autoridades en este ámbito. Precisamente, en el sistema español está prevista la creación de la Agencia Estatal de Administración Digital y la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial, así como el Observatorio sobre el impacto social de los algoritmos. De especial interés es, por ejemplo, la figura del Difensore civico digitale en Italia (art. 17 Codice di amministrazione digitale)[15].

Finalmente, cabe hacer una breve referencia a las posibilidades concretas de utilizar estas herramientas en el ámbito de la Administración pública.

En primer lugar, la simplificación administrativa a la que puede contribuir la inteligencia artificial es esencial.

Las aplicaciones de estos sistemas que pueden considerarse beneficiosas para los destinatarios de la acción pública son múltiples: desde el suministro de información a través de *chatbots*, hasta la ayuda a los ciudadanos, por ejemplo, con *nudges digitales* que facilitan la localización y presentación de solicitudes, pasando por la agilización de trámites, etc.

Tampoco se puede olvidar la proactividad que permite la automatización de servicios personalizados y adaptados a las necesidades de cada ciudadano.

---

[14] El papel de principios como la transparencia, la rendición de cuentas o la responsabilidad son clave para que la inteligencia artificial sea digna de confianza, como ha dicho la *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence* de la OCDE de 2022.

[15] Además, en el sistema italiano también destaca la figura del responsable del procedimiento, tal y como menciona Galetta (2022).

De nuevo, evidentemente, desde el punto de vista de la organización interna del trabajo, al permitir procesar una gran cantidad de datos.

En el ámbito de la justificación, por ejemplo, con la tecnología *blockchain* identificando la documentación a presentar (Tejedor Bielsa, 2020).

Esto se relaciona con otra cuestión crucial y, en algunos aspectos, muy debatida, como es el uso de estas herramientas en la lucha contra el fraude (Cluzel-Métayer y Prébissy-Schnall, 2022) y, sobre todo, con el uso de algoritmos predictivos en la elaboración de perfiles.

Finalmente, cabe proponer algunos principios básicos que deben tenerse en cuenta a la hora de diseñar y utilizar sistemas de inteligencia artificial o herramientas similares en el sector público. Entre ellos figuran al menos los siguientes elementos: primacía del hombre, mejora del rendimiento, igualdad y no discriminación, transparencia, tanto en términos de justificación como de información: considerando que esto también implica explicabilidad, promover la autonomía de las Administraciones públicas, sostenibilidad medioambiental, proporcionalidad, precaución, aceptabilidad y fiabilidad.

Si se respetan todos estos principios, la consecuencia lógica será un aumento de la eficacia sin menoscabo de las garantías, una transición ordenada de la burocracia a la inteligencia artificial, creando las condiciones para que los ciudadanos recuperen la confianza en el sistema, en las instituciones, en nuestro Estado social y democrático de Derecho y, finalmente, en la calidad de vida del ciudadano como núcleo esencial del sistema.

Bibliografía

Bousta, Rhita (2010). *Essai sur la notion de bonne administration en Droit public*, Paris, L'Harmattan.

Cardi, Quentin (2018). *Les normes de la démocratie à l'épreuve de la participation citoyenne numérique institutionnalisée: une étude de l'appropriation du numérique par le politique dans le cadre des processus de participation citoyenne*. Thèse, Philosophie. Université Panthéon-Sorbonne-Paris I.

Chevallier, Jacques (2011). «De l'Administration démocratique à la démocratie administrative», *Revue Française d'Administration Publique*, 137-138.

Cluzel-Métayer, Lucie; Prébissy-Schnall, Catherine (2022). «La mutation du contrôle fiscal par le numérique: l'exemple français», en L. Belli; G.J. Guglielmi (dir.): *L'État digital,* Boulogne-Billancourt Berger Levrault.

Conseil D'État (2022). *Intelligence artificielle et action publique: construire la confiance, servir la performance. Etude à la demande du Premier ministre adoptée en assemblée générale pleénière du 31/03/2022*, Paris, Conseil d'État.

— (2020). *Etude annuelle 2020. Conduire et partager l'évaluation des politiques publiques*, Paris, Conseil d'État/La Documentation Française.

— (2018). *Etude annuelle 2020. La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, Paris, Conseil d'État.

Cotino Hueso, Lorenzo (2013). «Derecho y 'gobierno abierto'. La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas: propuestas concretas», en J.L. Bermejo Latre y S. Castel Gayán (ed.): *Transparencia, participación ciudadana y Administración Pública en el siglo XX*. Zaragoza, Revista Aragonesa de Administración Pública.

De la Sierra Morón, Susana (2021). «Control judicial de los algoritmos: robots, administración y estado de derecho», *Derecholocal.es* (12 de mayo de 2021).

Delpérée, Francis (2020). «Rapport de synthèse sur la citoyenneté administrative», *Annuaire Européen d'Administration publique*, 24.

Donier, Virginie (2008). «Les droits de l'usager et ceux du citoyen», *Revue française de droit administratif*, 1.

Dumont, Gilles (2002). *La citoyenneté administrative*. Phd thesis, Université Panthéon-Assas Paris 2.

Eveillard, Gweltaz (2011). «La citoyenneté administrative, vecteur de nouveaux droits publics subjectifs des administrés?», en Association française pour la recherche en droit administratif: *Les droits publics subjectifs de l'administré*, Paris, LexisNexis.

Pinel, Florian (2018). *La participation du citoyen à la décision administrative*. Thèse, Droit, Université Rennes 1.

Galetta, Diana-Urania (2022). «Digital Transition of Public Administration in Italy and the Right to a Good Administration: Problems and Prospects also it in the Perspective of the Implementation of the National Recovery and Resilence Plan», *European Review of Digital Administration & Law*, 3 (1).

García de Enterría, Eduardo (1996), *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas.

— (1986). «Principes et modalités de la participation à la vie administrative», en F. Delpérée (dir.): *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative (Travaux des XIIes Journées d'études juridiques Jean Dabin)*. Bruxelles, Bruylant.

Hindman, Matthew (2009). *The myth of digital democracy*. Princeton, Princeton University Press.

Laszlo, Ervin (1990) *La gran bifurcacion: crisis y oportunidad; anticipación del nuevo paradigma que está tomando forma*, Barcelona, Gedisa.

Martín-Retortillo, Lorenzo (1997). «Intervención», en VVAA.: *Jornadas sobre ética pública*. Madrid Instituto Nacional de Administración Pública.

Martínez Gutiérrez, Rubén (2012). «Servicio público electrónico y responsabilidad», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 155.

Menéndez Sebastián, Eva Mª (2023). *From bureaucracy to artificial intelligence: the tension between effectiveness and guarantees*, San Giuliano Milanese, Cedam.

— (2021). *De la función consultiva clásica a la buena administración. Evolución en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid, Marcial Pons.

— (2016). *La Administración al servicio de la justicia social*, Madrid, Iustel.

Menéndez Sebastián, Eva Mª; Ballina Díaz, Javier (2022). *Sostenibilidad social y ciudadanía administrativa digital*, Madrid, Reus.

Merli, Franz (2023). «Automated Decision-Making Systems in Austrian Administrative Law», *CERIDAP*, (30 de enero de 2023).

Mossberger, Karen; Tolbert, Caroline J.; McNealal, Ramona S. (2008). *Digital Citizenship. The Internet, Society and participation.* Cambridge, The MIT Press.

Motzfeldt, Hanne Marie (2022). «Reflections on the need for further research within national administrative law before the EU Artificial Intelligence Act comes into effect: A Danish perspective», *European Review of Digital Administration & Law*, 3(1).

Orofino, Angelo Giuseppe (2020). *La trasparenza oltre la crisi. Acceso, informatizzazione e controllo civico.* Bari, Cacucci.

Pinel, Florian, *La participation du citoyen à la décision administrative.* Thèse, Droit, Université Rennes 1, 2018..

Ponce Solé, Juli (2022). «Law, Digital Nudging and Manipulation: Dark Patterns, Artificial Intelligence and the Right to Good Administration», *European Review of Digital Administration & Law*, 3(1).

Simon, Hebert A. (1957). *Administrative behavior: a study of decision making processes in administrative organizations.* New York, The Free Press.

Tejedor Bielsa, Julio César (2020). «Transformación digital, 'blockchain' e inteligencia artificial en la administración pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 209.

Truchet, Didier (2017). «La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de droit», *Legicom*, 58.

Valero Torrijos, Julián (2020). «The Legal Guarantees of Artificial Intelligence in Administrative Activity: Reflections and Contributions from the Viewpoint of Spanish Administrative Law and Good Administration Requirements», *European Review of Digital Administration & Law*, 1 (1-2).

Wojcik, Stéphanie (2009). «Prendre la démocratie électronique au sérieux.: De quelques enjeux et controverses sur la participation politique en ligne», La démocratie électronique.

HACIA UNA COGOBERNANZA DE LA RED

Borja Adsuara Varela
Abogado y consultor. Experto en Derecho y Estrategia digital

1. Introducción

a) Conceptos

Desde los años 90 viene hablándose de 'gobernanza' (en vez de 'gobierno'), en especial, cuando nos referimos al entorno digital. Y la sola preferencia por este término debería hacernos reflexionar sobre el concepto que se esconde debajo, porque las palabras no son sólo palabras (o 'golpes de voz', como diría Occam) y conviene investigar los aspectos comunes y diferencias con otros conceptos.

'Gobernanza', igual que 'gobierno', proviene del verbo 'gobernar' y éste del latín 'gubernare' (dirigir o pilotar una nave), que, a su vez, es un préstamo del griego 'kybernao' (los griegos fueron excelentes marineros). De este término también derivan: gobernador (timonel), gobernante, gobernación (Ministerio anterior al de Interior), gobernamiento y gobernabilidad (muy de actualidad últimamente).

Según el actual Diccionario de la Lengua Española, es la «Forma de gobernar, especialmente si es eficaz y adecuada a los fines que se persiguen». Pero en su versión de 2001 se definía como «Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía».

b) Antecedentes

Esta manera de gobernar, mediante un equilibrio de los gobiernos, las empresas y la sociedad civil, es lo que en el mundo anglosajón se llama mul-

ti-stake-holder (múltiples partes interesadas). Es el modelo que promovió la ONU (desde 2006), a través del Foro para la Gobernanza de Internet y, más recientemente (2022), la UE y EEUU y 42 países más, con la Declaración sobre el futuro de Internet.

Pero, más allá de Foros de Diálogo y Declaraciones, hay ejemplos 'operativos', internacionales desde los propios orígenes de internet, como la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres (de dominio) y Números (ICANN), una organización privada sin fines de lucro y de utilidad pública, en cuya dirección participan tanto los gobiernos, como las empresas y las organizaciones civiles.

En España también existen ejemplos, como Autocontrol de la Publicidad (desde 1995), el organismo independiente de autorregulación de la industria publicitaria en España, Confianza Online (desde 2003), que gestiona un sello de buenas prácticas en comercio electrónico, o TV Infancia (desde 2004), que aplica el Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia.

c) Tareas pendientes

Por otra parte, tanto la Carta española de Derechos Digitales (2021) como la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2022) realizan una apuesta por la autorregulación y la corregulación en el entorno digital, que se va concretando en la normativa europea (Directivas y Reglamentos) que se ha aprobado recientemente y la que está en preparación.

Así, la modificación (2018) de la Directiva europea de servicios de comunicación audiovisual, para extender su aplicación a todos los contenidos audiovisuales digitales, ha hecho que se tenga que modificar también (2022) la Ley General española de la Comunicación Audiovisual (LGCA) y obliga, a su vez, a modificar y ampliar el antiguo Código y sistema de Autorregulación de TV Infancia.

Del mismo modo, el Reglamento de Servicios Digitales (DSA), aprobado en 2022 y que es plenamente aplicable desde el 17 de febrero de 2024, obliga a nombrar una Autoridad Administrativa independiente como Coordinador nacional de Servicios Digitales (que en España ya se ha anunciado que será la CNMC) y promueve la existencia de organismos sectoriales, también independientes, de resolución de conflictos.

d) Próximos retos

El 13 de marzo de 2024 se aprobó el Reglamento UE de Inteligencia Artificial, que prevé un **marco de gobernanza** de las **partes interesadas**. Y está previs-

to que se ponga en marcha la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial, cuyo Estatuto (publicado el 22 de agosto de 2023) la configura como una Autoridad administrativa no-independiente del Gobierno.

Asimismo, el 26 de marzo de 2024 se aprobó la modificación del Reglamento europeo de identificación electrónica y los servicios de confianza (eIDAS2), que prevé un **marco de gobernanza** (Capítulo IV bis) y un **proceso de cooperación** estrecha y estructurada entre la Comisión europea, los Estados miembros, la sociedad civil, el mundo académico y el sector privado (Considerando 70).

Finalmente, el sistema de **corregulación y cogobernanza** debería extenderse al diseño, ejecución y evaluación de las **políticas públicas** y los planes digitales, para evitar los inevitables vaivenes que se producen con los cambios de gobierno a través de un **organismo** en el que estuvieran las múltiples **partes interesadas**: administraciones públicas y asociaciones privadas de empresas y de usuarios.

d) Conclusión

Desde su origen, internet ha tenido mucho que ver con la **navegación**. Por eso se inventaron los 'navegadores' web y a los usuarios se les llamaba 'internautas'. La **cogobernanza** tiene, como cualquier otro modelo, sus sombras y sus luces y, aunque rima con tardanza, también rima con esperanza. Avancemos hacia ella.

2. Autorregulación

La **autorregulación** es un fenómeno que está adquiriendo en la Unión Europea una dimensión excepcional debido a la promoción que las Administraciones están realizando de ella. Hasta tal punto que se podría hablar de una **influencia decisiva** del sector privado sobre el sector público.

Para Sánchez Rodríguez y Punzón Moraleda (2004), resulta evidente que la **autorregulación de Internet** ha supuesto, sobre todo **a partir de la década de los noventa,** una opción alternativa a la regulación actual, obligada en muchos supuestos por la ausencia de un cuerpo normativo procedente por parte de los distintos legislativos (autonómico, nacional y comunitario).

Además, ofrece ventajas y garantías como la **flexibilidad**; que el propio sector se esté regulando; y que los entes privados afectados de un determinado sector se estén adelantando a un desarrollo de mayor carga legislativa por parte del decisor público.

Como **Antecedentes** en la UE y España, hay que destacar la **Directiva europea de Comercio electrónico** (del año 2000) y la **Ley española de Servicios de la Sociedad de la Información y comercio electrónico** (del año 2002):

a) La Directiva europea de Comercio electrónico

La Directiva europea sobre Comercio Electrónico (Directiva 2000/31/CE) no habla expresamente de **autorregulación**, pero sí de **códigos de conducta** y **solución extrajudicial de litigios**. Así, en el **Considerando (32)** se dice:

> «Los **códigos de conducta** a nivel comunitario constituyen un instrumento privilegiado para determinar las **normas deontológicas** aplicables a la **comunicación comercial;** conviene impulsar en primer lugar su elaboración o, si procede, su adaptación, sin perjuicio de la autonomía de los colegios y asociaciones profesionales».

El **Considerando (49)** prevé:

> «Los Estados miembros y la Comisión fomentarán la elaboración de **códigos de conducta**; ello no irá en perjuicio del **carácter voluntario** de dichos códigos ni de la posibilidad de que las partes interesadas decidan libremente la adhesión a los mismos».

Y el **Considerando (51)** establece que:

> «Corresponderá a cada Estado miembro, llegado el caso, ajustar aquellas disposiciones de su legislación que puedan entorpecer la utilización de los **mecanismos de solución extrajudicial de conflictos** por **vías electrónicas** adecuadas. El resultado de dicho ajuste debe hacer posible el **funcionamiento de tales mecanismos de forma real y efectiva**, tanto de derecho como de hecho, incluso en situaciones transfronterizas».

Dentro del **Capítulo I. Disposiciones Generales**, el **Artículo 1. Objetivo y ámbito de aplicación**, establece:

> «1. El objetivo de la presente Directiva es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la **libre circulación** de los **servicios de la sociedad de la información** entre los Estados miembros.
>
> 2. En la medida en que resulte necesario para alcanzar el objetivo enunciado en el **apartado 1** mediante la presente Directiva, se aproximarán entre sí determinadas disposiciones nacionales aplicables a los servicios de la

> sociedad de la información relativas al mercado interior, el establecimiento de los prestadores de servicios, las comunicaciones comerciales, los contratos por vía electrónica, la **responsabilidad de los intermediarios**, los **códigos de conducta**, los **acuerdos extrajudiciales para la solución de litigios**, los recursos judiciales y la cooperación entre Estados miembros».

Dentro del **Capítulo II. Principios,** en la **Sección 2: Comunicaciones comerciales**, el **Artículo 8. Profesiones reguladas**, dice[1]:

> «1. Los Estados miembros garantizarán que esté permitido el uso de **comunicaciones comerciales** que en todo o en parte constituyan un **servicio de la sociedad de la información** facilitado por un miembro de una **profesión regulada**, condicionado al cumplimiento de **normas profesionales** relativas, en particular, a la independencia, dignidad y honor de la profesión, el secreto profesional y la lealtad hacia clientes y colegas.
>
> 2. Sin perjuicio de la autonomía de los **colegios y asociaciones profesionales**, los Estados miembros y la Comisión fomentarán que las asociaciones y colegios profesionales establezcan **códigos de conducta** comunitarios para determinar los **tipos de información** que puedan facilitarse a efectos de **comunicación comercial** con arreglo a las normas a que se hace referencia en el **apartado 1.**
>
> 3. A la hora de elaborar **propuestas de iniciativas comunitarias** que puedan resultar necesarias para garantizar el funcionamiento adecuado del **mercado interior** en los que se refiere a la **información** a la que hace referencia el apartado 2, la Comisión tendrá debidamente en cuenta los **códigos de conducta** aplicables en el plano comunitario y actuará en estrecha **cooperación con las asociaciones y colegios profesionales** correspondientes».

Dentro de la **Sección 3: Contratos por vía electrónica**, el **Artículo 10. Información exigida,** establece:

> «2. Los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, el **prestador de servicios** indique los **códigos de conducta** correspondientes a los que se acoja y facilite información sobre la manera de consultar electrónicamente **dichos códigos**».

Pero es en el **Capítulo III** de la Directiva, referido a su **Aplicación**, donde se regulan expresamente y se desarrollan tanto los **Códigos de Conducta** (artículo 16) como la **Solución extrajudicial de litigios** (artículo 17).

[1] Aunque la Directiva europea de Comercio electrónico se refiere en este artículo, en concreto, a los **códigos de conducta** en las **comunicaciones comerciales** de **profesiones reguladas**, está claro que no limita su aplicación a dichos supuestos.

El **Artículo 16. Códigos de conducta**, prevé:

«1. Los Estados miembros y la Comisión **fomentarán:**

a) la elaboración de **códigos de conducta** a nivel comunitario, a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores, con el fin de contribuir a que se apliquen correctamente los artículos 5 a 15;

b) el envío voluntario a la Comisión de los **proyectos de códigos de conducta** a nivel nacional o comunitario;

c) la posibilidad de acceder a los **códigos de conducta** por vía electrónica en las lenguas comunitarias;

d) la comunicación a los Estados miembros y a la Comisión, por parte de las asociaciones u organizaciones profesionales y de consumidores, de la **evaluación** que éstas hagan de la **aplicación de sus códigos de conducta** y su repercusión en las prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio electrónico;

e) la elaboración de **códigos de conducta** en materia de **protección de los menores y de la dignidad humana**.

2. Los Estados miembros y la Comisión fomentarán la **participación de asociaciones u organizaciones que representen a los consumidores** en la redacción y aplicación de los **códigos de conducta** que afecten a sus intereses, y que se elaborarán de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del apartado 1. Cuando resulte adecuado, a fin de tener en cuenta sus necesidades específicas, deberá consultarse a las **asociaciones que representen a los discapacitados** y a los malvidentes».

Y el **Artículo 17. Solución extrajudicial de litigios**, establece:

«1. Los Estados miembros velarán por que, **en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio**, su legislación no obstaculice la utilización de los **mecanismos de solución extrajudicial**, existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando **vías electrónicas** adecuadas.

2. Los Estados miembros alentarán a los **órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios**, en particular de **litigios en materia de productos de consumo**, a que actúen de modo tal que proporcionen **garantías** de procedimiento adecuadas a las partes afectadas.

3. Los Estados miembros incitarán a los **órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios** a que informen a la Comisión de las **decisiones relevantes** que tomen en relación con los servicios de la sociedad de la información, y a que le transmitan todos los demás datos

sobre **prácticas, usos o costumbres** relacionados con el **comercio electrónico.**

b) La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI)

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio Electrónico (LSSI), de 2002, reconocía el valor de los **Códigos de conducta** como instrumento de ordenación del sector y complemento de los principios y normas jurídicas.

Ya en la **Exposición de Motivos** (apartado IV, párrafos 4º y 5º) adelantaba que:

> «La Ley promueve la elaboración de **códigos de conducta** sobre las materias reguladas en esta Ley, al considerar que son un instrumento de **autorregulación** especialmente apto para adaptar los diversos preceptos de la Ley a las características específicas de cada sector».
>
> Por su sencillez, rapidez y comodidad para los usuarios, se potencia igualmente el recurso al **arbitraje** y a los **procedimientos alternativos de resolución de conflictos** que puedan crearse mediante **códigos de conducta,** para dirimir las disputas que puedan surgir en la **contratación electrónica** y en el uso de los **demás servicios de la sociedad de la información**. Se favorece, además, el uso de **medios electrónicos** en la tramitación de dichos procedimientos, respetando, en su caso, las normas que, sobre la utilización de dichos medios, establezca la normativa específica sobre arbitraje».

Dentro del **Título II,** Prestación de servicios de la sociedad de la información, **Capítulo II**, Obligaciones y régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, **Sección 1.ª** Obligaciones, se incluye el **artículo 10,** sobre la **Información general**, que prevé:

> «1. Sin perjuicio de los requisitos que en materia de información se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información estará obligado a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a la siguiente **información**:
>
> g) Los **códigos de conducta** a los que, en su caso, esté adherido y la manera de consultarlos electrónicamente».

Pero es en el **Capítulo III** de este **Título II** donde se regulan de forma detallada los Códigos de conducta, a través del **artículo 18**, que lleva este mismo rótulo:

> «1. Las administraciones públicas **impulsarán**, a través de la coordinación y el asesoramiento, la elaboración y aplicación de **códigos de conducta voluntarios**, **por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores**, en las materias reguladas en esta Ley. La Administración General del Estado **fomentará,** en especial, la elaboración de **códigos de conducta** de ámbito comunitario o internacional.
>
> Los **códigos de conducta** que afecten a los **consumidores y usuarios** estarán sujetos, además, al capítulo V de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal.
>
> Los **códigos de conducta** podrán tratar, en particular, sobre los **procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos** y la **protección de los destinatarios frente al envío por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas**, así como sobre los **procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos** que surjan por la prestación de los servicios de la sociedad de la información.
>
> 2. En la elaboración de dichos **códigos**, habrá de garantizarse la participación de las **asociaciones de consumidores y usuarios** y la de las **organizaciones representativas de personas con discapacidades físicas o psíquicas**, cuando afecten a sus respectivos intereses.
>
> Cuando su contenido pueda afectarles, los **códigos de conducta** tendrán especialmente en cuenta la **protección de los menores y de la dignidad humana**, pudiendo elaborarse, en caso necesario, **códigos específicos** sobre estas materias.
>
> Los poderes públicos estimularán, en particular, el establecimiento de **criterios comunes** acordados por la industria para la **clasificación y etiquetado de contenidos** y la adhesión de los prestadores a los mismos.
>
> 3. Los **códigos de conducta** a los que hacen referencia los apartados precedentes deberán ser accesibles **por vía electrónica**. Se fomentará su traducción a otras lenguas oficiales, en el Estado y de la Unión Europea, con objeto de darles mayor difusión».

En el **Título V,** Solución judicial y extrajudicial de conflictos, **Capítulo II**, solución extrajudicial de conflictos, el **artículo 32**, que lleva este mismo rótulo, dice:

> «1. El prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los **arbitrajes** previstos en la le-

> gislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a los **procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos** que se instauren por medio de **códigos de conducta** u otros instrumentos de **autorregulación.**
>
> 2. En los **procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos** a que hace referencia el apartado anterior, podrá hacerse uso de **medios electrónicos**, en los términos que establezca su normativa específica».

En el **Título VI**, Información y control, el **artículo 33,** sobre la Información a los destinatarios y prestadores de servicios, dice:

> «Los **destinatarios y prestadores de servicios de la sociedad de la información** podrán dirigirse a cualesquiera órganos competentes en materia de sociedad de la información, sanidad y consumo de las Administraciones Públicas, para:
>
> b) **Informarse** sobre los **procedimientos de resolución** judicial y **extrajudicial** de conflictos».

Y en el **artículo 34. Comunicación de resoluciones relevantes**, apartado 2:

> «2. Los órganos arbitrales y los responsables de los demás **procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos** a que se refiere el artículo 32.1 comunicarán al Ministerio de Justicia los **laudos o decisiones** que revistan **importancia** para la prestación de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico de acuerdo con los criterios indicados en el apartado anterior».

Dentro del **Título VII**, Infracciones y sanciones**,** el **artículo 40. Graduación de la cuantía de las sanciones,** establece:

> *«La **cuantía de las multas** que se impongan se **graduará** atendiendo a los siguientes criterios:*
>
> g) La adhesión a un **código de conducta** o a un **sistema de autorregulación publicitaria** aplicable respecto a la infracción cometida, que cumpla con lo dispuesto en el artículo 18 o en la disposición final octava y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes».

La **disposición adicional sexta**, sobre el **Sistema de asignación de nombres de dominio bajo el «.es»**, **apartado Ocho**, prevé:

> «Ocho. En los términos que permitan las disposiciones aplicables, la autoridad de asignación podrá establecer un **sistema de resolución extrajudicial de conflictos** sobre la **utilización de nombres de dominio**, incluidos los relacionados con los derechos de propiedad industrial. Este sistema, que asegurará a las partes afectadas las **garantías procesales adecuadas**, se aplicará sin perjuicio de las eventuales acciones judiciales que las partes puedan ejercitar».

La **disposición adicional novena**, **Gestión de incidentes de ciberseguridad que afecten a la red de Internet**, también prevé en su apartado 1:

> «1. Los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información, los registros de nombres de dominio y los agentes registradores que estén establecidos en España están obligados a prestar su colaboración con el CERT competente, en la resolución de incidentes de ciberseguridad que afecten a la red de Internet y actuar bajo las **recomendaciones de seguridad** indicadas o que sean establecidas en los **códigos de conducta** que de esta Ley se deriven».

Finalmente, la **disposición final octava**, **Distintivo de adhesión a códigos de conducta que incorporen determinadas garantías**, establece:

> «En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno aprobará un **distintivo** que permita identificar a los prestadores de servicios que respeten **códigos de conducta** adoptados con la participación del Consejo de Consumidores y Usuarios, y que incluyan, entre otros contenidos, la adhesión al **Sistema Arbitral de Consumo** o a otros **sistemas de resolución extrajudicial de conflictos** que respeten los principios establecidos en la normativa comunitaria sobre **sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores**, en los términos que reglamentariamente se establezcan».

3. Corregulación. El Reglamento UE de Servicios Digitales (Digital Services Act o DSA)

El Reglamento UE relativo a un mercado único de servicios digitales de Servicios Digitales (Reglamento de Servicios Digitales o, en inglés, Digital Services Act, más conocido por sus siglas: DSA), contempla acuerdos de **autorregulación y corregulación** tanto para las plataformas en línea como para los motores de búsqueda de gran tamaño, y la creación de **organismos de resolución extrajudicial de litigios**, mediante **códigos de conducta**.

Las menciones a la **autorregulación** y la **corregulación** están en el **Preámbulo** o los **Considerandos** del Reglamento. En el **Considerando (88)** se dice:

> «Los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño pueden tener que **reforzar** sus **procesos internos** o la **supervisión** de cualquiera de sus actividades, en particular en lo que respecta a la detección de **riesgos sistémicos**, y llevar a cabo **evaluaciones de riesgos** más frecuentes o específicas relacionadas con nuevas funciones. En particular, cuando los riesgos se compartan entre plataformas en línea o motores de búsqueda en línea diferentes, deben **colaborar con otros prestadores de servicios**, por ejemplo, mediante la adopción de nuevos **códigos de conducta** o la suscripción a los ya existentes, u **otras medidas de autorregulación**».

El **Considerando (89)**:

> «Al seleccionar las **medidas de mitigación** adecuadas, los prestadores pueden tener en cuenta, cuando proceda, las **mejores prácticas** del sector, en particular las establecidas mediante la cooperación en materia de **autorregulación**, como los **códigos de conducta**, y deben tener en cuenta las **directrices de la Comisión**».

En el **Considerando (104)** se prevé:

> «Es apropiado que el presente Reglamento señale determinados aspectos para que se tomen en consideración en dichos **códigos de conducta**. En particular, deben explorarse medidas de **reducción de riesgos** relativas a tipos concretos de contenidos ilícitos a través de **acuerdos de autorregulación y corregulación**».

Y el **Considerando (106)** concluye:

> «Las disposiciones del presente Reglamento relativas a los **códigos de conducta** podrían servir de base para **iniciativas de autorregulación** ya establecidas a escala de la Unión, como el compromiso de **seguridad con los productos**, el memorando de entendimiento sobre la **venta de productos falsificados** a través de internet, el **Código de conducta** para la lucha contra la **incitación ilegal al odio** en internet, y el **Código de buenas prácticas** en materia de **desinformación**».

Por lo que respecta a la **resolución extrajudicial de litigios** hay **62 menciones**, y en lo que se refiere a los **códigos de conducta** hay un total de **52 mencio-**

nes a lo largo del texto, por lo que nos limitaremos a analizar los artículos y aspectos más importantes.

En el Capítulo III. Obligaciones de diligencia debida para crear un entorno en línea transparente y seguro, **Sección 3.** Disposiciones adicionales aplicables a los prestadores de plataformas en línea, tras imponer el **artículo 20** un **sistema interno de gestión de reclamaciones** a proveedores de plataformas en línea, el **artículo 21** prevé órganos de **Resolución extrajudicial de litigios:**

> «1. Los destinatarios del servicio, incluidas las personas físicas o entidades que hayan enviado notificaciones, a quienes vayan destinadas las **decisiones** a que se refiere el artículo 20, apartado 1, tendrán derecho a elegir cualquier órgano de resolución extrajudicial de litigios que haya sido **certificado** (por el Coordinador nacional de servicios digitales) de conformidad con el apartado 3 del presente artículo **para resolver litigios** relativos a esas decisiones, incluidas las reclamaciones que no se hayan resuelto a través del **sistema interno de tramitación de reclamaciones** mencionado en dicho artículo».
>
> «2. Ambas partes colaborarán, de **buena fe**, con el órgano de resolución extrajudicial de litigios seleccionado y certificado con el fin de resolver el litigio». «El órgano certificado de resolución extrajudicial de litigios **no** estará **facultado** para **imponer** una **resolución** del litigio **vinculante** a las partes».
>
> «3. El **coordinador de servicios digitales** del Estado miembro en el que esté establecido el órgano de resolución extrajudicial de litigios certificará a dicho órgano, a petición de este, por un **período máximo de cinco años**, renovable, cuando dicho órgano haya demostrado cumplir todas las condiciones siguientes: (entre otras):
>
> a) que es **imparcial e independiente**, **también financieramente**, de los prestadores de plataformas en línea y de los destinatarios del servicio prestado por los prestadores de plataformas en línea, en particular de las personas físicas o entidades que hayan enviado notificaciones;
> b) que tiene los **conocimientos necesarios** en relación con las cuestiones planteadas **en uno o varios ámbitos específicos** de los **contenidos ilícitos**, o en relación con la aplicación y ejecución de las **condiciones generales** de uno o varios tipos de plataformas en línea, para poder contribuir de manera eficaz a la resolución de un litigio;
> e) que es **capaz de resolver litigios de manera rápida, eficiente y eficaz** en términos de costes y en al menos una lengua oficial de las instituciones de la Unión;»

Dentro de este mismo **Capítulo III**, en la **Sección 6**, Otras disposiciones relativas a obligaciones de diligencia debida, está el **artículo 45. Códigos de conducta**, que en su **apartado 1** prevé:

> «1. La Comisión y la Junta fomentarán y facilitarán la elaboración de **códigos de conducta** voluntarios, teniendo en cuenta en particular las dificultades concretas que conlleva actuar contra diferentes tipos de **contenidos ilícitos** y **riesgos sistémicos**, de conformidad con el Derecho de la Unión en particular en materia de **competencia** y de protección de los **datos personales**».

4. Derechos digitales

a) La Carta española de Derechos Digitales

En la Carta española de Derechos Digitales, aprobada por el Gobierno español el **14 de julio de 2021**, se cita dos veces la **autorregulación.** El **apartado XIV**, sobre **Libertad de expresión y libertad de información,** dice:

> «4. Los prestadores de servicios intermediarios, previo informe a los usuarios y destinatarios finales, podrán establecer, de acuerdo con la legislación aplicable, restricciones en el uso de los servicios, incluyendo la existencia de **políticas y herramientas de moderación de contenidos** o de **códigos de conducta** y **autorregulación,** o de sistemas para comunicación y reclamación por dichos contenidos o de mecanismos y herramientas de alerta y detección, así como **sistemas voluntarios de mediación o arbitraje para resolver discrepancias**».

Y el **apartado XXVII**, **Garantía de los derechos en los entornos digitales:**

> «3. Se promoverán **mecanismos de autorregulación**, **control propio** y **procedimientos de resolución alternativa de conflictos**, con la previsión de incentivos adecuados para su utilización con arreglo a la normativa vigente».

b) La Declaración europea de Principios y Derechos Digitales

La Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, aprobada el **26 de enero de 2022** por el Parlamento Europeo, el

Consejo y la Comisión, no menciona la **autorregulación** ni la **corregulación**, ni siquiera los **sistemas de resolución extrajudicial de litigios**, sino tan solo hace una mención genérica a la protección de la **Libertad de Expresión**, en el **Capítulo IV: Participación en el espacio público digital**:

> «Toda persona tiene derecho a la **libertad de expresión** en el entorno digital sin miedo a ser censurada o intimidada. Las **plataformas en línea de muy gran tamaño** deberían apoyar el **debate democrático libre en línea**, habida cuenta de la función que cumplen sus servicios en la configuración de la opinión y el discurso públicos. Deberían mitigar los riesgos derivados del funcionamiento y el uso de sus servicios, incluidos los de las campañas de **desinformación**, y proteger la **libertad de expresión.**
>
> Nos comprometemos a:
>
> — proteger los derechos fundamentales en el entorno digital, en particular la **libertad de expresión y de información**;
> — adoptar medidas para combatir todas las formas de **contenidos ilegales** en proporción al daño que causen y en pleno respeto del **derecho a la libertad de expresión e información**, sin establecer ninguna obligación general de supervisión;
> — crear un entorno digital en el que las personas estén protegidas frente a la **desinformación** y otras formas de **contenidos perjudiciales.**

5. Cogobernanza

a) El Foro para la Gobernanza de Internet (ONU)

Desde 2006 existe el Foro para la Gobernanza de Internet (IGF), dependiente de las **Naciones Unidas**, un **espacio de diálogo** sobre cuestiones relacionadas con el desarrollo de Internet, que reúne a las **múltiples partes interesadas** del ecosistema de Internet (multistakeholders), que incluye tanto a los gobiernos, como al sector privado, la sociedad civil y la comunidad tecnológica y académica.

IGF Spain es el **capítulo español**, que lleva funcionando **más de 10 años** y que celebra anualmente unas jornadas en las que se debaten sobre estos temas.

En estos momentos hay abierto un **debate** en IGF (ONU) sobre la conveniencia de pasar de ser un mero Foro de Diálogo a un **organismo más operativo.**

b) La Declaración sobre el futuro de internet

El **28 de abril de 2022** Estados Unidos, la Unión Europea y 32 países más aprobaron la **Declaración sobre el futuro de internet**, en contraposición al Great firewall chino y a la Ley de internet soberana de Rusia, con el objetivo de establecer una visión y unos principios de un internet confiable, que apueste y refuerce los valores democráticos básicos y los derechos humanos.

El texto, avalado por **más de 60 países** por el momento, compromete a los gobiernos a promover una **internet abierta, gratuita, global interoperable, confiable y segura** para el mundo, respetando la **autonomía regulatoria** de cada país. La Declaración y sus **principios no son jurídicamente vinculantes**, pero sirven de referencia para responsables políticos, ciudadanos, empresas y organizaciones de la sociedad civil.

El texto es una iniciativa inclusiva, en la que se espera que participen no solo los **gobiernos** y las organizaciones internacionales, sino también el **sector privado:** los actores de la **economía digital,** la **comunidad técnica** y el **mundo académico**, entre otros. Así, la Declaración sobre el Futuro de Internet conforma un paso más para la creación de **un sistema de gobernanza** en el que se cuente **con todas las partes interesadas**.

A medida que la tecnología ha evolucionado, el **liderazgo de los gobiernos,** aun siendo fundamental, **no es suficiente**, ya que estos no pueden administrar ni resolver los problemas del mundo por sí solos. Los decisores públicos avanzan hacia el establecimiento de un sistema que reúna a todos los actores que operan en el sector digital y que incluyen a investigadores académicos, empresas tecnológicas, asociaciones y otros player de la comunidad empresarial.

La **colaboración público-privada** en la **revolución digital** es esencial. De esta forma, el **multistakeholderismo** (participación de múltiples partes interesadas) constituye hoy en día uno de los principales retos en materia de gobernanza o **cogobernanza de internet**, para actuar de manera coordinada en esta era de digitalización y transformación digital.

6. Organismos sectoriales

a) Ámbitos de actividad

En principio, el **ámbito de actividad** del organismo o mecanismo sería el mismo de la **DSA,** es decir, el **correcto funcionamiento** del mercado de los **servicios intermediarios** (digitales o de internet) dentro de España y de la Unión Europea. Y en particular, el **marco de responsabilidad** de los prestadores de

servicios (digitales) **intermediarios** y sus **exenciones condicionadas** y las **obligaciones específicas de diligencia debida** de determinadas categorías de prestadores de servicios intermediarios, de muy gran tamaño (**artículo 1**).

Los **servicios intermediarios** (digitales o de internet) son un tipo de **servicios de la Sociedad de la Información** (servicios prestados normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario —o usuario— de dichos servicios), que, según el **artículo 3**, pueden ser de **tres clases**:

i) un **servicio de «mera transmisión»,** consistente en transmitir, en una red de comunicaciones, información facilitada por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones,
ii) un **servicio de «memoria caché»,** consistente en transmitir por una red de comunicaciones información facilitada por el destinatario del servicio, que conlleve el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, prestado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos,
iii) un **servicio de «alojamiento de datos»,** consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario (o usuario) del servicio y a petición de este; en el que están incluidas las **plataformas en línea** (que, a petición de un destinatario —o usuario— del servicio, almacenan y difunden —comparten— información al público) y los **motores de búsqueda en línea**.

Como **organismo o mecanismo de autorregulación y corregulación y de resolución extrajudicial de litigios**, su **ámbito de actividad** debería empezar, a nuestro juicio, por un tema muy concreto e importante, polémico y difícil, como es el de la **Libertad de Expresión**, en su triple dimensión de **información, opinión y creación artística**, y la revisión de las decisiones de **moderación y recomendación de contenidos** de las **plataformas en línea** (especialmente, en lo que respecta al **discurso del odio** y la **desinformación**), y, en todo caso, ir ampliando luego su actividad a **otros ámbitos** de posibles **conflictos** entre los prestadores de servicios digitales de intermediación y sus usuarios (por ejemplo, en materia de **comercio electrónico**, seguridad con los productos, venta de productos falsificados, etc).

Como **organismo o mecanismo de cogobernanza**, su **ámbito de actividad** puede ser tan **amplio** como decida el sector, para tratar de influir no sólo en la regulación legislativa y administrativa (SEDIA), sino también en las decisiones y criterios de actuación del regulador administrativo independiente (Coordinador nacional de Servicios Digitales: CNMC).

b) Criterios de actividad

Los **criterios de actividad** del organismo o mecanismo serían, **en primer lugar, las leyes** (DSA y resto de normativa, europea y nacional, aplicable a la materia) y, **en segundo lugar, los códigos de conducta** de **autorregulación** sectorial, que cuenten con el **visto bueno** de los organismos reguladores (**corregulación**).

Por ejemplo, en materia de **moderación y de recomendación de contenidos** en las **plataformas en línea** (o de Libertad de Expresión: de información, opinión y creación artística, en las redes sociales), el organismo o mecanismo sectorial y, en especial, los **Jurados** de revisión de las decisiones de las redes sociales y de **resolución extrajudicial de litigios** con los usuarios de las mismas, deberán tener en cuenta no sólo las reglas previstas en la **DSA**, sino también las normas, europeas y nacionales, que regulan estos derechos fundamentales; en especial, la **Carta Europea de Derechos Fundamentales** (**artículo 11**) y la **Constitución Española** (**artículo 20**), así como la Jurisprudencia sobre la materia del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** y nuestro **Tribunal Constitucional**.

Asimismo, tendrán que aplicar los **códigos de conducta** o de **buenas prácticas** que, dentro de los límites legales y con respeto a los derechos fundamentales, se adopten voluntariamente por el **sector** y de acuerdo del **regulador** en estas materias (por ejemplo, los referidos al **discurso del odio** o a la **desinformación)** y los **términos del servicio** o las **condiciones generales** de cada una de las **plataformas en línea**, en lo que se refiere no tanto a los **contenidos ilícitos** (pues éstos los definen la Ley), sino a los **contenidos incompatibles** con ellas, aunque éstos no sean ilegales, que es el tema más polémico que debe enfrentar el organismo o mecanismo de autorregulación y corregulación y sus Jurados.

En este sentido, la **principal actividad del organismo y de los jurados** será la **revisión de las medidas** adoptadas por las plataformas en línea que afecten: bien a la disponibilidad, visibilidad, y accesibilidad de los contenidos compartidos por los usuarios (**relegación, desmonetización, bloqueo o supresión**), bien a la capacidad de éstos para compartirlos (**supresión o suspensión de cuentas**), según el artículo 3 DSA.

El **organismo o mecanismo de resolución extrajudicial de litigios** se situaría así entre los **mecanismos internos de reclamación** de las plataformas en línea y la actuación sancionadora del **regulador administrativo**, de manera que sería una especie de **segunda instancia** en la que se pudieran **revisar** decisiones de moderación de contenidos de aquéllas, en defensa de la Libertad de Expresión, sin perjuicio de la posibilidad de los usuarios de recurrir a los tribunales.

Las resoluciones del organismo o mecanismo irían constituyendo un conjunto de **precedentes** que aportarían las mismas reglas de juego para todos y una

mayor **seguridad jurídica** tanto para las plataformas en línea como para los usuarios.

Asimismo, como los **organismos o mecanismos de resolución de conflictos** actuarían con los **mismos criterios del regulador** (administrativo) y de acuerdo con las leyes y jurisprudencia españolas, se evitaría la intervención sancionadora (administrativa) de éste y habría una litigiosidad mucho menor en los **tribunales.**

c) Independencia

Una de las primeras cuestiones que deben abordarse respecto de la gobernanza del **órgano de resolución extrajudicial de litigios** es que, como vimos, ha de ser **«imparcial e independiente**, también **financieramente**, de los prestadores de plataformas en línea y de los destinatarios del servicio» (**art. 21.3.a) DSA**).

Esto plantea algunas dudas —muy relevantes— sobre la **naturaleza y estructura** del **organismo o mecanismo de autorregulación y corregulación** y sobre su posible **financiación**, hasta el punto de que una interpretación demasiado rígida de dicha independencia haría inviable la creación y mantenimiento de un órgano de resolución extrajudicial de litigios.

Por eso, creemos que debe distinguirse y defenderse a ultranza la independencia (tanto la profesional como la financiera) del **órgano de resolución extrajudicial de litigios**, es decir: del **Jurado** (que es la que exige la Ley) y no confundirla con la independencia del organismo o la entidad que lo impulse o de la que dependa.

Defender lo contrario sería negar la **realidad**, puesto que ya existen —y han sido admitidos sin problema por los reguladores administrativos— algunos organismos y mecanismos sectoriales independientes de resolución extrajudicial de litigios que dependen y que son mantenidos financieramente por asociaciones privadas, como **Confianza online** (Adigital) o el **Jurado de la Publicidad** (Autocontrol).

Pero es que, defender lo contrario, sería negar la **independencia** de los propios **reguladores administrativos**, que son organismos independientes del gobierno y también de los sectores regulados, por mucho que su financiación depende de las administraciones públicas; como ocurre actualmente con la **CNMC** y ocurrirá con la futura **AESIA** y el **Coordinador de Servicios Digitales**.

En este sentido —y para reforzar esta interpretación de lo dispuesto en la DSA— hay que analizar lo que prevé la **Directiva 2013/11/UE**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la **resolución alternativa de litigios en materia de consumo**, así como la **Ley 7/2017**, de 2

de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español dicha Directiva[2].

d) Estructura

Si se acepta por el regulador (Coordinador de Servicios Digitales), como parece lo más lógico, la posibilidad de crear un **órgano independiente de resolución extrajudicial de litigios** en el seno de una asociación sectorial, está claro que no habría que cambiar los **Estatutos** de ésta, sino, como mucho, retocar su **estructura y funcionamiento** para garantizar dicha independencia.

En el caso de que el regulador (Coordinador de Servicios Digitales) no aceptase la creación de un órgano de resolución extrajudicial de litigios que dependiera estructural y financieramente de una asociación sectorial por no garantizarse su independencia, una **alternativa** sería la constitución de una **entidad sin ánimo de lucro** (o la utilización de alguna existente) en la que participasen las entidades públicas y privadas implicadas en la **corregulación** y que se financiara con las **cuotas** de éstas y las **tasas** por los **procedimientos de resolución de litigios**.

La **estructura** del organismo o mecanismo dependería de su naturaleza jurídica: a**sociación** o **fundación.** En el caso de que tuviera **naturaleza asociativa**, se propone la existencia de **tres órganos**: a**samblea general, junta directiva y comité ejecutivo.**

- **Asamblea general.** Sería el órgano de expresión de la voluntad colectiva de las entidades públicas y privadas, empresariales y de consumidores y usuarios, que formaran parte del organismo. Entre sus funciones, estarían las de aprobar y reformar los estatutos, elegir a los componentes de la junta directiva, aprobar su gestión y las cuentas anuales, así como el presupuesto del siguiente ejercicio, y acordar, en su caso, la disolución del organismo.

---

[2] **TÍTULO I. Acreditación de las entidades de resolución alternativa**

CAPÍTULO I. Requisitos exigibles para la acreditación de las entidades de resolución alternativa

Sección 3.ª Requisitos relativos a las personas encargadas de la resolución de los procedimientos gestionados por las entidades de resolución alternativa

Artículo 22. Condiciones y cualificación de las personas encargadas de resolver los litigios.

Artículo 23. Principios de independencia e imparcialidad.

Artículo 24. Actuaciones en caso de conflicto de intereses de la persona encargada de la resolución de un litigio con las partes.

Artículo 25. Garantías adicionales de imparcialidad exigibles a las personas encargadas de la resolución de un litigio empleadas por organizaciones profesionales o asociaciones empresariales.

- **Junta directiva.** Sería el órgano encargado de la gestión y administración del organismo. Entre sus funciones, destacarían las relacionadas con la gestión y la administración del mismo: aprobar los planes de actuación, ejecutar los acuerdos de la asamblea general y representar y defender los intereses del organismo. Sería elegida por la asamblea general y estaría compuesta por el número de miembros y en la proporción de representación que los estatutos determinaran.
- **Comité ejecutivo.** Tendría como función principal dirigir la actividad cotidiana; decidir sobre la admisión de nuevos agentes al organismo; y ejercer la potestad disciplinaria. Sus integrantes serían designados por la junta directiva. Estaría compuesto por el presidente, el o los vicepresidentes, el tesorero, si lo hubiera, y los vocales, en el número que se determinara en los Estatutos.

En el caso de que tuviera **naturaleza** fundacional, lo normal es que haya dos órganos: **patronato** y **comité ejecutivo.**

- El **patronato** sería el órgano de gobierno de la fundación y estaría constituido por las distintas entidades públicas y privadas implicadas en la corregulación.
- El **comité ejecutivo**, más reducido, tendría la función de dirigir la actividad cotidiana del organismo.

e) Estatutos y jurados

La organización y el funcionamiento del **órgano de resolución extrajudicial de litigios** y/o del **organismo o mecanismo de autorregulación y corregulación**, se detalla en sus **estatutos,** y los **jurados** se rigen por el **reglamento de los jurados** y los códigos de conducta**.**

Como ya hemos dicho, si se acepta que una asociación sectorial pueda albergar en su seno un **órgano independiente de resolución extrajudicial de litigios**, no habría que modificar sus **estatutos.**

Pero, si hubiera que crear un organismo independiente, se deben recoger en sus **estatutos** las disposiciones de carácter general que contemplen **aspectos básicos,** como: la **naturaleza jurídica**, la **financiación**, el **objeto y fines** del organismo (la **cogobernanza** de Internet, la **autorregulación** y **corregulación** de los servicios intermediarios y la **resolución extrajudicial de litigios**); así como todo lo relacionado con su estructura interna y funcionamiento.

- si se trata de una **asociación** (**artículo 7** de la **Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación**): denominación, domicilio, ámbito de actividad duración, fines y actividades, requisitos y modalidades de admisión y baja, sanción y separación de los asociados y clases de éstos, derechos y obligaciones, garantías del funcionamiento democrático; órganos de gobierno y representación; régimen de administración, patrimonio inicial y recursos económicos, causas de disolución y destino del patrimonio.
- si es una **fundación** (**artículo 11** de la **Ley de Fundaciones**): denominación, fines, domicilio, ámbito de actividad, reglas básicas de aplicación de recurso y determinación de beneficiarios, composición del Patronato, reglas para la designación y sustitución de patronos, causas de su cese, atribuciones, forma de adoptar acuerdos.

En cuanto a los **jurados**, se propone la constitución de uno por **cada materia** en la que el organismo vaya a desarrollar la **resolución extrajudicial de litigios** y que lo compongan un Presidente, un Vicepresidente (para el caso de ausencia o enfermedad del Presidente), un Secretario y **seis** vocales, todos de reconocido prestigio profesional, independientes e imparciales, nombrados y renovados por la Junta Directiva o Patronato, a propuesta de las entidades públicas y privadas, empresariales y de usuarios, que formen parte del organismo.

- el funcionamiento interno se regiría por lo previsto en el **reglamento del jurado** y la resolución extrajudicial de las reclamaciones recibidas se haría aplicando los **códigos de conducta** adoptados de cada materia.

En materia de **moderación de contenidos**, los miembros del Jurado deberían ser expertos en el ámbito jurídico de la **libertad de expresión** (información, opinión, creación artística y propiedad intelectual), en el de la **comunicación** y, en especial, en la protección de **menores de edad**.

7. Anexo

a) Referencias existentes

Para el diseño de la **estructura y gobernanza** del **organismo o mecanismo** y la **estructura y funcionamiento** de sus **jurados,** así como para la elaboración de los **estatutos**, el **reglamento de los jurados** y los **códigos de conducta**, se propone tomar como **referencia** a otros organismos de **cogobernanza** de internet exis-

tentes (como el **IGF** o el **ICANN**) y otros organismos o mecanismos de **autorregulación y corregulación y de resolución extrajudicial de litigios** ya consolidados (como **Autocontrol de la Publicidad** o **Confianza Online**) y **códigos de conducta** vigentes; en especial, en el ámbito europeo en materia de **contenidos ilícitos:**

- **Código de conducta** para combatir la **incitación ilegal al odio** en Internet, firmado por Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube y la Comisión Europea.
- **Código (reforzado) de buenas prácticas** en materia de **desinformación**, firmado por Google, Facebook, Twitter, TikTok y Microsoft.

En España hay claros ejemplos de **códigos de conducta** en materia publicitaria y de comercio electrónico:

- **Código de conducta publicitaria**, promovido por **Autocontrol**;
- **Confianza online,** el sistema de regulación integral para la publicidad y el comercio electrónico, impulsado por **Adigital y Autocontrol**;
- **Código de buenas prácticas** para el comercio electrónico de la Asociación Española de Normalización y Certificación (**AENOR**);
- **Convenio de autorregulación** para evitar el **correo no solicitado** (spam) y generar confianza a los usuarios de Internet, de la Asociación de Usuarios de Internet (**AUI**);
- **Sistema PEGI** (Pan-European Game Information) de autorregulación sobre el etiquetado y publicidad de los productos de software de entretenimiento, promovido por la Federación de Software Interactivo de Europa (**ISFE**)

Al igual que existen varios **códigos de conducta** y **organismos o mecanismos de resolución extrajudicial de litigios** en materia de **contenidos publicitarios**, se trataría de elaborar un **código de conducta** en materia de **contenidos no publicitarios** y de crear un **organismo o mecanismo sectorial independiente**, certificado por el Coordinador nacional de Servicios Digitales, que, entre otras funciones (de **cogobernanza** de internet y de **autorregulación/corregulación** de servicios intermediarios), tenga la **revisión**, por un **jurado** independiente, de las **decisiones** y **medidas** en materia de **moderación de contenidos** tomadas por las plataformas en línea con respecto a los contenidos proporcionados o compartidos por sus usuarios.

b) Ley General de la Comunicación Audiovisual

Hay que advertir también que, aparte del **Reglamento de Servicios Digitales**, confluye en la regulación de los contenidos compartidos por usuarios a través de plataformas en línea la **Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual** (14 de noviembre de 2018), traspuesta al ordenamiento jurídico español a través de la **Ley General de la Comunicación Audiovisual** (7 de julio de 2022).

En su **artículo 12. Autorregulación** se establece que

> «La autoridad audiovisual competente promoverá la **autorregulación** para que los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma o las organizaciones que los representen, en cooperación, en caso necesario, con otros interesados como la industria, el comercio o las asociaciones u organizaciones profesionales o de usuarios o consumidores, adopten de forma voluntaria directrices entre sí y para sí y sean responsables del desarrollo de estas directrices, así como del seguimiento y aplicación de su cumplimiento.

El **artículo 14. Corregulación** por su parte, dice en su apartado 1:

> «La autoridad audiovisual competente promoverá la **corregulación** mediante **convenios** suscritos entre la **autoridad audiovisual** competente, los **organismos de autorregulación** y, siempre que les afecte directamente, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma o las organizaciones que los representen».

Y el **artículo 15. Códigos de conducta de autorregulación y corregulación** establece en su apartado 1 que:

> «La autoridad audiovisual competente promoverá el uso de **la autorregulación y la corregulación** previstas en los dos artículos anteriores mediante la adopción voluntaria de **códigos de conducta** elaborados por los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma o las organizaciones que los representen, en cooperación, en caso necesario, con otros interesados como la industria, el comercio o las asociaciones u organizaciones profesionales o de usuarios».

A lo largo del texto hay numerosas referencias tanto a la **autorregulación** (28) como a la **corregulación** (24) y a los **códigos de conducta** (28), lo que da idea de la importancia que se le concede a estos instrumentos de **cogobernanza.**

El **regulador independiente** (administrativo) de los **contenidos televisivos** en España es la **CNMC**, que pactó en su día con las televisiones de ámbito nacional un **Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia,** y un **mecanismo de corregulación** (**TVinfancia**), que ahora deben evolucionar y extenderse a todos los contenidos audiovisuales de internet.

En algún momento el **código y organismo de autorregulación** de contenidos de las plataformas en línea tendrá que **coordinarse** con el **código y organismo de autorregulación de contenidos audiovisuales**, así como sus mecanismos de **resolución extrajudicial de litigios** y los **convenios de corregulación** con la **CNMC**, que es la **autoridad reguladora** para ambas normas: **DSA y LGCA.**

c) Reglamentos de Inteligencia Artificial y de Identificación Electrónica

Por último, sólo queda hacer una breve referencia a los dos últimos reglamentos **aprobados** por la Unión Europea: de Inteligencia Artificial (13 de marzo de 2024) y de identificación electrónica y servicios de confianza (26 de marzo de 2024), aunque su **aplicación plena** no está prevista hasta dentro de dos años (2026).

El **Reglamento de Inteligencia Artificial** tiene un capítulo entero (VII) dedicado a la **gobernanza** y otro (capítulo X) a los **códigos de conducta y directrices.** Pero a lo largo del texto hace numerosas referencias (32) a la **cooperación** de las **partes interesadas**, a los **códigos de buenas** prácticas (30) y a los **códigos de conducta voluntarios** (15), que se regulan en el **artículo 56. Códigos de buenas prácticas**

> «La Oficina de IA fomentará y facilitará la elaboración de **códigos de buenas prácticas** a escala de la Unión a fin de contribuir a la correcta aplicación del presente Reglamento, teniendo en cuenta los planteamientos internacionales».

Y en el artículo 95. Códigos de conducta para la aplicación voluntaria de requisitos específicos

> «La Oficina de IA y los Estados miembros fomentarán y facilitarán la elaboración de **códigos de conducta**, con los correspondientes **mecanismos de gobernanza**».

Por su lado, el **Reglamento europeo de identificación electrónica y servicios de confianza** (eIDAS2) también tiene un capítulo (IV bis) dedicado al **mar-**

co de gobernanza, pero habla en varios momentos de la necesaria cooperación con las **partes interesadas:** sector privado, investigadores y mundo académico. En el **Considerando (35)** se dice que:

> «Con el fin de promover la adopción de las carteras europeas de identidad digital y un uso más extendido de las identidades digitales, los Estados miembros no solo deben promover los beneficios de los servicios pertinentes, sino también, en **cooperación** con el sector privado, los investigadores y el mundo académico».

Y en el **Considerando (70)**:

> «se necesita un proceso de **cooperación** estrecha y estructurada entre la Comisión, los Estados miembros, la sociedad civil, el mundo académico y el sector privado».

El **artículo 5 septies**, sobre **Uso transfronterizo de las carteras europeas de identidad digital**, dice en su **apartado 4**:

> «En cooperación con los Estados miembros, la Comisión facilitará la elaboración de **códigos de conducta** en estrecha **colaboración** con todas las **partes interesadas** pertinentes, en particular la sociedad civil, para contribuir a la amplia disponibilidad y la facilidad de uso de las carteras europeas de identidad digital contempladas en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y alentar a los prestadores de servicios a ultimar la elaboración de códigos de conducta».

Y el **artículo 46 sexies**, sobre **El Grupo de Cooperación sobre la Identidad Digital Europea**, establece que:

> «Podrá invitarse a representantes de las **partes interesadas** pertinentes a asistir a las reuniones del Grupo de Cooperación y a participar en sus trabajos en calidad de observadores, ad hoc». Y que podrá «organizar **reuniones conjuntas** con las **partes interesadas** pertinentes de toda la Unión para tratar las actividades realizadas por el Grupo de Cooperación y recabar apreciaciones sobre los desafíos políticos emergentes».

Bibliografía

Sánchez Rodríguez, Francisco; Punzón Moraleda, Jesús (2004). «Autorregulación en Internet», *REDETI. Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 7.

EL NUEVO MARCO DE IDENTIDAD DIGITAL DEL REGLAMENTO eIDAS 2. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE UN MARCO NORMATIVO ESPAÑOL DE IDENTIDAD DIGITAL

Ignacio Alamillo Domingo
Grupo de investigación iDerTec de la Universidad de Murcia

1. Introducción

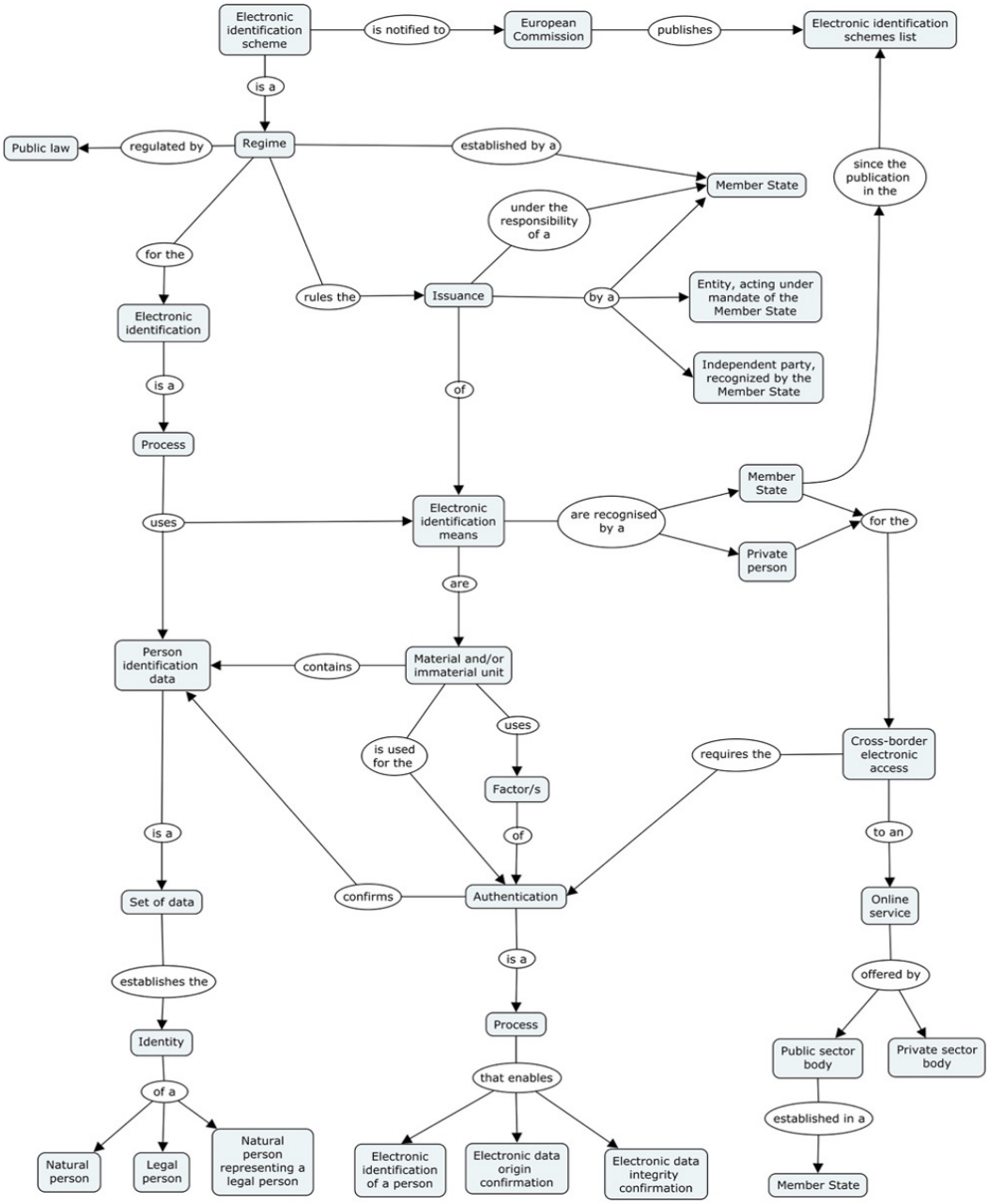
El Reglamento (UE) nº 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE (en adelante, Reglamento eIDAS) estableció un marco para el reconocimiento transfronterizo de los sistemas de identificación electrónica emitidos por los Estados miembros, siempre que estos fuesen cumpliesen determinadas condiciones y hubieran sido notificados.

El Reglamento eIDAS ha permitido el establecimiento de una federación de identidades en la Unión principalmente basada en una red de nodos de interoperabilidad de la identificación electrónica que sustentan la delegación de la autenticación, como se puede ver en la Ilustración 1.

El informe de evaluación previsto en el artículo 49 del Reglamento eIDAS de 2021 ha mostrado diversas limitaciones en el funcionamiento del sistema allí regulado. Desde la perspectiva de la eficacia del Reglamento eIDAS, el informe identifica carencias en la cobertura de los sistemas de identificación electrónica notificados (el 59 %, aproximadamente), en cuanto a la aceptación de los sistemas notificados, en la inexistencia de suficientes incentivos para conectarse a la infraestructura europea, de insuficiente conocimiento de uso del sistema por parte de ciudadanos y de los proveedores de servicios privados o de complejidad en el modelo de gobernanza del sistema.

Desde la perspectiva de la eficacia del Reglamento eIDAS, el informe detalla que, al estar a cargo de la gestión del sistema, las autoridades nacionales y los operadores de nodos eIDAS y los proveedores de identificación electrónica asu-

Ilustración 1. Mapa conceptual de los sistemas de identificación electrónica notificados conforme al Reglamento eIDAS



Fuente: Alamillo (2019)

men costes significativamente más elevados que los proveedores de servicios; que los costes cuantificables son superiores a los beneficios debido a una baja aceptación que ha impedido que los beneficios se hayan materializado; que, para las partes interesadas individuales, una parte considerable son beneficios «esperados» (descontados como beneficios futuros) y, por lo tanto, difícilmente cuantificables; pero también que la reducción de la incertidumbre para el sector privado, la centralización de las actualizaciones de los nodos eIDAS y la actividad de divulgación para los usuarios finales darían lugar a posibles reducciones de los costes netos.

Desde la perspectiva de la relevancia del Reglamento eIDAS, para el informe, el alcance y la atención actuales a los sistemas de identificación electrónica notificados por los Estados miembros para permitir el acceso a los servicios públicos en línea son excesivamente limitados e inadecuados. Asimismo, considera que la gran mayoría de las necesidades de identificación electrónica y autenticación remota siguen encontrándose en el sector privado, puesto que el Reglamento eIDAS no aborda las necesidades de sectores específicos (por ejemplo, educación, banca, viajes, aviación), siendo uno de los factores limitantes s la falta de atributos específicos por dominios.

Finalmente, desde la óptica de la coherencia, el análisis identifica una falta de comprensión común de los requisitos del marco del nivel de garantía, la existencia de limitaciones del conjunto de datos mínimos de identificación de personas, una deficiencia importante para la aplicación de las soluciones eIDAS en una serie de legislaciones sectoriales de la UE, y la ausencia de disposiciones para el reconocimiento mutuo de los documentos de identidad electrónicos no establecidos en la UE.

Como conclusión, aunque el Reglamento eIDAS ha creado incentivos para que los Estados miembros desplieguen una solución de identificación electrónica, el valor añadido con respecto a la identificación electrónica es limitado debido a su baja cobertura, adopción y uso. Sin embargo, también se afirma que las necesidades identificadas originalmente para la adopción del Reglamento eIDAS siguen siendo pertinentes, y que, la derogación del Reglamento daría lugar a la fragmentación y a consecuencias negativas para otras áreas legislativas que dependen de eIDAS.

En definitiva, la Comisión Europea ha identificado cuatro grandes problemas en relación con el sistema de identificación electrónica, que presenta como la aparición de un nuevo entorno donde el enfoque ha cambiado de la provisión y uso de identidades digitales rígidas a la provisión y dependencia de atributos específicos relacionados con esas identidades; una mayor demanda de soluciones de identidad electrónica que puedan ofrecer estas capacidades proporcionando ganancias de eficiencia y un alto nivel de confianza en toda la UE, tanto en el

sector público como en el privado; las insuficiencias del actual Reglamento eIDAS y, casi de forma sorprendente, los problemas de privacidad y protección de datos de las soluciones de identidad que quedan fuera del alcance de eIDAS (proveedores de redes sociales e instituciones financieras), así como la falta de alcance transfronterizo para abordar necesidades sectoriales específicas donde la identificación es sensible y requiere un alto grado de certeza.

Como respuesta a esta problemática, la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 910/2014 en lo que respecta al establecimiento del marco europeo de identidad digital (Reglamento eIDAS 2), recientemente aprobada por los colegisladores, tiene como eje troncal el establecimiento de un marco de trabajo que, en 2030, conduzca a un amplio despliegue de una identidad digital fiable, voluntaria y controlada por el usuario, reconocida en toda la Unión y que permite a cada usuario controlar sus datos en las interacciones en línea; en línea con los objetivos de la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, que consagra la visión de la UE sobre la transformación digital, situando a las personas en el centro, empoderando a los ciudadanos e incentivando a las empresas innovadoras.

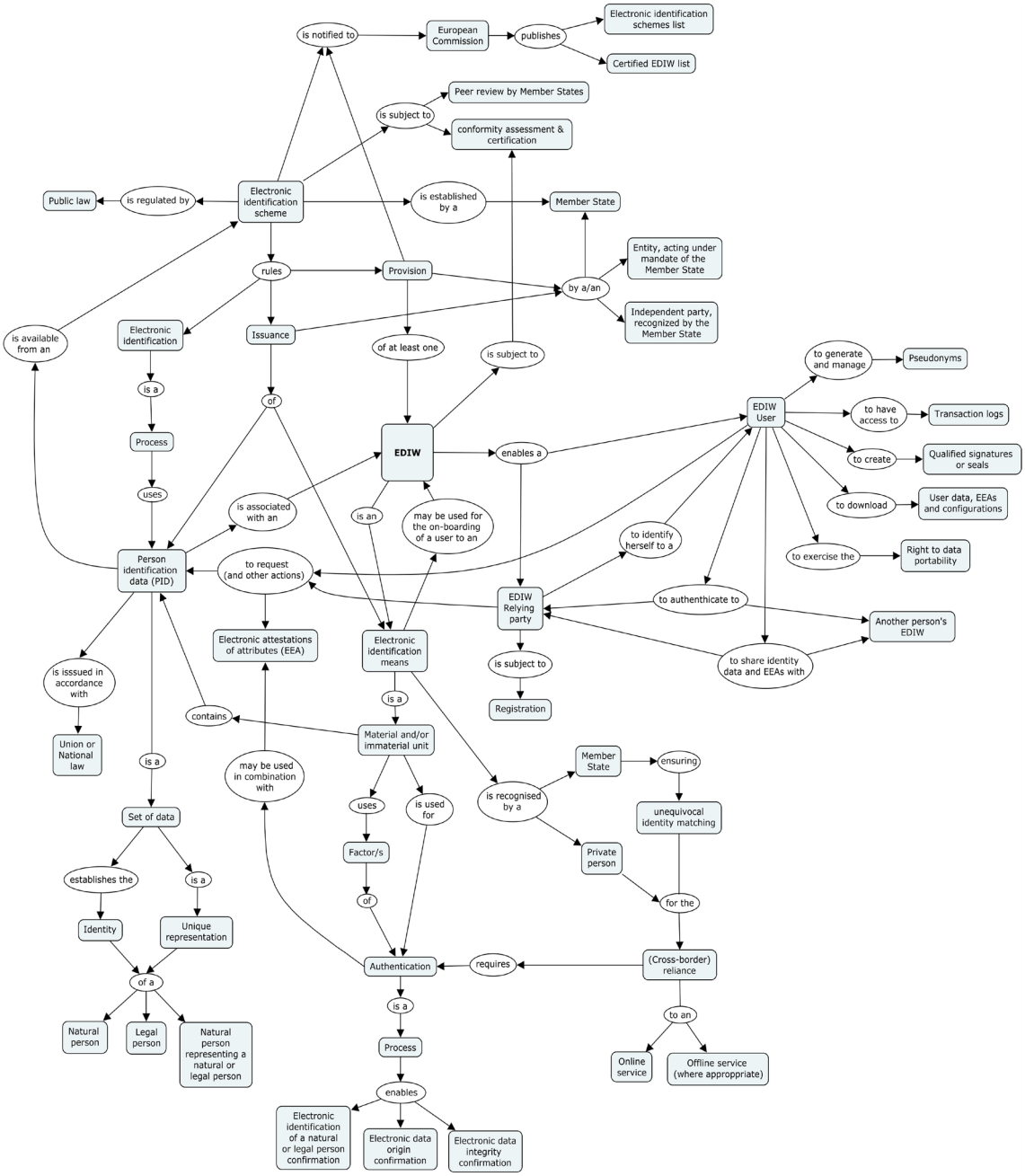
En este contexto, los objetivos que se plantea la Comisión Europea al proponer la reforma del Reglamento eIDAS son garantizar el acceso a soluciones de identidad electrónica altamente seguras y confiables; que los servicios públicos y privados puedan confiar en soluciones de identidad digital confiables y seguras; que las personas físicas y jurídicas estén facultadas para utilizar soluciones de identidad digital y, finalmente, que estas soluciones estén vinculadas a una variedad de atributos y permitan el intercambio específico de datos de identidad limitado a las necesidades del servicio específico solicitado.

Como gran novedad, el Reglamento eIDAS 2 reconoce un verdadero derecho, de los ciudadanos de la Unión, a una identidad digital bajo su control exclusivo, que les permita ejercer sus derechos en el espacio digital, así como a participar en la economía digital.

La aproximación unificada del Reglamento eIDAS 2, que puede observarse en la Ilustración 2, viene a intentar resolver la problemática anteriormente descrita, ampliando de forma muy importante el sistema existente. La reforma se instrumenta mediante dos iniciativas diferentes, aunque íntimamente relacionadas, como son la regulación de un nuevo medio de identificación electrónica y de dos nuevos servicios de confianza, la expedición y validación de declaraciones electrónicas de atributos.

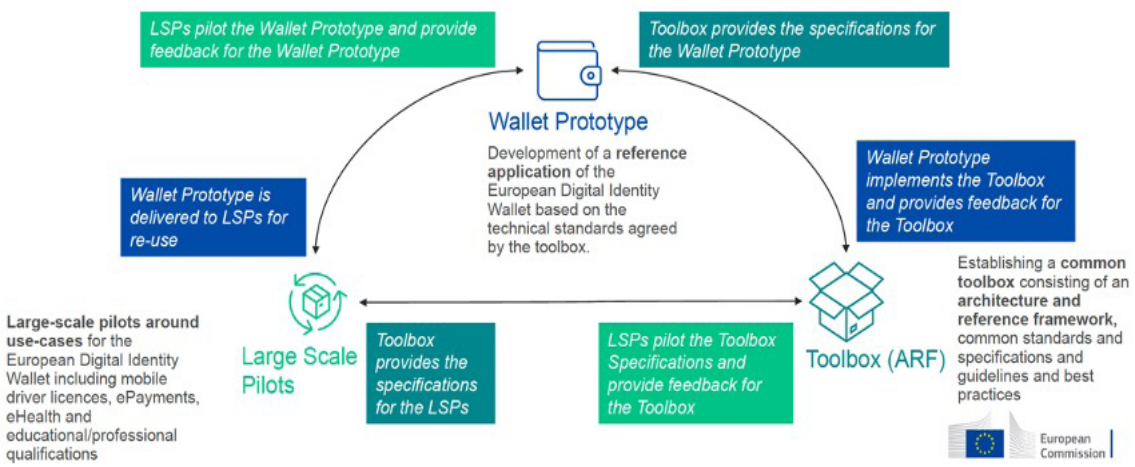
Además del proceso legislativo, se han puesto en marcha diversas iniciativas, íntimamente relacionadas con el mismo, como puede verse en la Ilustración 3, y que debemos considerar en nuestro análisis.

Ilustración 2. Mapa conceptual del nuevo marco de trabajo de identidad digital de la UE



Elaboración propia, para DC4EU

Ilustración 3. Iniciativas para la implementación del nuevo marco de identidad digital



Fuente: Comisión Europa

En primer lugar, los Estados miembros colaboran en la definición de la arquitectura y las especificaciones técnicas del ecosistema del Reglamento eIDAS 2 (ARF); en segundo lugar, la Comisión Europea desarrolla, con la participación de los Estados miembros, el software de referencia de la cartera europea; finalmente, se han financiado cuatro pilotos de gran escala para probar las capacidades de la cartera, aportando retroalimentación tanto al ARF Toolbox como al software de referencia, siendo uno de ellos el proyecto DC4EU, liderado por España.

Aunque, debido a la metodología de desarrollo elegida para el ARF, basada en la filosofía *Agile*, el ARF no se encuentra finalizado, la Comisión ha publicado diversas versiones de este, que permiten intuir la interpretación que del texto legal realizan los expertos trabajando en dicho proceso. Aunque dicha interpretación no tiene valor jurídico, puede influir de forma decisiva en la preparación de la legislación secundaria llamada a concretar el Reglamento eIDAS 2, por lo que nos referiremos puntualmente a la misma.

La gran novedad del Reglamento eIDAS 2 que conforma el nuevo marco de identidad digital es la cartera europea de identidad digital, que se define como un (nuevo) medio de identificación electrónica que permite al usuario almacenar, gestionar y validar de forma segura datos de identificación de la persona y declaraciones electrónicas de atributos con el fin de proporcionarlos a las partes usuarias y a otros usuarios de carteras europeas de identidad digital, así como firmar

por medio de firmas electrónicas cualificadas o sellar por medio de sellos electrónicos cualificados (artículo 3.42) del Reglamento eIDAS modificado).

La finalidad de esta iniciativa es garantizar que todas las personas físicas y jurídicas dispongan de un acceso transfronterizo seguro, de confianza y sin incidencias a servicios públicos y privados en la Unión, manteniendo al mismo tiempo el pleno control sobre sus datos (artículo 5 *bis*.1 del Reglamento eIDAS modificado), si bien la cartera europea de identidad digital podrá utilizarse para establecer comunicaciones con sistemas de terceros como con otras carteras.

2. La provisión de la cartera europea de identidad digital

El Reglamento eIDAS obliga a cada Estado miembro a proporcionar, al menos, una cartera europea de identidad (artículo 5 *bis*.1 del Reglamento eIDAS modificado) a las personas físicas, a las personas jurídicas y a las personas físicas que representan a otras personas físicas o a personas jurídicas, a las que otorga la condición de «usuarios» (artículo 3.5 *bis*) del Reglamento eIDAS modificado), siempre que sean ciudadanos de la Unión o residentes en la Unión, tal como se define en el derecho nacional, por lo que «los Estados miembros deben garantizar la igualdad de acceso a la identificación electrónica para todos sus ciudadanos y residentes» (Considerando 15 del Reglamento eIDAS 2).

La cartera europea de identidad digital se configura legalmente como un servicio de uso estrictamente voluntario por parte de los usuarios, que no pueden ser obligados a obtenerla ni, en el caso de disponer de ella, a utilizarla en sus relaciones con otros usuarios (que dispongan de su propia cartera) ni con partes usuarias, incluidas las Administraciones Públicas, por lo que se diferencia absolutamente de otros sistemas de identificación personal y, en concreto, del DNI o la TIE expedidos en España, que tienen carácter obligatorio, en atención a los intereses públicos a que dichos instrumentos sirven.

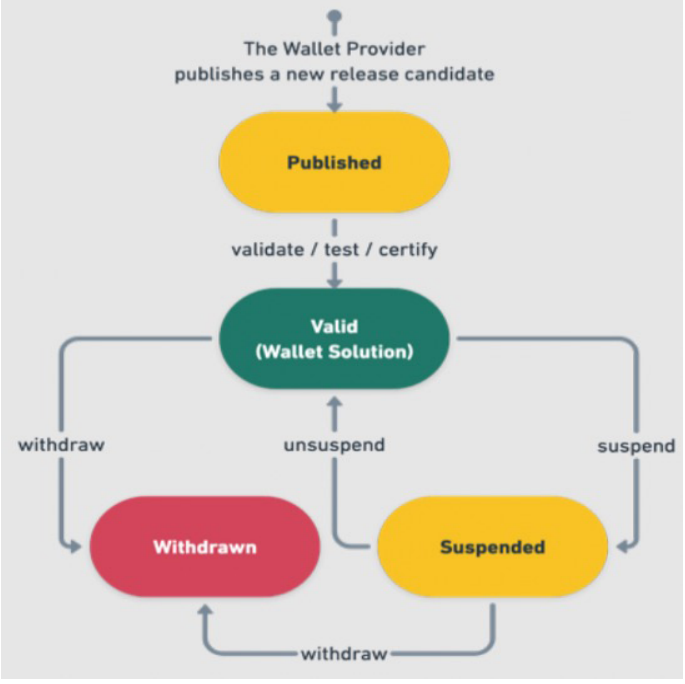
Aunque el Reglamento eIDAS modificado es meridianamente claro acerca de que la cartera es proporcionada por el Estado miembro (cfr. la nueva redacción del artículo 2.1 del Reglamento), dicha provisión puede realizarse acudiendo a diversas modalidades, lo cual ya ocurría en el Reglamento eIDAS en relación a los medios de identificación electrónica (cfr. el artículo 7.a) del Reglamento eIDAS); esto es, provisión directa por un Estado miembro, provisión con arreglo a un mandato de un Estado miembro o provisión independiente de un Estado miembro, pero con el reconocimiento de dicho Estado miembro (artículo 5 *bis*.2 del Reglamento eIDAS modificado), todo ello «a fin de ofrecer flexibilidad a los Estados miembros y aprovechar las tecnologías más avanzadas» (Considerando 16 del Reglamento eIDAS 2).

En efecto, y como ya sucedía en el régimen de notificación de sistemas de identificación electrónica, también en la provisión de la cartera europea de identidad digital se evidencia el carácter de servicio público que impregna la regulación de la identificación electrónica en el Reglamento eIDAS, y la diversidad de perspectivas de los Estados miembros de la Unión Europea en cuanto al modelo de provisión, con menor o mayor intervención del mercado. Posteriormente volveremos sobre este punto.

El ARF se refiere, de forma genérica, a los proveedores de carteras europeas de identidad digital, diferenciándose la provisión de una «solución de cartera europea de identidad digital» de la provisión de cada «instancia de cartera europea de identidad digital». La solución se refiere al producto utilizado para todos los usuarios (Ilustración 4), mientras que la instancia es la cartera de un usuario concreto (Ilustración 5).

Los Estados miembros se encuentran sujetos a diversas obligaciones legales en relación con la provisión cartera europea de identidad digital, atendiendo al ciclo de vida de una solución o al ciclo de vida de cada instancia, en función del

Ilustración 4. Ciclo de vida de una solución
de cartera europea de identidad digital

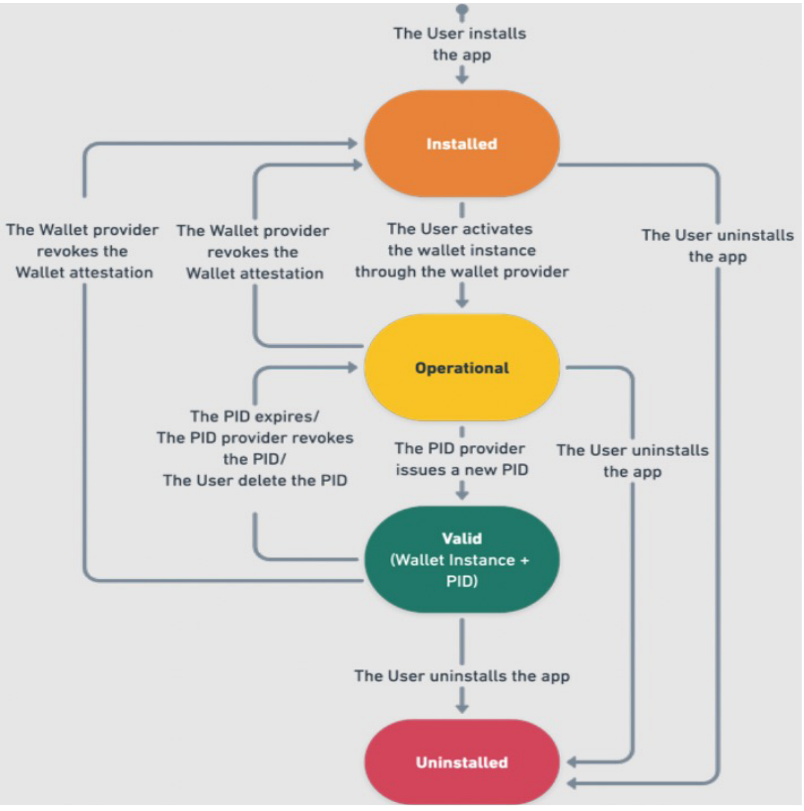


Fuente: ARF

caso. Atendiendo al modelo de provisión (directa, bajo mandato o mediante reconocimiento), algunos de estos deberes realmente recaerán sobre el organismo proveedor de la cartera europea de identidad digital.

En primer lugar, y con carácter previo a su provisión, el Estado miembro debe evaluar la conformidad de la cartera europea de identidad digital con los requisitos funcionales, de protocolos e interfaces comunes y de mecanismos de validación, con el requisito de separación lógica y, cuando proceda, con las normas y especificaciones técnicas para facilitar la incorporación de los usuarios a la cartera europea de identidad digital (artículo 5 *quater*.1 del Reglamento eIDAS modificado), incluidos los requisitos pertinentes de ciberseguridad (artículo 5 *quater*.2 del Reglamento eIDAS modificado). Esta certificación –aunque posiblemente sea más preciso hablar de certificaciones, o de certificación compuesta– se refiere a la solución de cartera europea de identidad digital.

Ilustración 5. Ciclo de vida de una instancia
de la cartera europea de identidad digital



Fuente: ARF

En segundo lugar, los Estados tienen obligaciones legales de carácter informativo en relación con la provisión de la cartera europea de identidad digital. Más en concreto, el artículo 5 *bis*.18 del Reglamento eIDAS exige a los Estados miembros comunicar a la Comisión, sin dilación indebida, información sobre a) el organismo responsable de establecer y mantener la lista de partes usuarias registradas que utilizan las carteras europeas de identidad digital, y la localización de dicha lista; b) los organismos responsables de la provisión de carteras europeas de identidad digital; c) los organismos responsables de garantizar que los datos de identificación de la persona estén asociados a la cartera europea de identidad digital; d) el mecanismo que permite validar los datos de identificación de la persona, y la identidad de las partes usuarias y e) el mecanismo para validar la autenticidad y la validez de las carteras europeas de identidad digital.

Las anteriores informaciones serán objeto de publicidad por parte de la Comisión, a través de un canal seguro y en una forma firmada o sellada electrónicamente que sea apropiada para el tratamiento automático (artículos 5 *bis*.18 *in fine* del Reglamento eIDAS modificado).

Asimismo, el Estado miembro deberá informar a la Comisión y al Grupo de Cooperación, sin dilación indebida, acerca de las carteras europeas de identidad digital que se hayan proporcionado y que hayan sido certificadas por los organismos de evaluación de la conformidad; así como cuando se cancele alguna certificación, exponiendo los motivos de la cancelación (artículo 5 *quinquies*.1 del Reglamento eIDAS modificado).

Dicha información debe incluir, como mínimo a) el certificado y el informe de evaluación de la certificación de la cartera europea de identidad digital certificada; b) una descripción del sistema de identificación electrónica en virtud del cual se proporciona la cartera europea de identidad digital; c) el régimen de supervisión aplicable y la información sobre el régimen de responsabilidades respecto de la parte que proporciona la cartera europea de identidad digital; d) la autoridad o autoridades responsables del sistema de identificación electrónica; y e) disposiciones relativas a la suspensión o revocación del sistema de identificación electrónica de la autenticación o de las partes afectadas (artículo 5 *quinquies*.2 del Reglamento eIDAS modificado). En caso de modificación en dichas informaciones, el Estado miembro deberá facilitar a la Comisión la información actualizada (artículo 5 *quinquies*.5 del Reglamento eIDAS modificado).

También en este caso se dará publicidad, y en esta ocasión reforzada, a las interiores información, para lo cual la Comisión establecerá, publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea y mantendrá en un formato legible por máquina la lista de carteras europeas de identidad digital certificadas (artículo 5 *quinquies*.3 del Reglamento eIDAS modificado).

Mientras cumpla con su obligación de suministrar, al menos, una cartera europea de identidad digital (para cada una de las categorías de usuarios, o común a una o diversas categorías de usuarios), el Estado puede decidir la retirada de una solución de cartera europea de identidad digital, mediante la oportuna solicitud a la Comisión (artículo 5 *quinquies*.4 del Reglamento eIDAS modificado).

El Reglamento eIDAS también prevé obligaciones de suspensión o, incluso, de retirada de una solución de cartera europea de identidad digital en caso de violación de seguridad (artículo 5 *sexies*), y la revocación de una instancia concreta de la cartera europea de identidad digital, a petición expresa del usuario, cuando la seguridad de la cartera europea de identidad digital se haya visto comprometida, o en caso de fallecimiento del usuario o cese de actividad de la persona jurídica (artículo 5 *bis*.9).

3. Los contenidos de la cartera europea de identidad digital

a) Datos de identificación de persona

En primer lugar, la cartera europea de identidad digital puede (aunque resulta más correcto decir que debe) contener los denominados datos de identificación de persona (PID, por su acrónimo en inglés), que permiten la identificación con nivel alto de seguridad, y la correspondencia transfronteriza de la identidad.

Respecto a la identificación de los usuarios a los que se proveerá la cartera europea de identidad digital, el Reglamento eIDAS 2 reconoce, como ya ocurría en el Reglamento eIDAS, que «las autoridades competentes de los Estados miembros son las únicas que pueden proporcionar un nivel de confianza alto en la determinación de la identidad de una persona y, por lo tanto, ofrecer garantías de que la persona que afirma o manifiesta poseer una determinada identidad es, de hecho, quien dice ser», por lo que asume que «para la provisión de carteras europeas de identidad digital, es necesario basarse en la identidad legal de los ciudadanos de la Unión, los residentes en la Unión o las personas jurídicas» (Considerando 19 del Reglamento eIDAS 2). Por ello, el Reglamento se refiere al «sistema de identificación electrónica en virtud del cual se proporciona la cartera europea de identidad digital» (artículo 5 *quinquies*.2 del Reglamento eIDAS modificado), función que instrumenta mediante el proceso de expedición de los datos de identificación.

Sólo cuando se expide el PID se puede considerar que la cartera europea de identidad digital es realmente un medio de identificación electrónica.

Los datos de identificación personal se encontraban definidos ya en el artículo 3.3) del Reglamento eIDAS, como «un conjunto de datos que permite esta-

blecer la identidad de una persona física o jurídica, o de una persona física que representa a una persona jurídica». Esta definición ha sido modificada por el Reglamento eIDAS 2, como un «conjunto de datos que se emite de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional y permite establecer la identidad de una persona física o jurídica, o de una persona física que representa a otra persona física o a una persona jurídica», sujetando al Derecho de la Unión o nacional la emisión de dichos datos, y ampliando el concepto también a las personas físicas que representan a otras personas físicas (aunque sigue quedando fuera del concepto el caso de la persona jurídica que representa a una persona física).

El Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1501 de la Comisión de 8 de septiembre de 2015 ha definido las exigencias que debe cumplir dicho conjunto mínimo de datos, para dos casos cubiertos por la definición original del Reglamento eIDAS, persona física y persona jurídica, cuando se utilice en un contexto transfronterizo; reglamento que cabe imaginar será objeto de actualización.

La base jurídica del Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1502 es el artículo 12.8 del Reglamento eIDAS, referido al marco de interoperabilidad previsto en el epígrafe 4 del propio artículo 12, que sólo resulta aplicable a los sistemas de identificación electrónica notificados conforme al artículo 9.1 del Reglamento eIDAS, entre los que no se encuentra la cartera europea de identidad digital (dado que esta dispone de su propio régimen, que excluye la aplicación del artículo 12, conforme al artículo 5 *bis*.22 del Reglamento eIDAS modificado), por lo que no parece que el mismo sea directamente aplicable a los datos de identificación de persona asociados a la cartera europea de identidad digital, pero lo cierto es que tampoco cabe esperar una gran diferencia en cuanto a los datos que lo compongan, ya que ambos instrumentos tienen la misma finalidad (identificar) y en el mismo contexto (transacciones transfronterizas).

En todo caso, los Estados miembros deben garantizar que los datos de identificación personal disponibles a través del sistema de identificación electrónica en virtud del cual se proporciona la cartera europea de identidad digital correspondan de forma única, a la persona física, la persona jurídica o la persona física que representa a la persona física o jurídica y estén asociados con esa cartera europea de identidad digital (artículo 5 *bis*.5.f) del Reglamento eIDAS modificado).

b) Declaraciones electrónicas de atributos

En segundo lugar, la cartera europea de identidad digital puede contener declaraciones electrónicas de atributos (EEA), en su caso, cualificadas o expedidas por determinados organismos del sector público, con el mismo valor jurídico que los documentos expedidos en papel.

En efecto, entre los nuevos servicios de confianza, encontramos la expedición y de la validación de declaraciones electrónicas de atributos, que el Reglamento define como «una declaración en forma electrónica que permite la autenticación de atributos», definiéndose, asimismo, el concepto de atributo como una «característica, cualidad, derecho o permiso de una persona física o jurídica, o de un objeto». Como ejemplos de atributos, el Reglamento eIDAS 2 cita las cualificaciones académicas, los grados universitarios o las cualificaciones profesionales.

Como se puede ver, se trata de un nuevo tipo de documento electrónico, que vincula uno o varios atributos de identidad a una persona física o jurídica, con la garantía de que dichos atributos han sido verificados y, por tanto, son auténticos. En este sentido, conforme al Reglamento eIDAS 2, una persona física o jurídica podrá contratar los servicios de cualquier prestador de servicios de confianza para que le expida estas declaraciones de atributos y, una vez en su poder, utilizarlas en las transacciones donde se requiera, lo que habilita un nuevo mercado de datos personales bajo el control del interesado, con elevadas garantías de seguridad y de privacidad.

El Reglamento eIDAS 2 prevé dos regímenes jurídicos diferenciados en relación con la expedición de declaraciones electrónicas de atributos, aplicable a las declaraciones expedidas por prestadores de servicios de confianza, en su caso cualificados, y a las declaraciones expedidas por entidades del sector público responsables de fuentes auténticas, o en nombre de estas.

Una de las novedades se encuentra, en especial, en la expedición de declaraciones electrónicas de atributos por parte de prestadores de servicios de confianza, dado que supone una técnica de privatización de la actividad jurídica de los actos de constancia, que hasta ahora se encontraba reservada en exclusiva a las autoridades y otras entidades titulares de registros jurídicos y administrativos.

La otra novedad es la regulación, añadida por el Consejo, de la expedición de declaraciones electrónicas de atributos por parte de los organismos del sector público responsables de fuentes auténticas, o en su nombre.

Para ello, el Reglamento eIDAS 2 establece los siguientes efectos jurídicos en relación con las declaraciones electrónicas de atributos. En primer lugar, el asociado al principio de no discriminación, conforme al cual no se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a una declaración electrónica de atributos por el mero hecho de estar en formato electrónico o de no cumplir los requisitos aplicables a las declaraciones electrónicas cualificadas de atributos (artículo 45 *ter*.1 del Reglamento eIDAS modificado).

En segundo lugar, atendiendo al principio de equivalencia funcional, las declaraciones electrónicas cualificadas de atributos y las declaraciones de atributos expedidas por, o en nombre de, un organismo del sector público responsable de una fuente auténtica tendrán los mismos efectos jurídicos que las declaracio-

nes lícitamente expedidas en papel (artículo 45 *ter*.2 del Reglamento eIDAS modificado).

Finalmente, el Reglamento prevé el reconocimiento transfronterizo de las declaraciones, en sentido doble. De un lado, el artículo 24 *bis*.9 del Reglamento eIDAS modificado ordena que una declaración electrónica cualificada de atributos expedida en un Estado miembro será reconocida como declaración electrónica cualificada de atributos en todos los demás Estados miembros; de otro, conforme al artículo 45 *ter*.3 del Reglamento eIDAS modificado, una declaración de atributos expedida por, o en nombre de, un organismo del sector público responsable de una fuente auténtica en un Estado miembro será reconocida en todos los Estados miembros como declaración de atributos expedida por, o en nombre de, un organismo del sector público responsable de una fuente auténtica; garantizando, en ambos casos, el uso de dichas declaraciones.

Al objeto de permitir la confianza en las informaciones contenidas en las declaraciones expedidas por prestadores de servicios de confianza, el Reglamento el acceso de los prestadores de servicios de confianza a las fuentes auténticas que contienen los atributos a declarar para su cotejo (artículo 45 *sexies*.1 del Reglamento eIDAS modificado), fuentes que define como un repositorio o sistema, bajo la responsabilidad de un organismo del sector público o una entidad privada, que contenga y proporcione atributos sobre una persona física o jurídica y que se considere una fuente primaria de dicha información o se reconozca como auténtico de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional, incluidas las prácticas administrativas.

El acceso se garantiza, como mínimo, para los siguientes atributos, contenidos en el Anxo VI: dirección; edad; género, estado civil, composición familiar, nacionalidad o ciudadanía, cualificaciones educativas, títulos y licencias, cualificaciones, títulos y licencias profesionales, facultades y mandatos para representar a personas físicas o jurídicas, permisos y licencias públicas, y, para personas jurídicas, datos financieros y de la empresa.

Este listado muestra el potencial transformador de esta propuesta, que permite un nuevo mercado descentralizado de datos para su consumo en procesos de negocio, bajo el control del interesado. Sin duda, facilitará el acceso a los datos, cuanto menos, a datos relevantes de las Administraciones Públicas, tan necesario en las transacciones electrónicas.

c) Seudónimos creados por el usuario

Finalmente, y como novedad propuesta por el Parlamento Europeo con respecto a la propuesta inicial de la Comisión Europea, la cartera europea de iden-

tidad digital puede contener seudónimos creados por parte del usuario, que permiten la autenticación del usuario de forma «anónima» para el acceso a servicios en línea y, aunque el Reglamento no lo diga expresamente, también para las relaciones entre usuarios en comunicaciones entre iguales, de cartera a cartera.

En palabras del Considerando 19 del Reglamento eIDAS 2, «la utilización de la identidad legal no debe impedir que los usuarios de carteras europeas de identidad digital accedan a servicios mediante un seudónimo cuando no exista una obligación jurídica de utilizar la identidad legal para la autenticación», posibilidad que reitera el Considerando 60 del Reglamento eIDAS 2 al indicar que «a menos que haya normas específicas del Derecho de la Unión o nacional que exijan que los usuarios se identifiquen, no debe prohibirse el acceso a los servicios utilizando un seudónimo». Y es que, conforme al Considerando 22 del Reglamento eIDAS 2, «las carteras europeas de identidad digital deben incluir una funcionalidad para generar seudónimos elegidos y gestionados por el usuario con fines de autenticación a la hora de acceder a servicios en línea», lo que refuerza el Considerando 57 del propio Reglamento en relación con la obligación de las plataformas en línea de muy gran tamaño de aceptar la cartera, «respetando en todo momento el principio de minimización de datos y el derecho de los usuarios a utilizar seudónimos libremente elegidos».

En consecuencia, el artículo 5 del Reglamento eIDAS modificado, exige que «sin perjuicio de las normas específicas del Derecho de la Unión o nacional que exijan a los usuarios identificarse o de los efectos jurídicos que el Derecho nacional contemple para los seudónimos, no se prohibirá la utilización de seudónimos escogidos por los usuarios», previsión que en cierto modo se reitera en el artículo 5 *ter*.9 del Reglamento eIDAS modificado, en cuya virtud «las partes usuarias no rechazarán el uso de seudónimos, cuando el Derecho de la Unión o nacional no exija la identificación del usuario», verdadera obligación jurídica de cumplimiento exigible conforme a la normativa aplicable al servicio en que deba admitirse dicho seudónimo.

4. Las funcionalidades de la cartera europea de identidad digital

Una vez que el usuario dispone de la aplicación de la cartera europea de identidad digital, esta debe permitirle la realización de una serie de acciones o funcionalidades, siempre de manera intuitiva, transparente y rastreable por el usuario. Además, las funcionalidades a que nos referimos deben implementarse conforme a una serie de exigencias adicionales, entre las cuales se encuentra el uso de protocolos e interfaces comunes (artículo 5 *bis*.5.a) del Reglamento eIDAS modificado), a efectos de garantizar la interoperabilidad en toda la Unión.

Otros requisitos de las carteras de identidad digital europea son que su utilización será voluntaria (artículo 5 *bis*.15 del Reglamento eIDAS modificado), y que su expedición, uso y revocación serán gratuitos para todas las personas físicas (artículo 5 *bis*.13 del Reglamento eIDAS modificado).

En este sentido, el artículo 5 *bis*.15 del Reglamento eIDAS modificado ordena que el acceso a los servicios públicos y privados, el acceso al mercado laboral y la libertad de empresa no se restringirán de ninguna manera ni perjudicarán a las personas físicas o jurídicas que no utilicen las carteras europeas de identidad digital, debiendo seguir siendo posible acceder a los servicios públicos y privados mediante los otros medios de identificación y autenticación existentes.

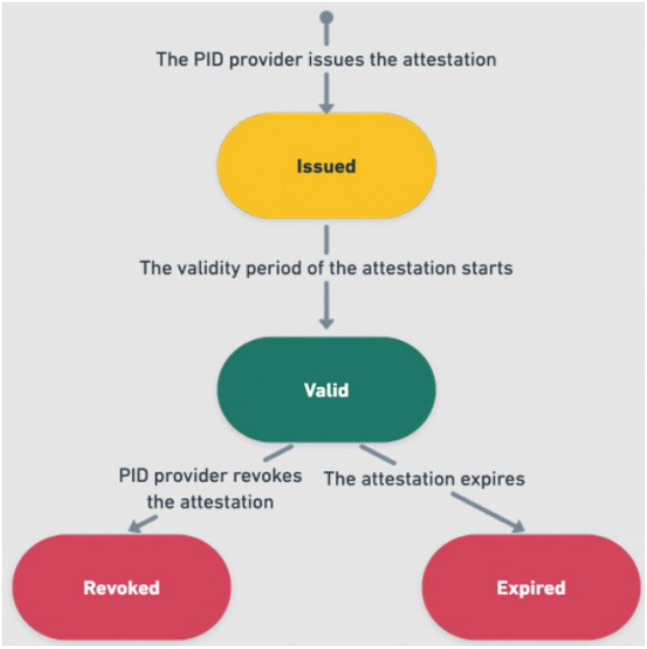
Respecto a las concretas funcionalidades, en primer lugar, el usuario debe poder solicitar, obtener, almacenar y eliminar datos de identificación de la persona y declaraciones electrónicas de atributos (artículo 5 *bis*.4.a) del Reglamento eIDAS modificado), como se muestra en la Ilustración 6, y que resulta aplicable igualmente a las declaraciones electrónicas de atributos.

El hecho de que la cartera deba permitir al usuario realizar la solicitud y obtención de los datos de identificación de la persona, que como hemos avanzado son necesarios para que la cartera sea considerada como un medio de identificación electrónica implica que debe proveerse una cartera al usuario antes de que la misma contenga los datos de identificación de persona, y que sólo a partir de la misma se podrá solicitar y obtener dichos datos de identificación de persona, interpretación que abre la puerta a separar la provisión de la cartera europea de identidad digital y la expedición de los datos de identificación de la persona, y que parece aceptar el ARF al separar los roles del proveedor de la cartera y de proveedor de los datos de identificación de persona, lo que lleva a diferenciar entre la cartera en estado «operacional», que aún no contiene dichos datos, y la cartera en estado «válido», cuando se han asociado a la misma los datos de identificación personal (cfr. Ilustración 5). Nótese, además, que el Reglamento eIDAS permite que el proveedor de la cartera europea de identidad digital y el proveedor de los datos de identificación de persona sean organismos diferenciados.

Sin embargo, y como se desprende de los artículos 5 *bis*.18 y 5 *quinquies*.2 del Reglamento eIDAS modificado, a que nos hemos referido ya, la relación entre la cartera europea de identidad digital y el sistema de identificación electrónica es especialmente intensa, lo que se traduce, en términos prácticos, en la dificultad de que un Estado miembro diferente del Estado que provee la cartera europea de identidad digital pueda expedir en ella sus propios datos de identificación electrónica.

En segundo lugar, el usuario debe poder seleccionar, combinar, compartir y presentar de forma segura, bajo el control exclusivo del usuario, datos de identi-

Ilustración 6. Ciclo de vida de los datos
de identificación de persona o PID



Fuente: ARF

ficación de la persona y, cuando proceda, en combinación con declaraciones electrónicas de atributos, autenticarse ante partes usuarias con el fin de acceder a servicios públicos y privados (artículo 5 *bis*.4.a) Reglamento eIDAS modificado).

En tercer lugar, el usuario debe poder utilizar la cartera europea de identidad digital en línea y, en su caso, en modo fuera de línea (artículo 5 *bis*.4.a) Reglamento eIDAS modificado), de modo que pueda emplearse en relaciones presenciales y a distancia, lo que supone una importante innovación con respecto al sistema inicialmente previsto en el Reglamento eIDAS.

El artículo 3.57) del Reglamento eIDAS modificado define el modo fuera de línea en lo que respecta al uso de las carteras europeas de identidad digital, como la interacción entre un usuario y un tercero que tiene lugar en una ubicación física utilizando tecnologías de proximidad inmediata, sin necesidad de que la cartera europea de identidad digital acceda a sistemas a distancia a través de redes de comunicaciones electrónicas a efectos de la interacción.

Por tanto, se trata de un escenario de proximidad, típico de relaciones presenciales, en el que el dispositivo móvil del usuario no debe exigir conectividad para su uso, pero en el que se puede asumir que la parte usuaria (por ejemplo, un co-

mercio) sí debe tener conectividad, a efectos de realizar las validaciones técnicas oportunas para poder hacer uso de la cartera europea de identidad digital del usuario. Esto resulta razonable a efectos, por ejemplo, de poder acceder a la información necesaria para comprobar que la cartera no ha sido suspendida o revocada.

En concreto, el Considerando 19 del Reglamento eIDAS 2 considera que «la autenticación en modo fuera de línea será importante en numerosos sectores, especialmente el sanitario, en el que los servicios se prestan a menudo mediante una interacción presencial, y las recetas electrónicas deben poder utilizar códigos QR o tecnologías similares para verificar su autenticidad».

En cuarto lugar, el usuario debe poder realizar una divulgación selectiva de datos de identificación de la persona, así como de otros atributos de identidad, su caso de forma combinada (artículo 5 *bis*.4.a) Reglamento eIDAS modificado).

Aunque no se aporta una definición legal de la divulgación selectiva, esta se describe en el Reglamento eIDAS 2 como «un concepto que faculta al propietario de los datos para revelar solo determinadas partes de un conjunto de datos más amplio, a fin de que la entidad receptora obtenga únicamente la información que sea necesaria para la prestación de un servicio solicitado por el usuario», exigiéndose que sea «técnicamente posible para el usuario divulgar esos atributos de manera selectiva, incluso a partir de varias declaraciones electrónicas distintas y combinarlos y presentarlos sin incidencias a las partes usuarias», por lo que «debe convertirse en una característica básica del diseño de las carteras europeas de identidad digital, reforzando así la comodidad y la protección de los datos personales, en especial la minimización de datos» (Considerando 59 del Reglamento eIDAS 2).

Desde un punto de vista técnico, encontramos múltiples mecanismos que permiten cumplir con esta exigencia funcional, incluyendo sistemas de credenciales de atributo único (*atomic credential schemes*), sistemas de firma de múltiples mensajes (*multi-message signature schemes*), uso de resúmenes criptográficos de atributos con adición de datos aleatorios (*hashes of salted attributes*) o pruebas de circuitos aritméticos (*proofs for arithmetic circuits*), como recoge ETSI TR 119 476; mecanismos de los que resultaría preferible emplear aquellos basados en pruebas de conocimiento cero, a tenor del Considerando 14 del Reglamento eIDAS 2, que las caracteriza como métodos criptográficos que «deben permitir que una parte usuaria valide si una declaración dada basada en los datos de identificación y la declaración de atributos de la persona es verdadera sin revelar ningún dato en que se base dicha declaración, preservando así la privacidad del usuario», en una visión algo reduccionista pero ciertamente revolucionaria desde el punto de vista legislativo.

En quinto lugar, el usuario debe poder generar seudónimos, almacenarlos cifrados y localmente en su cartera europea de identidad digital (artículo 5

bis.4.b) Reglamento eIDAS modificado), y usarlos en sus relaciones con terceros, excepto cuando la ley exija la identificación del usuario (artículo 5 *ter*.9 Reglamento eIDAS modificado).

En sexto lugar, en comunicaciones cartera-cartera (*peer to peer*, o entre iguales), el usuario debe poder autenticar de forma segura la cartera europea de identidad digital de otra persona, así como recibir y compartir datos de identificación de la persona y declaraciones electrónicas de atributos de manera segura entre las dos carteras europeas de identidad digital.

En séptimo lugar, en comunicaciones cartera-servidor web (como una página web de una entidad privada, o la sede electrónica de una Administración Pública), el usuario debe poder verificar la autenticidad y validez de la identidad de los terceros registrados que soliciten datos a la misma.

En octavo lugar, el usuario debe poder acceder a un registro de las transacciones realizadas con la cartera europea de identidad digital, mediante un cuadro de mando que permita visualizar el listado actualizado de los terceros con los que se han intercambiado datos, y cuando proceda, todos los datos intercambiados.

En noveno lugar, el usuario debe poder solicitar a un tercero (que haya interactuado con el usuario, claro), empleando la cartera europea de identidad digital, la supresión de datos personales; y notificar a la autoridad nacional encargada del control de protección de datos cualquier solicitud sospechosa de datos por un tercero.

En décimo lugar, la cartera europea de identidad digital debe ofrecer firmas electrónicas cualificadas y sellos electrónicos cualificados (artículo 5 *bis*.4.e) del Reglamento eIDAS modificado). En el caso de la firma electrónica cualificada, la misma será ofrecida por defecto y sin coste, si bien los Estados miembros pueden establecer medidas proporcionadas para garantizar que se hace un uso no profesional de la misma, lo que permite mantener una sana competencia en relación con el mercado de servicios de confianza.

El Reglamento eIDAS no se pronuncia acerca de los modelos de negocio que se quieran establecer a efectos de la provisión del servicio de firma electrónica en caso de uso profesional, ni tampoco a efectos de la provisión del servicio de sello electrónico cualificado, en el caso de la cartera europea de persona jurídica, por lo que resultarán aplicables las normas nacionales que se considere oportuno establecer.

Parece más que dudoso que una estrategia de suministro gratuito general de la firma electrónica cualificada y del sello electrónico cualificado, que anule por la vía fáctica el mercado de esos servicios que el propio Reglamento eIDAS fomenta sea compatible con el derecho europeo de la competencia.

En undécimo lugar, la cartera europea de identidad debe permitir descargar, en la medida en que sea técnicamente viable, los datos, la declaración electrónica de atributos y las configuraciones del usuario (artículo 5 *bis*.4.f) del Reglamento

eIDAS modificado). Sin embargo, debido a la existencia de medidas de seguridad criptográfica que vinculan las declaraciones electrónicas de atributos a un dispositivo concreto, puede ser inviable técnicamente dar cumplimiento a esta obligación, en especial en declaraciones cualificadas y expedidas por organismos del sector público responsables de fuentes auténticas.

En duodécimo lugar, finalmente, la cartera debe permitir ejercer los derechos del usuario a la portabilidad de los datos (artículo 5 *bis*.4.f) del Reglamento eIDAS modificado). En este sentido, el Considerando 48 indica que «el presente Reglamento debe fomentar la elección entre carteras europeas de identidad digital y la posibilidad de cambiarlas cuando el Estado miembro haya refrendado más de una solución de carteras europeas de identidad digital en su territorio», por lo que «con el fin de evitar efectos de bloqueo en tales situaciones, cuando sea técnicamente posible, los proveedores de carteras europeas de identidad digital deben garantizar la portabilidad efectiva de los datos a petición de los usuarios de las carteras europeas de identidad digital, y no se les debe permitir que utilicen barreras contractuales, económicas o técnicas para impedir o desalentar el cambio efectivo entre diferentes carteras europeas de identidad digital». Sin embargo, en función de las medidas de seguridad anteriormente indicadas, esta previsión puede implicar recibir documentos que no se pueden seguir empleando en las relaciones con los terceros, exigiéndose una nueva expedición de estos.

5. Un marco normativo español para la provisión de la cartera europea de identidad digital

Como se ha indicado antes, el Reglamento eIDAS modificado permite el suministro de carteras europeas de identidad digital directamente por un Estado miembro, en virtud de un mandato de un Estado miembro, o independientemente de un Estado miembro, pero con el reconocimiento de dicho Estado miembro, quedando a la voluntad política de cada Estado organizar su sistema nacional como considere oportuno, como ya ocurría en el sistema originario del Reglamento eIDAS.

En relación con la provisión directa de la cartera europea de identidad digital por parte del Estado, o bajo mandato del Estado, parece clara la necesidad de disponer de la correspondiente norma de atribución de las potestades administrativas necesarias para dicha actividad, conforme al sistema de reparto de competencias entre las Administraciones Públicas. En este sentido, cabe preguntarse acerca de la posibilidad de acudir a la normativa actualmente existente en España en relación con la identificación electrónica, para los diferentes tipos de cartera europea de identidad digital a proveer.

En el caso de las personas físicas, resulta casi inevitable acudir a la normativa reguladora del DNI, en el caso de los españoles, y de la TIE, en el caso de los extranjeros no comunitarios. En efecto, el carácter exclusivo y excluyente del DNI como el único documento con suficiente valor por sí solo para la acreditación, a todos los efectos, de la identidad y los datos personales de su titular –en palabras del Preámbulo del Real Decreto-Ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, y de la nueva redacción del artículo 81 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC)– hace pensar en su protagonismo en la provisión de la cartera europea de identidad digital o, cuanto menos, en la provisión de los datos de identificación de persona (PID). La escasa normativa del DNI contenida en LOPSC resulta claramente insuficiente a efectos de la provisión de la cartera e incluso del PID, y en su redacción actual únicamente sería útil como parte del proceso de incorporación del usuario a la cartera. Lo mismo sucede con la normativa de la TIE contenida en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En el caso del DNI electrónico, sin embargo, cabe también referirse a la disposición adicional tercera de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza (LSEC), conforme a la cual «el Documento Nacional de Identidad electrónico es el Documento Nacional de Identidad que permite acreditar electrónicamente la identidad personal de su titular, en los términos establecidos en el artículo 8 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, así como la firma electrónica de documentos» (epígrafe 1), por lo que «todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, reconocerán la eficacia del Documento Nacional de Identidad para acreditar la identidad y los demás datos personales del titular que consten en el mismo, así como la identidad del firmante y la integridad de los documentos firmados con sus certificados electrónicos» (epígrafe 2).

Por el contrario, los sistemas actualmente admitidos a efectos de identificación electrónica para personas físicas y jurídicas encuentran, en la actualidad, soporte legal en el artículo 9 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (LPAC), referido a la admisión de los sistemas de identificación electrónica de que dispongan los interesados en sus relaciones con las Administraciones Públicas, desarrollado, con carácter básico, por el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

Dada la naturaleza jurídica de la cartera europea de identidad digital como un medio de identificación electrónica, parecería encajar en dicho artículo 9 de la LPAC, al igual que Cl@ve, por lo que quizá sería posible apoyar la expedición de la cartera europea de identidad digital en dicha normativa, atendiendo a la interpretación que de la misma ha realizado nuestro Tribunal Constitucional.

La STC 55/2018, de 24 de mayo, considera en su FJ 9 que la LPAC, al igual que el Reglamento eIDAS, no impone los sistemas de identificación electrónica en las relaciones del ciudadano con las administraciones públicas ni establece el régimen del registro previo ni fija requisitos mínimos de seguridad; sino que remite las decisiones en torno a los sistemas de identificación electrónica a cada una de las administraciones públicas (apartado 2) con los siguientes límites: la administración que admita un sistema de claves concertadas o similares habrá de admitir necesariamente el uso de certificados de firma o sello, que proporcionan mayores niveles de seguridad (apartado 2, último párrafo); los ciudadanos tendrán siempre derecho a identificarse electrónicamente ante cualquier administración pública mediante los sistemas que haya admitido la Administración General del Estado (apartado 3, que hoy corresponde al apartado 4), añadiendo que solo si el sistema resulta poco idóneo por las características del concreto trámite o servicio, la administración pública correspondiente podrá oponerse a su utilización, posibilidad que resulta de la referencia «salvo prueba en contrario» (apartado 3).

Y añade el TC que «esta regulación favorece que cada administración diseñe sus propios sistemas de identificación electrónica o admita los expedidos por otras entidades públicas o privadas y, con ello, que estos sean más o menos complejos según sus preferencias y la relevancia o características del trámite o servicio correspondiente», y que «en particular, una administración, en función de su mayor o menor interés en que sus instrumentos de identificación electrónica sean interoperables en un contexto trasfronterizo, podrá decidir sobre el cumplimiento de las condiciones y niveles de seguridad previstos en el Reglamento eIDAS», por lo que «pueden tener cabida, en consecuencia, políticas muy diversas, tanto las proclives a emplear sistemas muy estrictos, que puedan tener virtualidad en otros Estados miembros de la Unión Europea, como las partidarias de instrumentos de identificación electrónica sencillos con bajos niveles de seguridad».

Asimismo, considera el TC que el actual artículo 9.4 de la LPAC permite dar cumplimiento al artículo 6.1 del Reglamento eIDAS, dado que «si el Reino de España reconoce un sistema de identificación electrónica de otro Estado miembro de la Unión Europea, el artículo 9.3 de la Ley 39/2015 habilita su utilización ante cualquier administración nacional, que es lo que exige el artículo 6.1 del Reglamento eIDAS».

Partiendo de la interpretación constitucional expuesta, siendo la cartera europea de identidad digital un medio de identificación electrónica que puede ex-

pedirse dentro del sistema de identificación electrónica de la LPAC, cabe deducir que el régimen del artículo 9 de la LPAC permitiría organizar la expedición de dichas carteras a cargo tanto del Estado como de las comunidades autónomas, y por supuesto de las entidades que integran la Administración Local (si bien posiblemente en el caso de aquellas con una mayor capacidad), sin perjuicio de la necesidad de hacer uso del DNI o de la TIE para la verificación de la identidad de la persona física en la provisión de los datos de identificación de persona de la cartera en cuestión.

En la misma STC 55/2018 se admite la posibilidad de que el Estado actúe como proveedor con alcance nacional, como actualmente ocurre con el DNI electrónico, medio de nivel alto actualmente notificado en el marco del Reglamento eIDAS, o con los dos medios adicionales, Cl@ve PIN y Cl@ve Permanente, lo que el TC encuentra justificado por la necesidad de «garantizar un tratamiento común a todos los ciudadanos al atribuirles el derecho a utilizar ante cualquier administración pública los sistemas de identificación electrónica que haya admitido la Administración General del Estado», considerando que «la normativa efectivamente establecida y sometida a nuestro enjuiciamiento es un ejercicio de la libertad de configuración legislativa constitucionalmente garantizada que no desborda los límites del artículo 149.1.18 CE y, por tanto, no invade las competencias autonómicas en materia de organización y procedimientos administrativos».

La STC 55/2018 contiene, sin embargo, un voto particular formulado por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, que considera inconstitucional el artículo 9.4 de la LPAC, por considerar, en primer lugar, que «la garantía del tratamiento común de todos los ciudadanos se logra garantizando que puedan identificarse electrónicamente ante todas las administraciones públicas a través de sistemas que cumplan los requisitos establecidos en el apartado segundo del artículo 9», pero que «la previsión añadida de que los sistemas admitidos por la Administración General del Estado se imponen a todas las demás administraciones públicas vulnera la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas», y defendiendo que, en lugar de dicha imposición, «lo que deberían preverse son los imprescindibles mecanismos de colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación entre las administraciones públicas implicadas en la búsqueda de aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de las competencias estatales y autonómicas, pero no adoptar una regla de imposición a todas las demás administraciones de los mecanismos de identificación aceptados por la Administración General del Estado, incluso en ámbitos en los que las Comunidades Autónomas ostenten competencias exclusivas, con rechazo de raíz de cualquier fórmula de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas».

Y, en segundo lugar, también considera el voto particular que «la invocación del artículo 6.1 del Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio, no es argumento válido para atraer la competencia hacia el Estado en cuanto al reconocimiento de los sistemas de identificación», apartándose esta sentencia de la doctrina del TC (cita la STC 33/2005, de 17 de febrero), en cuya virtud «el hecho de que una competencia suponga ejecución del Derecho comunitario no prejuzga cuál sea la instancia territorial a la que corresponda su ejercicio, porque ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía prevén una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario», por lo que «la determinación de a qué ente público corresponde la ejecución del Derecho comunitario, bien en el plano normativo, bien en el puramente aplicativo, se ha de dilucidar caso por caso teniendo en cuenta los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en las materias afectadas».

Por ello, el voto particular se queja de que «el argumento que emplea la Sentencia se aparta de esta doctrina, porque lleva consigo implícita la consecuencia de que será la Administración General del Estado la que deba reconocer el sistema de identificación electrónica de otro Estado miembro de la Unión Europea, lo que no es consecuente con el sistema interno de distribución de competencias», y explica que «si la actuación que deba realizarse con ese sistema de otro Estado tiene lugar ante la administración de una Comunidad Autónoma, por ser la titular de la competencia concernida, será la administración autonómica la que deba reconocer dicho sistema, ateniéndose a lo establecido en el artículo 6.1 del Reglamento (UE) 910/2014», lo que «[…] implica constatar que se trate de un sistema de identificación electrónica incluido en la lista publicada por la Comisión de conformidad con el artículo 9 del propio Reglamento, lista que se forma a partir de las notificaciones de los sistemas que los Estados miembros efectúan a la Comisión en los términos del artículo 9.1», concluyendo que «no existen razones para que esa facultad deba quedar reservada al Estado, pudiendo ejercerla cada Comunidad Autónoma en el ámbito de sus competencias».

En mi opinión, el actual artículo 9.4 de la LPAC adquiere pleno sentido desde la perspectiva del procedimiento de notificación de medios de identificación electrónica realizada por otros Estados al amparo del artículo 9 del Reglamento eIDAS, que se realiza en el seno de la denominada Red de Cooperación eIDAS, en la que debe participar un representante con capacidad de vincular a la totalidad de entidades del sector público del Estado en cuestión, pero de ahí no se deriva, como apunta el voto particular, una ineludible reserva de actividad en favor del Estado.

Sea como fuere, sin embargo, el razonamiento de la STC 55/2018 con respecto al Reglamento eIDAS, al igual que la queja que al mismo formula el voto

particular, no resulta de aplicación en absoluto al nuevo medio de identificación electrónica en que consiste la cartera europea de identidad digital, que es de admisión directa y obligatoria por parte de las entidades del sector público, pero también por entidades del sector privado, no pocas de ellas de forma obligatoria (artículo 5 *ter* del Reglamento eIDAS modificado), entre otros motivos porque no resulta ya necesaria la participación de los restantes Estados en la notificación del sistema de identificación. No siendo aplicable a la cartera europea de identidad digital el artículo 6 ni, por supuesto, el artículo 9 del Reglamento eIDAS, no puede extrapolarse el razonamiento de la STC 55/2018 a la cartera europea de identidad digital, por lo que no cabe deducir de la doctrina constitucional la existencia de una eventual competencia exclusiva del Estado en relación con la provisión de la cartera europea de identidad digital.

Mayores dudas genera la posible consideración de que la provisión de la cartera europea de identidad digital de persona física debe quedar reservada al Estado y, más en concreto, al Ministerio del Interior, dado su efecto funcionalmente equivalente al DNI. Cabe en este momento traer a colación la STC 10/2023, de 23 de febrero de 2023, que parte en FJ 4, que «la atribución al DNI del carácter de único documento válido para acreditar a todos los efectos la identidad y los datos personales de su titular (recuperando un rasgo que ya le atribuía el art. 1 del Decreto 196/1976, de 6 de febrero, por el que se regula el documento nacional de identidad) no va, como también ha señalado el abogado del Estado, en detrimento de la utilización de otros posibles sistemas de identificación que puedan utilizar las administraciones públicas» para identificarse ante ellas, sino que «lo que sí queda vedado con esta regulación, sin que ello plantee problema competencial alguno, dado el carácter exclusivo del título estatal en los términos que resulta de la doctrina constitucional, es, como la propia demanda reconoce, que se regulen otros sistemas de identificación a los que se les otorgue la misma consideración y eficacia descrita en el art. 8.1 LOPSC», añadiendo que «en otros términos, las normas cuestionadas lo único que hacen es cercenar la posibilidad de introducir un nuevo documento de acreditación de la identidad que pudiera sustituir al DNI».

Ciertamente, lo que parece hacer la reforma del Reglamento eIDAS es precisamente introducir un nuevo documento de acreditación de identidad a emplear en aquellos casos en que normalmente se usaría el DNI, por lo que aparentemente se opondría al régimen de la LOPSC. Sin embargo, se trata de un conflicto aparente, dadas las diferencias entre ambos sistemas, comenzando por la obligatoriedad del DNI frente a la voluntariedad de la cartera europea de identidad digital de persona física, así como a la primacía del DNI frente a la cartera en caso de conflicto o en aquellos casos en que la legislación no autorice el uso de dicha cartera (cfr. los casos de admisión obligatoria de la cartera en el artículo 5

septies del Reglamento eIDAS modificado, claramente menores que los casos donde se exigiría el DNI). Por ello, tampoco en este caso parecería existir obstáculo para apoyar la provisión de la cartera en la LAC, en los términos expuestos.

Esta problemática no se presenta en el caso de la provisión de la cartera europea de identidad digital de personas jurídicas, o de personas físicas representantes de personas físicas o de personas jurídicas. En estos casos, adquieren un novedoso protagonismo los registros constitutivos de la personalidad jurídica de las diferentes personas jurídicas, incluyendo los Registros Mercantiles, para las sociedades de capital, o los registros administrativos de diversas tipologías de entidades, como las asociaciones, colegios profesionales…, gestionados tanto por el Estado como por las comunidades autónomas, en función del ámbito territorial; organismos que quizá sean las más apropiadas para la expedición de dichas carteras europeas de identidad digital, en una adecuada aplicación del artículo 9 de la LPAC, tal como el mismo ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional.

No se opone a lo anterior el papel del Estado en la determinación de las condiciones básicas relativas al sistema, más allá de las exigencias ya armonizadas por el propio Reglamento eIDAS y los correspondientes actos de ejecución, dado que «puede considerarse básica la decisión en torno a la eventual utilización de una determinada tecnología en el concreto ámbito discutido» –los sistemas de identificación electrónica– (STC 10/2023 FJ 4), posibilidad que quizá podría implementarse mediante una norma reglamentaria básica, en desarrollo de la LPAC, siempre que no se precise el uso de tratamientos biométricos, en cuyo caso resultaría conveniente –posiblemente, necesario– dictar una norma con rango de ley.

Por otra parte, en caso de prestación directa por el Estado, o por mandato del Estado en régimen de exclusividad, sería también necesario el régimen de oferta de servicios de firma electrónica cualificada de uso profesional y de servicios de sello electrónico cualificado por parte de prestadores diferentes del emisor de la cartera, dadas las evidentes implicaciones desde la perspectiva del derecho de la competencia, pero también atendiendo a la evidente inconveniencia prestar servicios profesionales, incluso en sectores críticos, bajo el paradigma de la responsabilidad patrimonial del Estado.

No puede cerrarse esta reflexión, ciertamente inicial, sobre el marco normativo español de provisión de la cartera europea de identidad digital sin mencionar la posibilidad de acudir al reconocimiento de carteras europeas de identidad suministradas independientemente del Estado, en lugar de su provisión directa o por mandato del Estado, o quizá de forma complementaria, por las ventajas que puede aportar.

Este acto de reconocimiento queda sujeto al Derecho nacional, y no se encuentra exento de retos jurídicos importantes. Una posibilidad sería que el Esta-

do reconozca a todos los proveedores que cumplan las condiciones que se establezcan para ello en la correspondiente normativa, aunque también podríamos encontrarnos ante el establecimiento de límites cuantitativos a las carteras europeas de identidad digital expedidas por prestadores privados, configurando una suerte de servicio público electrónico virtual, quizá a cargo de prestadores de servicios de confianza, dada la coincidencia de exigencias de ambas actividades descrita en el Reglamento eIDAS modificado.

En este caso, se deberían analizar cuidadosamente los efectos sobre la libre competencia derivados de, por ejemplo, reconocer a un único prestador privado (o a un grupo pequeño de prestadores), ya que podría suponer un efecto distorsionador de la misma, en el sentido de conceder una ventaja competitiva en relación con el uso de ese mismo sistema en operaciones profesionales, por las que se puede cobrar.

Además, cabe entender que el Estado miembro que acuda a esta opción deberá ser diligente en la selección de los proveedores de cartera europea de identidad digital que reconozca, garantizando condiciones razonables en relación con esta actividad, que deberán establecerse mediante la oportuna normativa, posiblemente mediante una modificación de la actual legislación de servicios de confianza.

Recomendación bibliográfica

Alamillo Domingo, Ignacio (2019). *Identificación, firma y otras pruebas electrónicas. La regulación jurídico-administrativa de la acreditación de las transacciones electrónicas*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi.

— (2020). *SSI eIDAS Legal Report. How eIDAS can legally support digital identity and trustworthy DLT-based transactions in the Digital Single Market*, Brussels, European Commission.

Schwalm, Steffen; Albrecht, Daria; Alamillo Domingo, Ignacio (2022). «eIDAS 2.0: Challenges, perspectives and proposals to avoid contradictions between eIDAS 2.0 and SSI», Open Identity Summit 2022, Copenhagen.

VI
LIDERAZGO Y FACTOR HUMANO

LA NUEVA GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS RESILIENTE EN UN ENTORNO TURBULENTO

Carles Ramió Matas
Catedrático de Ciencia Política y de la Administración en la Universitat Pompeu Fabra

1. Entorno turbulento y el nuevo paradigma de la gobernanza robusta

Las administraciones públicas en España, y en la gran mayoría de los países, operan con esquemas conceptuales y organizativos anticuados. Esta obsolescencia institucional y organizativa de las administraciones públicas no es ninguna novedad y se mantiene desde el origen de unos tímidos y poco fructuosos procesos de modernización administrativa en contextos democráticos. El desarrollo del Estado del bienestar inserto en el marco de unos cómodos ciclos económicos de carácter incrementalista generaron los primeros síntomas de anacronismo de las administraciones públicas: se ampliaban las políticas y los catálogos de servicios públicos y los aparatos administrativos se limitaban a incrementar efectivos y recursos, pero sin transformar de una manera sustantiva sus dinámicas de gestión. Las crisis fiscales iniciadas en la década de los setenta del siglo pasado tuvieron el impacto de tensionar al máximo el sistema público que tuvo que adoptar una mirada más gerencial que burocrática. A pesar de algunos avances positivos en materia de gestión pública puede afirmarse que durante los últimos cincuenta años las administraciones públicas están institucional y organizativamente desubicadas, manifestando problemas de identidad y de un déficit manifiesto de potentes estrategias de reforma de sus aparatos administrativos a la altura de las exigencias políticas, económicas y sociales de su entorno. Llevamos, de esta manera, varias décadas en las que las administraciones públicas sobreviven de manera precaria, con respiración asistida y paseando sobre un alambre muy peligroso que las obliga a hacer constantes ejercicios propios de un funambulista para no caer en el vacío.

Los turbulentos inicios del siglo XXI hacían presagiar que estas dinámicas precarias y de supervivencia por parte de las administraciones públicas serían claramente insuficientes para abordar los nuevos retos que se avecinaban: anuncio de la revolución tecnológica 4.0, una nueva economía cada vez más errática y con crisis más periódicas y más profundas, mayores desigualdades sociales y el surgimiento de una nueva cultura política populista.

La crisis sanitaria derivada de la Covid-19 supuso un simbólico y real punto de inflexión: un antes y un después tanto para nuestras economías y sociedades como para nuestras instituciones públicas. El entorno público ya podía considerarse oficialmente como turbulento, tal y como sostiene el nuevo paradigma de la gobernanza robusta. A partir de hora los cambios en el entorno público van a ser sobrevenidos, imprevisibles e inéditos hasta el momento y van a exigir nuevas capacidades institucionales y organizativas a las administraciones públicas. La combinación del cambio climático, las crisis medioambientales, la mayor desigualdad social, las nuevas exigencias sociales (igualdad, sostenibilidad), los nuevos problemas en salud pública, los rápidos avances en la inteligencia artificial, etc. van a fomentar en el futuro inmediato múltiples crisis inéditas para unas instituciones públicas acostumbradas a la estabilidad y a las rutinas. Las actuales capacidades institucionales y organizativas son claramente insuficientes para abordar con una cierta robustez estos retos de futuro inmediato, a medio y a largo plazo.

El nuevo paradigma de la gobernanza robusta (Gofen y Lotta, 2021; Sørensen y Ansell, 2021; Capano y Toth, 2023) diseñado todavía de manera incipiente. por la literatura especializada, intenta dar respuesta a estas nuevas exigencias y contingencias. Literatura, como se ha dicho, alumbrada al calor del análisis de los problemas, dificultades y aciertos de la respuesta pública ante la crisis de la Covid-19. Como es preceptivo en el dibujo de un nuevo modelo de gestión éste no parte de cero ni articula propuestas normativas sobre el vacío, sino que se sustenta en un análisis, un repaso sólido, crítico, pero también constructivo, de los anteriores modelos por los que han ido transitando las administraciones públicas durante las últimas décadas (burocrático, gerencial de la mano de la Nueva Gestión Pública y gobernanza en red). Presenta una crítica constructiva de los mismos rechazando las obsolescencias de estos modelos y ponderando el valor que pueden seguir aportando de cara al futuro. Pero la novedad que aporta la gobernanza robusta es la de edificar un nuevo modelo de gestión que sea permeable a un cambio constante, a incorporar sistemas estructurales de aprendizaje organizativo, a poseer mayores capacidades estratégicas acompañadas por un modelo organizativo mucho más flexible y contingente. No desdeña las virtudes del acervo administrativo que aporta estabilidad que es un ingrediente ineludible para lograr seguridad jurídica e institucional y para asegurar la gestión eficaz y eficien-

te de las políticas y servicios públicos de carácter estructural. Pero la estabilidad debe ir ineludiblemente acompañada de la capacidad de cambio y de transformación. Recientemente la más diversa literatura ya advertía sobre la necesidad de generar un nuevo modelo organizativo que combinara la estabilidad con el cambio: organizaciones ambidiestras (Marcet, 2021), organizaciones que saben, organizaciones que aprenden (Brugué, 2022), gobernanza social e inteligente (Ramió y Salvador, 2019), el burócrata disruptivo (Velázquez López, 2021), burocracia inteligente (Ramió, 2022), gobernanza: para un cambio en la Administración pública (Velázquez López, 2023).

El nuevo modelo de gobernanza robusta se asienta sobre la reciente transformación que ha experimentado el entorno público, que a partir de ahora va a ser irremediablemente turbulento: cambios constantes que presentan problemas y crisis imprevistas, sobrevenidas e inéditas que exigen un sobreesfuerzo de las instituciones públicas en improvisar, con el mayor fundamento posible, decisiones políticas y administrativas hasta ahora desconocidas en forma de nuevas políticas y servicios públicos. Esta nueva dinámica requiere de administraciones públicas resilientes, pero no de manera pasiva sino dinámica que exige robustez en sus diseños institucionales y organizativos. La robustez se asienta sobre un conjunto de estrategias (escalabilidad, experimentación, bricolaje, autonomía coordinada, adaptabilidad de las normas, polivalencia estratégica y respuestas innovadoras) y de capacidades institucionales estables y dinámicas. Como se ha hecho mención, la gobernanza robusta es constructiva y no destructiva: incorpora, debidamente actualizado, el saber en materia de gestión vinculado a los modelos burocrático, gerencial y de gobernanza en red, aunque que considera que son ahora insuficientes y hay que complementarlos con los ingredientes vinculados al concepto de robustez.

2. Administración pública y capacidad de resiliencia

En el modelo de gestión que se va diseñando a partir de las aportaciones de la literatura de la denominada gobernanza robusta es muy relevante el concepto de la resiliencia organizativa en la Administración pública. Se trata de unas reflexiones vinculadas a la crisis sanitaria, económica y social derivadas del fenómeno de la Covid-19. La mayoría de las experiencias analizadas provienen de administraciones anglosajonas o de administraciones italianas (el modelo descentralizado italiano fue prolífico en diferentes estrategias configurándose como un gran laboratorio de prueba-error y de comparación).

En el convulso marco de un entorno turbulento de presente y de futuro se considera importante asegurar la capacidad de resiliencia de las organizaciones

públicas. La crisis de la Covid-19 puso de manifiesto que hay varios escenarios vinculados a la capacidad o no de resiliencia y a una insuficiente resiliencia versus una resiliencia potente y positiva. Veamos las distintas variedades de resiliencia en función de las respuestas de las organizaciones y servicios públicos en el contexto de la crisis de la Covid-19:

— Incapacidad de resiliencia: la resiliencia implica la necesidad de transformar los parámetros de gestión para poder hacer frente a una nueva necesidad sobrevenida. Por ejemplo, la crisis de la Covid-19 en sus momentos álgidos generó un elevado estrés en algunos ámbitos públicos de gestión (sanidad, servicios sociales, ayudas económicas vinculadas al empleo y a la supervivencia de las empresas, etc.) y mantuvo en situación de calma o de parálisis a otros sectores (cultura, deportes, promoción económica, sanidad quirúrgica, etc.). Unos ámbitos de gestión estaban colapsados y sin capacidad para atender en buenas condiciones a los ciudadanos y, en paralelo, otros ámbitos estaban casi inactivos y ociosos. El modelo de gestión de recursos humanos, totalmente garantista y muy trabado por su diseño barroco, no tuvo la capacidad para adaptarse a estas exigencias excepcionales. No fue posible impulsar nuevos redimensionamientos de plantillas y movilización de efectivos de empleados públicos de un ámbito tranquilo hacia un ámbito colapsado. Ninguna instancia política se atrevió a dejar provisionalmente en suspenso las normas y reglas del juego de la gestión de personal (vinculación al puesto, perfiles profesionales muy especializados con vocación autárquica, vacaciones y días de asuntos propios, horarios de servicio, etc.) para poder atender las urgencias y necesidades de los ciudadanos. Se trata de un ejemplo de incapacidad de resiliencia de una dimensión clave de la gestión, los recursos humanos, que implicó una nula capacidad de resiliencia de los organismos públicos en importantes y críticos ámbitos de servicio de atención directa a los ciudadanos.
— Capacidad de resiliencia pasiva: Se trata de la resiliencia clásica. El modelo de gestión es capaz de adaptarse, al impulsar un conjunto de cambios, a las exigencias de la crisis sobrevenida y lograr superar con éxito el reto. Una vez finalizada la crisis el modelo de gestión regresa al punto de inicio abrazando de nuevo la normalidad reimplantando el antiguo modelo. Un ejemplo es lo que sucedió en la Administración con la contratación pública. La necesidad de comprar de manera urgente respiradores, mascarillas y otro material sanitario en una situación extrema de contagios, enfermedad y muertes impulsó a las administraciones públicas a dejar provisionalmente en suspenso los exigentes procesos garantistas ligados a la contratación pública y, de esta forma, se pudieron adquirir estos insumos de

manera rápida, aunque heterodoxa. Una vez superado el momento álgido de la crisis se retomó el mismo modelo de contratación anterior sin que mediara ningún proceso de aprendizaje (evaluación sobre ventajas e inconvenientes detectados durante el momento de gestión excepcional) de esta experiencia para articular un nuevo modelo de contratación pública que mantuviera las garantías pero que fuera mucho más rápido y fluido.

— Capacidad de resiliencia aparentemente pasiva pero que en realidad puede considerarse como activa o dinámica por su aporte de valor: se trata de una situación en que el modelo de gestión logra transformarse para resolver los problemas derivados de una crisis y una vez finalizada regresa al modelo anterior. Pero se trata de un proceso de cambio derivado de una capacidad relevante de proactividad, análisis de datos y otras evidencias empíricas, solvencia para tomar decisiones disruptivas y capacidad de diseñar un nuevo proceso de gestión. Una respuesta que es el resultado de un importante proceso de aprendizaje que no se limita a dejar en suspenso una determinada dimensión o fase del procedimiento, como en el caso anterior, sino que logra transformar la manera de gestionar. Aunque se regrese después de la crisis al punto de inicio se ha producido un importante proceso de aprendizaje organizativo que va a posibilitar que cualquier nueva crisis pueda ser afrontada de manera mucho más solvente. Un buen ejemplo de esta modalidad de resiliencia aparentemente pasiva pero activa es lo que sucedió en España con los centros de enseñanza primaria y segundaria durante los momentos álgidos de la Covid-19. Al principio de la crisis sanitaria se cerraron en el país todos los centros educativos siguiendo una tendencia internacional con escasas excepciones. Al pasar la primera ola de la pandemia se produjo una relajación en la disciplina social durante las vacaciones (movilidad sin límites, colonias de verano para niños, etc.). En aquel momento, se creó una comisión de expertos para definir las futuras acciones en el ámbito educativo ante el previsible contexto de perseverancia de la excepcionalidad sanitaria. Se analizó lo que sucedió en los escasos países que no cerraron los centros educativos durante la primera ola (por ejemplo, Dinamarca). También se estudiaron los contagios acontecidos durante el periodo vacacional entre niños participantes en las colonias. Estos estudios detectaron que los infantes manifestaban unos índices de contagio muy bajos y que se podían reabrir las escuelas después de estar tres meses cerradas. Se diseñaron sistemas profilácticos para evitar los contagios y protocolos de seguridad mediante grupos burbuja con una mayor presencia de personal docente mediante refuerzos. Finalmente, se establecieron sólidos procesos de seguimiento para cerrar aulas con contagios (que fueron en la práctica muy pocas) para

proteger al resto de los miembros de cada centro educativo. Durante estos meses el sistema educativo presencial fue muy distinto que antes (capacidad de transformación de un proceso de producción de un servicio público) y el resultado es que España fue el país del mundo que mantuvo menos tiempo cerrados los centros escolares. Otro elemento a destacar de esta experiencia es que se adoptó, en su momento, una decisión política valiente ya que iba a contracorriente de la opinión pública pero firme ya que estaba basada en estudios empíricos analizados por especialistas expertos en la materia. Una vez superados los efectos de la Covid-19 el sistema educativo regresó a su modelo de gestión previo, pero con un notable aprendizaje para poder afrontar futuras crisis que puedan afectar al ámbito educativo.

— Capacidad de resiliencia dinámica o activa: Este es el modelo de resiliencia que propone la gobernanza robusta alegando que la mera capacidad de resiliencia pasiva es a partir de ahora claramente insuficiente. La resiliencia dinámica consiste en que ante una eventualidad se transforma el modelo de gestión, y gracias a ello se produce un proceso de aprendizaje organizativo que facilita que el nuevo modelo de gestión postcrisis sea diferente y mejor al anterior de la crisis. Un proceso de cambio continuo mediante procesos de aprendizaje derivados de situaciones excepcionales que facilitan que los modelos sean cada vez más solventes y contingentes. Un ejemplo de este escenario es el aprendizaje que lograron las administraciones españolas (Administración General del Estado y administraciones autonómicas) a la hora de implantar un modelo administrativo descentralizado de carácter cooperativo. España posee desde hace 45 años un modelo muy descentralizado (a nivel material similar a un sistema federal) pero que era incapaz de trabajar de manera coordinada y cooperativa y su sistema de relación era canalizado, casi en exclusiva, con los conflictos de competencias a dirimir por el Tribunal Constitucional. La Administración estatal, consciente de las debilidades de este sistema multinivel, apostó, al principio, por afrontar la crisis de la Covid-19 de manera centralizada diluyendo de manera significativa una respuesta federal. Ante el escaso éxito para manejar la primera ola de la crisis sanitaria se optó por un modelo descentralizado de carácter cooperativo, inédito en la tradición española. Durante estos meses se produjo un enorme proceso de aprendizaje de coordinación interadministrativa y es probable que a partir de ahora la relación entre el Estado y las comunidades autónomas sea distinta y más algo más fluida que antes. Un posible ejemplo de resiliencia dinámica o activa.

— Resiliencia reaccionaria: esta modalidad representa una perversa dinámica de resiliencia ya que el nuevo modelo surgido a partir de una crisis es peor

(supone un retroceso) que el anterior a la crisis. Lo malévolo es que este deterioro de la calidad del servicio puede pasar desapercibido y considerarse que es una buena práctica que forma parte del sistema de resiliencia dinámica. Un lamentable ejemplo de este escenario es lo que sucedió con la Administración digital y el teletrabajo y su negativo impacto en la pérdida de calidad en la atención de los ciudadanos. Una de las novedades organizativas más celebradas gracias a la experiencia de la Covid-19 es que la utilización interna y externa de la digitalización se impulsó de una manera muy rápida y que el teletrabajo se incorporó, de una vez por todas, en la organización del trabajo público después de muchos años de titubeos canalizados mediante pruebas piloto que no lograban fructificar en resultados tangibles. La frase recurrente «hemos avanzado más en seis meses con la Covid-19 en Administración digital y en teletrabajo que en toda una década» es una prueba fehaciente de esta euforia laboral y autocomplacencia por parte de diversos actores públicos. Sin negar estos indiscutibles avances el resultado real ha sido una peor calidad en la atención directa hacia los ciudadanos y el reverdecimiento de una cultura burocrática reaccionaria en que se obliga a la ciudadanía a que se adapte al nuevo modelo organizativo público y no a la inversa. El confort organizativo y el de los empleados públicos pasó a ser prioritario en detrimento de la calidad en la atención a los ciudadanos. La Administración digital es un avance indiscutible para mejorar la gestión, pero no puede imponerse de manera forzada en un contexto social donde casi la mitad de la población carece de competencias digitales para poder interaccionar con las instancias públicas. Por otra parte, los ciudadanos que sí poseen estas capacidades se encuentran con aplicativos poco amables, nada intuitivos, incompatibles con los navegadores más usuales, con un lenguaje administrativo incomprensible que hace muy difícil que el servicio culmine con el éxito esperado. Por otra parte, la perversa nueva dinámica implantada en solo atender a los ciudadanos con cita previa atenta a la legalidad vigente y complica la vida a los usuarios ya que es difícil lograr concertar una cita fuera del sistema digital (los teléfonos de atención al público suelen estar inactivos o colapsados) y la demora en conseguir la anhelada cita puede retrasarse varios días, semanas e incluso meses ya que no se ha conciliado la capacidad del sistema con el volumen de la demanda. Es inconcebible que aparentes mejoras tecnológicas y organizativas solo sirvan para mejorar el confort de los trabajadores públicos y generen graves externalidades negativas en la atención ciudadana. El momento de gestión post-covid es el peor a nivel de calidad en la atención ciudadana de las últimas tres décadas. El resultado es que la ciudadanía está cada vez más crispada y la

imagen y legitimidad social de la Administración pública se encuentra en su momento más bajo.

Como conclusión, las administraciones públicas deben superar los tensores reactivos en sus dimensiones organizativas que imposibilitan la capacidad de resiliencia. La resiliencia dinámica que aporta robustez no es una opción sino una necesidad ineludible. Otro elemento a tener en cuenta es que no hay que conformarse con poder ser resiliente de manera pasiva sino lograrlo de forma dinámica y activa incorporando los aprendizajes de las distintas transformaciones exigidas por la novedad o el suceso extraordinario. La necesidad de cambio es constante y el modelo de gestión debería estar en continuo proceso de revisión y de transformación. Para que todo ello sea posible es necesario un modelo organizativo que incremente las capacidades institucionales en inteligencia (proactividad, sentido estratégico, utilización de la información para la planificación y la evaluación, etc.). Esta inteligencia también puede contribuir decididamente en detectar y evitar las transformaciones aparentemente progresistas pero que, en realidad, tienen consecuencias reaccionarias y para ello hay que reinventar las tradicionales unidades enfocadas a la atención al ciudadano. La combinación de resiliencia dinámica e inteligencia institucional fomenta las dinámicas robustas de las administraciones públicas.

3. Dos estrategias en gestión de recursos humanos: las nuevas competencias de la función directiva y una unidad de flexibilización de la gestión del personal

a) Gestión de la función directiva

El personal directivo de las administraciones requiere una atención diferente a la que les dispensa las tradicionales unidades de gestión de personal. Los problemas a los que se enfrentan los directivos públicos, sus procesos de aprendizaje, su evaluación y sistemas de incentivos, su movilidad, los potenciales problemas de capturas, las dinámicas de conflicto con la dimensión política, etc. requieren de un ámbito de gestión que esté orientado hacia estas necesidades que suelen obviarse en la gran mayoría de administraciones públicas. La dirección pública profesional reclama unas reglas del juego propias y específicas que hay que tener la capacidad de gestionar en el día a día si se desea una optimización de esta dimensión estratégica.

Otro elemento crítico es la formación dirigida a los directivos públicos. Muchas administraciones y centros universitarios ofrecen programas de formación a los directivos públicos entendidos éstos como los máximos responsables adminis-

trativos de distintos ámbitos sectoriales y que se sitúan justo por debajo del nivel político. Concretando: directores y subdirectores generales en la Administración General del Estado, subdirectores o jefes de área (o asimilados como son los jefes de servicio en Aragón) en las comunidades autónomas, gerentes, vicegerentes, directores de servicio o jefes de servicio en el Gobierno local. No es una tarea sencilla ofrecer buenos programas de formación a este crítico perfil profesional ubicado en nuestras administraciones públicas.

La mayoría de los programas tradicionales de formación de directivos públicos han apostado por la profundidad o por la amplitud en sus contenidos instructivos. La lógica que opta por la profundidad ha consistido en organizar cursos o módulos más profundos y sofisticados sobre los temas clásicos de gestión pública: gestión de recursos humanos, gestión económica y presupuestaria, contratos, temas de organización, etc. La dinámica que opta por la amplitud intenta aportar formación en ámbitos metodológicos para fomentar la mejora de la gestión: cursos sobre el modelo EFQM de calidad, ISO's, reingeniería de procesos, estrategias y metodologías de innovación, etc. Además, estos planes formativos suelen tener como ingrediente esencial mejorar las competencias blandas de los directivos: gestión de equipos, fomento de las lógicas colaborativas de trabajo, estrategias de motivación, etc.

Consideramos que una parte importante de esta estrategia de formación es equivocada en sus dimensiones de profundidad y de amplitud. Por ejemplo, me parece poco conveniente capacitar a los directivos con instrumentos más profundos en los ámbitos clásicos de la gestión pública (gestión económica y presupuestaria, de recursos humanos, de organización o contratos). En la práctica a la mayoría de los directivos no les interesan y se aburren con estos módulos tan detallistas ya que no van a utilizar en sus trabajos estos conocimientos tan especializados. Los directivos especialistas en estos ámbitos ya los conocen de sobra y entran en debates muy técnicos con los ponentes que fomentan todavía más la desconexión de la mayor parte del grupo. Por otra parte, tampoco me entusiasman estos módulos que apuestan por la amplitud en los conocimientos como dar herramientas a todos los directivos sobre modelos de calidad, ISOs, reingenierías, etc. La mayoría de los directivos receptores no los van a utilizar jamás estos instrumentos salvo alguna minoría que empatiza con ellos de manera sobrevenida y con el entusiasmo de los conversos los aplican en sus ámbitos de gestión sin poseer las competencias necesarias para ello y pudiendo generar algunos desastres organizativos. Parto del principio que los directicos públicos deben venir aprendidos desde casa sobre los temas clásicos y estructurales de la gestión pública. En el caso que sientan que posean alguna carencia específica pueden asistir a los múltiples cursos ordinarios que se imparten sobre estas materias. También consideramos que los directivos que no han mostrado, durante su carrera, especial

interés por algunas metodologías (EFQM, ISO's, etc.) es que no les interesan ni les resultan útiles para sus ámbitos de trabajo.

En cambio, nada tenemos que objetar sobre el ámbito que incide en potenciar las competencias blandas de los directivos siempre y cuando los docentes del tipo consultor (la mayoría de formadores en estos ámbitos suelen estar adscritos a este rol profesional) sean competentes y conozcan las especificidades y los límites de la gestión pública.

Nuestra propuesta formativa para los directivos públicos se basaría en atender a las necesidades genéricas de su posición en los organigramas institucionales. Un buen directivo público tiene que desplegar tres grandes funciones: a) comprender la lógica política, las iniciativas políticas y traducirlas a planes operativos de acción; b) maximizar su posición de atalaya organizativa para desplegar sus antenas para realizar análisis de prospectiva y proponer nuevas estrategias en su ámbito sectorial (para mi esta es la auténtica innovación que aporta valor); c) liderar un equipo de trabajo, inspirarlo y orientarlo, lograr la empatía grupal con el proyecto y motivar a los empleados públicos.

Ante estas necesidades consideramos que un buen plan de formación para los directivos públicos debería agrupar los siguientes contenidos o ingredientes:

— Conocer mejor el entorno político e institucional de la Administración.
— Estar informado sobre los cambios tecnológicos, económicos, sociales y políticos de la realidad contemporánea.
— Formación dinámica vinculada a dilemas y retos de carácter ético.
— Club de lectura sobre textos relevantes y actuales.

En definitiva, la característica esencial de un directivo público en relación al resto de empleados públicos debería radicar no solo en su fortaleza técnica sino en sus mayores capacidades analíticas e intelectuales para poder afrontar los nuevos problemas del presente y del futuro. Un directivo está, por su naturaleza, orientado a la acción. El objetivo es que esta orientación práctica pueda ser más robusta y holística a nivel conceptual.

b) Unidad de flexibilidad de la gestión personal

La gestión de personal adolece usualmente de dos grandes problemas: por una parte, no suele ser realmente gestión (que incluye elementos de decisión técnica de carácter estratégico) sino una simple administración operativa en materia de recursos humanos. Por otra parte, la administración de personal (gestión de personal clásica) posee un carácter extraordinariamente rígido y uniformador

que impide un modelo de gestión contingente (por ejemplo, redimensionamientos y movilidad de plantillas durante la pandemia para reforzar a los ámbitos de gestión más estresados). Es obvio que los diversos ámbitos de gestión requieren de unidades de administración de personal que tengan asignadas las tareas más operativas de esta materia y que aportan estabilidad interna a la organización. En cambio, aquí se propone un nuevo paradigma de gestión de recursos humanos que consiste en que se incorpore una nueva unidad estratégica con el objetivo y vocación de aportar valor al resto de la organización mediante la flexibilización máxima de la gestión de personal. Una unidad de gestión de personal que deja de ser un motor de carácter reaccionario para pasar a ser un facilitador flexible que se vaya adaptando a las cambiantes necesidades de la organización en materia de efectivos de personal. Para que esta unidad pueda tener esta capacidad de dinamismo e innovación vinculada a una prestación de servicios internos con un alto valor sería necesario modificar la legislación laboral del ámbito público para que sea garantista solo en los derechos laborales básico pero muy flexible en las condiciones laborales para facilitar una organización más fluida, eficaz y eficiente acorde con las necesidades críticas de cada momento. No tiene ningún sentido que la legislación laboral en el ámbito público sea tan extraordinariamente garantista, hasta llegar al privilegio laboral, que impida la correcta atención de las necesidades y urgencias de los ciudadanos.

Si hacemos ahora un repaso a las últimas leyes de función pública aprobadas o a los diversos proyectos y borradores que están en circulación puede detectarse fácilmente que esta perversa dinámica garantista, uniformadora y generadora de esclerosis múltiple a la organización administrativa no se ha atenuado sino que ha incrementado: normativas con unas doscientas páginas en las que se diseña un modelo rígido basado en puestos y con la mitad de los artículos que atienden a derechos y a todo tipo de protecciones laborales hasta llegar a un nivel de detalle obsceno. Es, por tanto, necesaria una legislación laboral al servicio del ciudadano y no bajo la servidumbre de las dinámicas de carácter corporativo. Este es uno de los ingredientes más esenciales para lograr implantar el modelo de gobernanza robusta en su ingrediente de capacidad de transformación y de aprendizaje institucional que pueda alcanzar lógicas dinámicas de resiliencia.

El sentido de esta unidad de flexibilización de personal es justo el contrario que las unidades clásicas de personal. Una unidad facilitadora, innovadora que busque siempre la máxima flexibilidad y que aporte a los ámbitos sectoriales soluciones y no problemas, frenos y obstáculos. Una nueva unidad de personal que deja de ser conceptualmente tecnoestructura con una ambición de normalización y control y pase a ser un instrumento esencial de apoyo estratégico al servicio de las nuevas estrategias de la Administración. Una unidad de personal que deja de ser una rémora del sistema para convertirse en un ariete del cambio y de la trans-

formación. Para que esto sea posible hay que diseñar estas unidades de nueva planta descontextualizadas de los ámbitos clásicos de administración de personal y deber proveerse de nuevos perfiles profesionales dinámicos, innovadores y facilitadores.

Bibliografía

Brugué, Quim (2022). *Organizaciones que saben, organizaciones que aprenden*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.

Capano, Giliberto; Toth, Federico (2023). «Thinking outside the box, improvisation, and fast learning: Designing policy robustness to deal with what cannot be foreseen», *Public Administration*, 101(1).

Gofen, Anat; Lotta, Gabriela (2021). «Street-level bureaucrats at the forefront of pandemic response: a comparative perspective», *Journal of Comparative Policy Analysis*, 23(1).

Marcet, Xavier (2021). *Crecer haciendo crecer. El secreto de las empresas constantes*, Barcelona: Plataforma.

Ramió, Carles (2022). *Burocracia inteligente. Guía para transformar la Administración pública*, Madrid, Catarata.

Ramió, Carles; Salvador, Miquel (2019). *Gobernanza social e Inteligente. Una nueva organización para el Ayuntamiento de Barcelona*, Barcelona, Ajuntament de Barcelona.

Sørensen, Eva; Ansell, Christopher (2021). «Towards a Concept of Political Robustness», *Political Studies*, 71(1).

Velázquez López, Francisco (2021). *El burócrata disruptivo: para comprender la administración pública*, Caracas, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.

— (2023): *Gobernanza Iberoamericana: para cambiar la Administración pública*, Caracas, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.

LIDERAZGO Y FACTOR HUMANO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. APLICACIÓN AL PROCESO SELECTIVO

Jorge Crespo González
Profesor de Ciencia Política y de la Administración
en la Universidad Complutense de Madrid
https://www.ucm.es/icca/jorge-domingo-crespo-gonzalez
/ ORCID: 0000-0002-5451-6489

Introducción

En el presente estudio se pretende realizar un examen de aspectos críticos relacionados con la reforma o transformación del modelo de empleo público de nuestro país, entre los que destacan el liderazgo, el proceso selectivo y la experiencia internacional, especialmente focalizada esta en la reforma en la alta función pública francesa impulsada a partir de 2019 (Informe Thiriez) o la iniciada en Reino Unido mediante la Declaración de la Reforma Gubernamental de 2021. Con ello se pretende formular algunas propuestas que orienten y faciliten la transformación del modelo de empleo público español, a partir de un buen proceso selectivo, desde una situación que entroniza las competencias ligadas en el conocimiento, a otra en que se ponga el énfasis en la atracción e incorporación de talento. No es este el lugar para disertar sobre el concepto de talento, pero de manera operativa podemos identificar como persona talentosa aquella que es capaz de movilizar capacidades de todo tipo (del conocimiento, aplicativas, interpersonales y basadas en actitudes, emociones y valores positivos) en un entorno concreto de trabajo.

El análisis se inicia con una reflexión sobre el liderazgo y las principales teorías sobre el mismo que pueden servir de inspiración en un proceso complejo de transformación, en que la mera jerarquía o los cambios mediante la normativa se tornan insuficientes. Se enfatiza el papel del aprendizaje, la potencia del propósito y la consideración del liderazgo como un atributo del sistema, en que potencialmente cualquier actor puede intervenir, y no como una prerrogativa limitada a una o a varias personas, por lo que se propone explorar las teorías ligadas al liderazgo adaptativo y transformacional. A continuación, se indican algunos as-

pectos que pueden incorporarse al liderazgo de la transformación de la función pública, o del proceso selectivo de los empleados públicos.

Las partes siguientes del trabajo enfatizan en la manera de reclutar y seleccionar al personal público, defendiendo un modelo que incorpore la diversidad de la sociedad, por factores funcionales y de democracia, y poniendo el acento en mitigar los sesgos de carácter territorial y socioeconómico en la captación del talento al servicio del sector público del Estado. Apoyándonos en la reforma francesa y británica de la función pública en curso, se insistirá en la necesidad de mejorar la capilaridad y porosidad de la Administración del Estado. Y finalmente se realizará una reflexión sobre la adecuación de nuestro modelo de empleo público a la realidad actual. Aunque la mayoría de las ideas son predicables para el conjunto de Administraciones españolas, se han formulado pensando especialmente en la Administración General del Estado (AGE).

1. ¿Liderazgo y factor humano en el ámbito público?

a) El liderazgo como competencia compleja esencial

El concepto de liderazgo implica que alguien (el/la líder o quien desarrolla dicho liderazgo) marca las metas, organiza actividades, desarrolla normas y dirige las actividades de otras personas. Las funciones citadas (dirigir, definir metas, mandar, encabezar, inspirar) resuelven incertidumbres organizativas relacionadas con su supervivencia y adaptación, por lo que es habitual que se le otorgue a quien las realiza una cierta prominencia o posición superior, variable según las organizaciones y sociedades, y que dicha primacía sea aceptada por los demás.

Además de proyectar la imagen de lo que se quiere conseguir en la organización y de movilizar los recursos (especialmente humanos) para su consecución, cuando se interroga a las personas que forman parte de las organizaciones por el liderazgo es muy común que se dé una importancia menor a los aspectos técnicos y que sin embargo se identifique con competencias blandas: valores, respeto, comunicación, transparencia, servicio, confianza, humildad, etc. (véase la figura 1).

Pero lo que es indiscutible es que el liderazgo es una función esencial en cualquier organización y adquiere una dimensión especialmente estratégica en las Administraciones públicas, dada la importancia que tienen estas para el funcionamiento del Estado, la garantía de los derechos ciudadanos y la supervivencia de la sociedad. Además, su aplicación en las Administraciones públicas debe incorporar algunas especificidades de estas, tales como la asunción de la titularidad formal del ejercicio del poder político, la extensión y fragmentación de sus estructuras, su interdependencia con la política y, finalmente, la conexión con los

Figura 1: Atributos del liderazgo



Fuente: Elaboración propia a partir de dinámicas de grupo realizadas con directivos públicos

factores de contingencia que operan en cada sociedad (época, geografía, rasgos sociales, desarrollo tecnológico, etc.) (Baena del Alcázar, 1988). Comprender esta contingencia o relación de dependencia de la Administración respecto de la sociedad es esencial ya que por sus funciones e impacto transversal puede ser la palanca que mejore y eleve las condiciones en que sobrevive esta, o bien constituirse en la clave de bóveda de todos los bloqueos que impiden a dicha sociedad progresar y responder adecuadamente a los desafíos de la coyuntura histórica. Visto así, se impone elevar un peldaño la consideración de las relaciones entre liderazgo, Administración y sociedad, y la reforma de la Administración y de su función pública dista de constituirse en un asunto meramente técnico y endogámico para pasar a erigirse en un problema de sociedad, en el entendido de que cambiar la Administración es un factor que alienta el cambio social. Esto debe alejar a quien ejercita la función de líder de los cambios por decreto (Crozier, 1984), o meramente normativos, para concentrarse en la adopción de una dimensión estratégica que invierta en conocimiento del sistema, en experimentación, haga pedagogía del cambio y que, además, se apoye en el capital principal, el humano.

b) Niveles de liderazgo: estratégico, operacional y directo

La Administración pública, por sus funciones, amplitud y extensión de sus estructuras, incorpora los tres niveles de liderazgo que suelen detectarse en las

macro-organizaciones. Por una parte, opera el liderazgo directo, que es el que se realiza cara a cara, o en la primera línea de producción/actividad; por otra, es un entorno propicio para el liderazgo organizacional, en tanto liderazgo que se ejerce indirectamente mediante elaboradas cadenas de mando y supervisión; y, finalmente, estaría el liderazgo estratégico, ejercido por los principales órganos políticos (presidente/a, ministro/a, etc.).

Figura 2: Niveles de liderazgo.

Niveles Liderazgo	**Características**	**Principales Órganos Admón Pública**
Directo o cara a cara	Ejecuta y desarrolla misiones. Actividad operativa. Trato cercano al colaborador y con ciudadanos	Ej: personal administrativo de atención directa al ciudadano o cliente interno
Organizacional o indirecto	Provee de medios o recursos para ejecutar las misiones, y establece planes de acción. Línea de supervisión	Mandos intermedios y órganos con competencias transversales
Estratégico	Otorga visión y narrativa al resto de niveles	Principales órganos políticos

Fuente elaboración propia

Cabe reconocer que el liderazgo estratégico es harto infrecuente, ya que incorpora funciones de carácter superior con una alta dimensión intelectual, tales como la creación de marcos y visiones a alcanzar, mientras reduce las responsabilidades operativas. En otras palabras, el liderazgo estratégico se centra prioritariamente en qué hacer de cara al futuro (sabiendo que la estrategia conlleva decisión y táctica de implantación), en hacer que otros hagan para acercarse a esa visión, incrementando la delegación y la ejecución directa.

La estrategia se plantea habitualmente mediante documentos de actualización periódica, o planes estratégicos, y la elaboración de los mismos debe conllevar un planteamiento estratégico en que se obtiene información relevante para hacer un diagnóstico de la situación de la organización con el fin de construir la visión, a veces mediante técnicas de presentación como los DAFO. En el caso que nos atañe, la reforma de la función pública y del sistema de selección, sería importante en la parte de planteamiento estratégico responder a preguntas del tipo:

Figura 3: Ideas sobre las que se asienta el planteamiento estratégico (respecto de la reforma de la función pública)

- ¿Qué necesita la sociedad de la Administración en la actualidad y en el futuro?
- ¿Cómo queremos que sea la administración en el futuro?
- ¿Seguirá con la misión actual o se enriquecerá con otras? ¿O perderá funciones a favor de otras organizaciones?
- ¿Qué procesos se avizoran en el futuro que deberíamos tener en cuenta?
- ¿De qué tipo de personal disponemos? ¿Cualificación? ¿Edad?
- ¿Qué tipo de perfiles necesitamos? ¿Los tenemos en la organización?
- ¿Nuestro sistema de gestión incentiva la retención y atracción de talento o lo contrario? ¿Qué tipo de talento se atrae?
- ¿Cuáles podrían ser los enemigos del cambio/transformación?
- ¿Necesitamos cambio o transformación?

Fuente: Elaboración propia.

c) Principales teorías a utilizar en lo relativo a la reforma de la Función Pública

Una de las características de la manera de concebir el liderazgo en la actualidad es el intento de no vincularlo a una figura de líder tradicional, quien lo era porque teóricamente disponía de unas cualidades de nacimiento o porque se comportaba como tal. En nuestros días se tiende a liberar el concepto de una persona concreta, y a identificar el liderazgo con un atributo del sistema u organización social que cualquier persona implicada puede poner en movimiento, aunque como es natural la importancia de las decisiones adoptadas estarán en consonancia con la posición formal e informal que se tenga en el sistema u organización. En este sentido, líder es quien ejerce liderazgo, ya sea en general o en una sección o política particular, ya sea de manera temporal o permanente. Lo que, sin desapoderar a las élites político-administrativas, que siguen dominando fuentes de poder e incertidumbres claves de la organización, permiten «democratizar» el ejercicio del liderazgo.

Si nos centramos en el plano del ejercicio estratégico del liderazgo, cobran especial importancia el liderazgo adaptativo (Heifetz, 1997) y transformacional (Burns, 2007). Tanto el liderazgo emocional (Goleman, 2011; Goleman, Boyatzis y Mckee, 2014) como el auténtico (Walumbwa, Avolio, Gardner, Wernsing y Peterson, 2008) tienen elementos transversales muy potentes, que hace que sus cualidades (autogestión y gestión relacional de las emociones, en el caso del emocional; o la incorporación de la ejemplaridad e integridad, en el caso del auténti-

co) aparezcan con intensidad en todos los niveles de liderazgo. Mientras que los principales aspectos que se introducen en el liderazgo orientado a misión (que enfatiza la delegación) (Vandergriff y Webber, 2017) y situacional (que se centra en el concepto de madurez de los subordinados, que se vería acompañada de diferentes tipos de comportamiento directivo) (Hersey, Blanchard y Johnson, 2001) con frecuencia tienden a considerarse más técnicas de dirección que propiamente de liderazgo. En un plano macro, por lo tanto, las que más sustancia aportan al liderazgo estratégico son las teorías del liderazgo adaptativo y transformacional, lo que además es coherente con la percepción de que la Administración y función pública constituyen un problema de sociedad, con la complejidad analítica que ello impone.

El liderazgo adaptativo entiende el liderazgo como la actividad de un ciudadano/empleado, de cualquier condición, que moviliza a personas para que hagan algo socialmente útil, o trabajo adaptativo. Quien lidera no tiene recetas mágicas, ni impone un modo de hacer las cosas, sino que impulsa el aprendizaje de los demás focalizando la atención, motivando y movilizando «trabajo adaptativo«, el cual, junto al aprendizaje, se configura como concepto matriz y en concreto se enfrenta al «trabajo técnico». El trabajo técnico se aplica cuando el motivo del problema a resolver es un desequilibrio personal u organizativo cuyas causas son bien conocidas y las soluciones también, mientras que el trabajo adaptativo abordaría dificultades cuyas causas no son conocidas ni evidentes ni cuyas soluciones fáciles. El trabajo técnico puede ser realizado por especialistas, mientras que en el caso del adaptativo el reequilibrio se consigue mediante la apertura de procesos de aprendizaje que involucran y median entre valores, personas, la realidad y los objetivos a conseguir. Mientras el trabajo técnico solo requiere buscar al especialista adecuado, que pondrá en movimiento su pericia para resolver el problema, en el trabajo adaptativo se requiere debatir sobre valores, creencias o conductas. En este último caso se moviliza a las personas para que enfrenten y no eviten la realidad, y aporten soluciones (no respuestas fáciles). Este tipo de liderazgo, que exige una táctica específica de desarrollo, es adecuado para la gestión de una transformación tan compleja como es el modelo de empleo público de una sociedad, y se aviene perfectamente con los requerimientos de la sociedad VUCA en que vivimos, pues enfatiza en el aprendizaje de las organizaciones mediante la actuación/debate de los/as empleados/as, liberando a las élites y democratizando su actuación. Es más, en ocasiones se propone el liderazgo sin autoridad formal, especialmente en el sector público, ya que a los políticos les cuesta plantearse cuestiones difíciles, como la reforma de la función pública, en tiempos electorales. Un requisito esencial es que existan los valores que Putnam, Leonardi y Nanetti (1994) planteaban para las comunidades cívicas: ciudadanos/as involucrados/as, informados/as y formados/as, que participen en los asuntos públicos

activamente, mediante el interés propio correctamente entendido, en un marco de derechos y obligaciones similares para todos/as, y mediante relaciones de reciprocidad y confianza. Estas condiciones, aunque complejas, pueden darse en la función pública.

El liderazgo transformacional implica que algunas personas influyen en sus seguidores de tal manera que éstos/as son capaces de transformar el campo de que se trate. En concreto, se consigue que los colaboradores sean capaces de anteponer los intereses del grupo (en este caso, la sociedad), por delante de los propios, que haya una mayor identificación con la organización, aumentando el rendimiento de equipos en ambientes complejos. Los/as líderes intervienen mediante cuatro factores: la influencia idealizada (los/as líderes son modelos de comportamiento), la inspiración motivacional (los/as líderes motivan e inspiran), la estimulación intelectual (estimulan la innovación y la creatividad) y la consideración individualizada (escuchan individualmente y hacen funciones de coaches y de mentores). Sin duda, los cuatro son importantes, pero merecen destacarse a efectos del cambio/transformación de la función pública, por una parte, la necesidad de trasladar una visión clara de los objetivos, con respeto y entusiasmo, y actuando en coherencia con lo pretendido (influencia idealizada), y, por otra, la comunicación de la visión generando pasión y entusiasmo, potenciando al mismo tiempo el espíritu de equipo y la cohesión (motivación inspiracional).

Finalmente, puede decirse que lo que realmente se necesitan son líderes y no solo técnicos/as o administradores/as. Mientras que estos/as últimos/as se centran en seguir los procedimientos marcados, en los sistemas y en la estructura, buscando mantener el statu quo, los/as verdaderos/as líderes movilizan aprendizaje, innovan, se centran en las personas, desarrollan la organización y a su personal, motivan con el ejemplo y gestionan emociones.

2. ¿Qué debe cambiar en el liderazgo y la dirección pública?

a) Liderar desde las principales figuras políticas

Que se defienda un liderazgo adaptativo que se base en el aprendizaje y una concepción de líder renovada, no implica desconocer que la reforma de la Función pública también requiere un liderazgo de carácter estratégico y la consideración de una política de Estado, lo que implica un involucramiento directo y explícito de los principales órganos políticos (presidente, gobierno), junto al aconsejable apoyo o consenso de la oposición. Además, debe transmitirse un sentido de propósito y urgencia, apoyado en las necesidades y consultas a la sociedad, que guíe la reforma, y al mismo tiempo una fuerte labor de pedagogía

del cambio/transformación. A pesar de que en España se ha avanzado en la inserción de la reforma de la función pública y el impulso a la dirección pública profesional dentro de la agenda institucional, mediante diversos documentos cuyo alcance no puede despreciarse (Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; Agenda 2030 para el desarrollo sostenible y reciente legislación de reforma de la función pública por Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo), el observador echa de menos, frente a reformas de nuestro entorno, que los principales órganos políticos (empezando por el presidente), asuman el proceso de cambio en primera persona, apoyándose en la deliberación ciudadana y en el consenso de las demás fuerzas sociales. Respecto de la dirección pública, la reciente reforma de la legislación sobre función pública supone un paso importante, aunque quedan aspectos pendientes respecto de la apertura y libre concurrencia, puesto que en algunos aspectos se evidencian rasgos de captura limitando el acceso a altos/as funcionarios/as y dejando fuera a colectivos externos que pueden gozar del talento y competencias necesarias.

b) Liderar mediante conocimiento del sistema

El liderazgo y la adopción de decisiones debe partir de un conocimiento de la realidad, en lo que creo que se ha avanzado mucho en el caso que nos ocupa. En efecto, ha habido innumerables jornadas y estudios (destacando los impulsados por el Instituto Nacional de Administración Pública, el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Consejo de Estado) que muestran a las claras las necesidades de cambio/transformación del sistema de selección e incluso del modelo de función pública. Se ha enfatizado demasiado quizás en el análisis de las disfunciones de los elementos técnicos en que se asienta el sistema (tipos de ejercicios, duración de las pruebas, competencias que se seleccionan, etc.) pero quizás no se ha reflexionado suficientemente las conexiones de dicho sistema con la sociedad (y los sesgos que no solo no mitiga, sino que ensalza), junto a las necesidades que esta plantea en el momento presente y las que se avizoran en un futuro próximo. Sin embargo, que no se tengan todas las claves no impide que se introduzcan pequeñas mejoras que, llegado el caso, puedan arrastrar a cambios mayores, siguiendo el método funcionalista tan exitoso en el caso de la integración europea.

c) Liderar apoyándose en las personas. La importancia del propósito

El cambio debe apoyarse en las personas, y en el conocimiento de los actores clave internos y externos que pueden bloquear o facilitarlo. Se cambia un sistema apoyándose en él y no contra él (Crozier y Tilliette, 1996). Para ello será necesario además de dosis de liderazgo, una fuerte inversión en la pedagogía del cambio, indicando que hay que cambiar no solo porque la sociedad lo requiere (que ya es bastante), sino porque la vida es cambio, y un sistema que no cambia o se transforma tiende a degradarse y marchitarse, y exigir un cambio radical cuando colapsa. Entre un cambio radical, reactivo, bajo la fuerza de los acontecimientos, y otro basado en la mejora continua, es preferible este último, porque además de impedir saltos al vacío o cambios abruptos, permite usar la formación y la pedagogía para conseguir los propósitos señalados.

d) Liderar experimentando

Existe una tendencia muy acusada en el liderazgo público a esperar a tener todos los instrumentos y circunstancias bajo control para impulsar un cambio. Es un error porque el ciclo político afecta de manera determinante y el tiempo puede desplazar prioridades o movilizar a los enemigos del cambio. Por eso es importante, cuando se dispone de información y criterio suficiente, experimentar e ir introduciendo transformaciones. También debe generarse una cultura que incorpore el error como parte del aprendizaje y que permita mejorar y afinar las mutaciones. A diferencia del tecnócrata o planificador/a que espera a tener todos los elementos para dar paso a la acción, el/la líder debe estar focalizado/a en la intervención en la realidad, aunque sea paso a paso, pero sin perder de vista el propósito. Además, cambios aparentemente menores pueden generar una gran diferencia en su conjunto. En lo relativo a la transformación de la selección, se ha avanzado bastante en lo relativo al reclutamiento, aunque no tanto en lo que concierne a la selección.

e) Liderar desde la responsabilidad (desempeño, evaluación, etc.)

El cambio debe ir asociado a la idea de responsabilidad y coherencia. Si se modifica el sistema, y se potencia la gestión por competencias, por ejemplo, es muy importante que todos los elementos del sistema de gestión estén en concordancia con ello, de manera que se analice qué necesidades en términos de competencias requiere la Administración y los empleos públicos para buscarlos en la

sociedad y tenerlas en cuenta posteriormente en términos de retribuciones, desempeño, promoción, etc. Necesitamos un sistema que fuerce a ver la realidad, su incidencia en la Administración y en las funciones y empleos públicos, para generar valor en el sentido adecuado.

3. Cómo debemos reclutar y desarrollar a las personas profesionales que se desempeñan en las organizaciones públicas

En primer lugar, cabe reconocer los avances que se han venido produciendo en los últimos años, en que se evidencia una mayor preocupación por algunas fases que tradicionalmente quedaban inéditas, como por ejemplo el reclutamiento. Se están tomando decisiones y actuando en la buena dirección, y la Administración asiste a ferias, sesiones en universidades, en todo el territorio nacional para darse a conocer y captar talento. También es otro paso decisivo la elaboración de vídeos en que trabajadores públicos explican lo que hacen e inducen a seguir sus pasos.

Menos avances, sin embargo, ha habido respecto de la modificación del sistema selectivo y en la reducción de los sesgos que hacen que la Administración no sea representativa de la sociedad, incluyendo los diferentes segmentos sociales en su seno. En este escrito voy a mostrar mi interés en la cuestión de la inclusión (especialmente en clave territorial y socioeconómica) y me inspiraré en algunas enseñanzas que pueden proporcionar las reformas en trance de introducción tanto en Francia como en Reino Unido.

a) Por qué es importante la inclusión y la representatividad de la sociedad en la Administración

La inclusión y la necesaria representatividad de la función pública respecto de la sociedad a la que sirve no es una cuestión más, sino que por su relevancia forma parte de las orientaciones estratégicas que deben seguirse. Y ello no solo por motivos funcionales, sino también de legitimidad política y social. Por una parte, porque solo la diversidad es capaz de incorporar diversidad y, dado que los altos funcionarios colaboran en la elaboración de políticas públicas, por la posibilidad de enriquecer el criterio con nuevos enfoques y limitar sesgos, entre ellos los propios de la procedencia de territorios concretos y de una extracción social en general acomodada. En segundo lugar, el reforzamiento de esos sesgos por procesos conocidos, como los descritos en la «incapacidad adiestrada» de Merton (1964) y los sistemas selectivos (que alienta un tipo de candidato/a

frente a otros/as). Y finalmente por motivaciones de identificación política: difícilmente los/as ciudadanos/as se sentirán próximos/as emocionalmente a una Administración si esta no es capaz de generar las condiciones para que sus convecinos/as quieran o puedan formar parte de ella, lo que además está vinculado a la fuente de la legitimidad o consentimiento. Si además, por diferentes causas, la alta función pública se configura como una suerte de ascensor o acelerador hacía la política, y es verificable que un porcentaje de los políticos/as y gobernantes proceden del ámbito público, parece claro que intervenir en este proceso no solo se configura como la resolución de un aspecto técnico sino como una cuestión de democracia, y sería razonable reducir la desproporción creciente de que habla Putnam (1976).

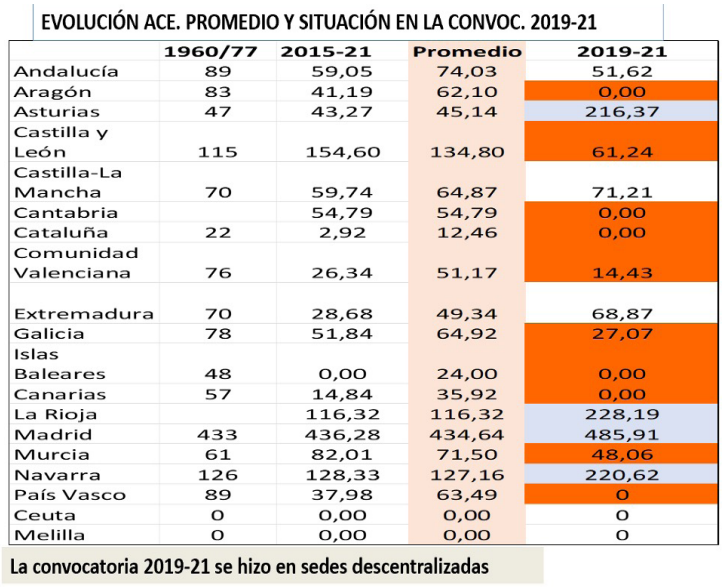
Finalmente, importantes documentos de orientación reconocen la necesidad de abordar la cuestión de la inclusión: diferentes documentos recientes de la OCDE, los ODS (que incorporan en el objetivo 16 la necesidad de que las instituciones sean inclusivas, lo mismo que la sociedad), el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y, finalmente, la recientemente aprobada reforma de la legislación sobre función pública del Estado hacen hace referencia al particular.

Sin embargo, la función pública española todavía tiene verdaderos problemas para incorporar diversidad. Es cierto que el asunto ha mejorado sustancialmente en lo referido a la inclusión de género y, en cierto modo, de personas con discapacidad, pero no lo es menos que todavía queda un enorme trecho de mejora en la integración de diversidad territorial y socioeconómica en los términos que se referirán a continuación.

Como ejemplo, el análisis de la procedencia geográfica y socioeconómica de uno de los cuerpos más transparentes, el de administradores civiles del Estado (ACE), nos da claves del camino que queda por transitar. Revisando los últimos datos a que se tiene acceso y poniéndolos en correspondencia con los históricos, se verifica que la procedencia geográfica de sus miembros (últimos aprobados/as) es esencialmente Madrid (que cuadruplica los datos que le corresponderían por peso demográfico) y en menor medida La Rioja, Navarra y Castilla y León, mientras que Comunidades muy pobladas apenas tendrían solicitudes y aprobados (Cataluña, Comunidad Valenciana, Canarias). Incluso se pondría en tela de juicio la procedencia territorial de las personas de estos cuerpos extraídas de otras dos regiones tradicionalmente exportadoras de funcionarios, como Andalucía y Castilla La Mancha.

Respecto del sesgo socioeconómico, las investigaciones empíricas (como por ejemplo, Ruano de la Fuente, 2014) han mostrado que existen diversas causas que implican que ya desde el reclutamiento se dé una desproporción a favor de las clases acomodadas, que además se ven reforzadas por las características del

Figura 4: Procedencia regional de los aprobados
en los procesos selectivos de TAC/ACE (1960/2021)



EVOLUCIÓN ACE. PROMEDIO Y SITUACIÓN EN LA CONVOC. 2019-21

	1960/77	2015-21	Promedio	2019-21
Andalucía	89	59,05	74,03	51,62
Aragón	83	41,19	62,10	0,00
Asturias	47	43,27	45,14	216,37
Castilla y León	115	154,60	134,80	61,24
Castilla-La Mancha	70	59,74	64,87	71,21
Cantabria		54,79	54,79	0,00
Cataluña	22	2,92	12,46	0,00
Comunidad Valenciana	76	26,34	51,17	14,43
Extremadura	70	28,68	49,34	68,87
Galicia	78	51,84	64,92	27,07
Islas Baleares	48	0,00	24,00	0,00
Canarias	57	14,84	35,92	0,00
La Rioja		116,32	116,32	228,19
Madrid	433	436,28	434,64	485,91
Murcia	61	82,01	71,50	48,06
Navarra	126	128,33	127,16	220,62
País Vasco	89	37,98	63,49	0
Ceuta	0	0,00	0,00	0
Melilla	0	0,00	0,00	0

La convocatoria 2019-21 se hizo en sedes descentralizadas

Fuente: Elaboración propia a partir de Álvarez Álvarez (1980), Ruano de la Fuente (2014) y las memorias del Tribunal de selección de las convocatorias más recientes

proceso de selección. Entre esas causas cabe destacar las señaladas en el siguiente cuadro sinóptico:

b) Lecciones de las reformas contemporáneas francesa y británica sobre la función pública

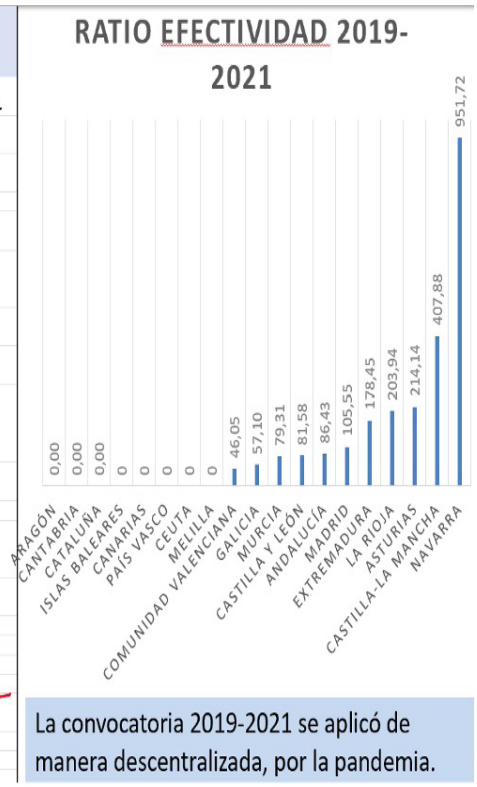
En este marco, pueden extraerse lecciones de las reformas de la alta función pública en Francia y Reino Unido, que nos dan claves para aplicar en nuestro propio sistema de función pública.

En primer lugar, hay que destacar que se trata de reformas que, como se han indicado anteriormente, están en trance de introducción en nuestros días, y que en buena medida han asumido la situación generara por la pandemia del Covid19 como oportunidad habida cuenta de las bondades y fallas demostradas en la gestión de la misma. En ambos casos se da la implicación directa de las máximas jefaturas políticas (presidente francés y primer ministro británico), aunque en el Reino Unido la situación política ha sido muy cambiante. Las dos reformas, aunque insertas en una cultura política distinta entre sí, comparten puntos co-

Figura 5: Efectividad o grado de éxito por CCAA según el número de aprobados en relación con las solicitudes

CONVOC. 2019/21 (SOLICITUDES, APROBADOS Y TASA DE ÉXITO

CCAA	Ratio efectiv.	Nº solic.	Nº aprob.
Andalucía	86,43	99	6
Aragón	0,00	19	0
Asturias	214,14	20	3
Castilla y León	81,58	35	2
Castilla-La Mancha	407,88	7	2
Cantabria	0,00	12	0
Cataluña	0,00	7	0
Comunidad Valenciana	46,05	31	1
Extremadura	178,45	8	1
Galicia	57,10	25	1
Islas Baleares	0	2	0
Canarias	0	16	0
La Rioja	203,94	7	1
Madrid	105,55	608	44
Murcia	79,31	18	1
Navarra	951,72	3	2
País Vasco	0	8	0
Ceuta	0	2	0
Melilla	0	0	0
		927	64



Fuente: Elaboración propia a partir de la memoria del Tribunal de la convocatoria 2019/2021

munes, como ese impulso presidencial o del jefe del gobierno, poner en el centro el respeto al principio meritocrático, y parte de las respuestas dadas. En lo que concierne a la incorporación de diversidad territorial y socioeconómica, a nuestro juicio puede decirse que de lo que tratan es de **mejorar la capilaridad y porosidad de la Administración del Estado.**

La mejora de la **capilaridad** del Estado pretende que éste, a través de su Administración, llegue a todo el territorio, trascendiendo Londres y Paris. De esta manera, abogan por:

1. Potenciar la Administración desconcentrada. En el caso de Reino Unido se pretende trasladar organismos públicos a regiones desfavorecidas, junto con su personal o agregando personal local, con vistas a mejorar las condiciones de vida de las sociedades en que se insertan (programas Le-

Figura 6: Factores intervinientes en el sesgo socioeconómico y territorial

- Menos de un tercio de las personas entre 18-24 años estudia en la universidad
- Es necesario poder mantenerse (u obtener una beca) durante los estudios. El gasto se dispara si además se cambia de ciudad.
- La proporción de padres con profesiones técnicas o directivas se incrementa en el caso de los ACE (cerca del 60%), y muchos de ellos se desempeñan en el sector público. Reproducción profesional.
- Una vez finalizados los estudios, aprobar el proceso selectivo conlleva una preparación media de entre 12 y 36 meses.
- El proceso exige dedicación exclusiva.
- El proceso exige pagar preparadores o academias, y materiales.
- No aprobar el proceso supone haber perdido unos años y tener que comenzar de nuevo.

Fuente Elaboración propia a partir de Ruano de la Fuente (2014)

velling up[1] y Places for Growth[2]). En Francia se pretende que todos los altos funcionarios presten servicios obligatoriamente en el territorio, al lado de las sociedades locales.

2. Incentivar a los altos funcionarios para que presten servicios en el territorio, ya sea a través del traslado de los centros administrativos junto con el personal (Reino Unido), como estableciendo etapas obligatorias que puntuarán en la posterior promoción. También se prevé abrir un debate sobre las retribuciones e indemnizaciones.
3. Vinculado a lo anterior, se entiende que la alta función pública puede constituir un escaparate en que mirarse, potenciándose además la extensión administrativa. De esta manera, en Reino Unido se prevé que los/as empleados/as públicos/as irán a centros escolares periféricos a explicar la opción laboral en el sector público, mientras se seguirá potenciando la captación temprana de talento a través de los Fast Stream[3]. Un objetivo

[1] Política impulsada por el expresidente Boris Johnson (Libro Blanco de 2022) que pretende la nivelación entre los territorios para que, con independencia del lugar de residencia, todos los ciudadanos tengan las mismas oportunidades, reduciendo la brecha entre las partes más ricas y pobres de Reino Unido para 2030. El programa incluye mejorar infraestructuras y recolocar sedes del ejecutivo, por ejemplo.

[2] Ofrece empleos gubernamentales de alta calidad en todo Reino Unido, lo que provoca más oportunidades para los habitantes con independencia de su lugar de nacimiento o residencia, además de permitir a la Administración beneficiarse de otras experiencias.

[3] Programa del Civil Service para la detección temprana y detección de personas talentosas y de alto potencial con el fin de que devengan líderes del Servicio Civil. En principio solo persiguen el talento, sin importar antecedentes, edad o carrera, por lo que puede ser un factor de incorporación de diversidad.

explícito es mostrar claridad en los pasos a dar para los interesados/as de manera que se mitigue el «laberinto» burocrático. En Francia, por su parte, se pretende fortalecer las escuelas territoriales y se ha creado el Dispositivo Talentos (Dispositif Talents), que permite obtener una beca de preparación (dotada de recursos y de formación) a estudiantes egresados/as desfavorecidos/as pero con buen desempeño e interesados/as en formar parte de la Administración. La dispersión por todo el territorio francés y la amplitud del colectivo acogido inmediatamente a este dispositivo (más de 1700 jóvenes en 74 sedes) muestra un camino a seguir, frente a las acciones sectoriales que rigen en España y que comienzan a mostrar números importantes en 2023: 792 becas del Centro de Estudios Jurídicos, más 30 del Instituto de Estudios Financieros, otras 100 del Instituto Nacional de Administración Pública, sumadas a otras de organismos públicos (Correos, por ejemplo) y de otros niveles de gobierno (por ejemplo, Cataluña y la Comunidad Valenciana).

4. Finalmente, adaptar la atracción del talento al territorio. En el Reino Unido descentralizando la formación y mediante el programa Fast Stream y Places for Growth; en Francia mediante la supresión de la ENA y el fortalecimiento de las escuelas territoriales.

Figura 7: Mejora de la capilaridad en las reformas francesa y británica de la función pública

MEDIDAS COMUNES	POR PAÍSES
TRASCENDER PARIS Y LONDRES	
POTENCIAR ADMINISTRACIÓN DESCONCENTRADA	R.U: PLACES FOR GROWTH (LEVELLING UP) Y TRASLADAR ORGANISMOS PÚBLICOS
	FRANCIA: TODO ALTO/A FUNCIONARIO/A DEBE HABER TRABAJADO EN LA ADMON DESCONCENTRADA
INCENTIVAR A LA AFP PARA QUE OCUPE PUESTOS EN PROVINCIA	R.U. TRASLADAR ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA AL TERRITORIO JUNTO CON EL PERSONAL
	FRANCIA: OBLIGATORIO. PUNTÚA EN PROMOCIÓN. DEBATE SOBRE RETRIBUCIONES
USAR LA AFP EN EL TERRITORIO COMO ESCAPARATE Y EXTENSIÓN ADMINISTRATIVA	REINO UNIDO: EXTENSIÓN ESCOLAR, FAST STREAM
	FRANCIA: REFUERZO ESCUELAS TERRITORIALES Y DISPOSITIVO TALENTOS
ADAPTAR LA ATRACCIÓN DEL TALENTO AL TERRITORIO	R.U.:FAST STREAM Y PLACES FOR GROWTH. DESCENTRALIZAR LA FORMACIÓN
	FRANCIA: SUPRESIÓN ENA, REFUERZO DE ESCUELAS TERRITORIALES Y DISPOSITIVO TALENTOS

Fuente: Elaboración propia a partir de la normativa de dichas reformas

Pero además de mejorar esa capilaridad con el territorio, la Administración del Estado en los dos países pretende impulsar **la porosidad**, de manera que el sector público pueda beneficiarse del talento privado y, en su caso, que se active una mejor gestión intergubernamental del talento interno.

1. Respecto de lo primero, las dos Administraciones desean atraer talento con experiencia en los sectores más innovadores o en las nuevas funciones administrativas en que, como en las relativas a la gestión de datos o inteligencia artificial, no existen colectivos adecuados o no están suficientemente dotados en el ámbito público. Se abre la Administración al talento privado, pero se pretende que sea un camino de ida y vuelta que exigirá redefinir puestos, funcional y retributivamente, así como los procesos selectivos y la carrera.
2. Así como se abre la Administración a actores privados, también se potencia que los funcionarios puedan pasar parte de su vida activa en el sector privado. No se trata simplemente de dejarlos marchar y olvidarse, sino de cultivar el vínculo para que regresen con todo el caudal de experiencia y conocimiento útil para la Administración que hayan acopiado.
3. Y, en fin, también se trata de potenciar la movilidad inter-administrativa. Esto es planteado fundamentalmente por la reforma británica. Es importante que circule el talento entre Administraciones ya que mejora los re-

Figura 8: Mejora de la porosidad en las reformas francesa y británica de reforma de la función pública

MEDIDAS COMUNES	POR PAÍSES
APERTURA DE LA AFP A ACTORES PRIVADOS	EN AMBOS PAÍSES SE PRETENDE ATRAER TALENTO CON EXPERIENCIA EN SECTORES INNOVADORES O EN NUEVAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS (GESTIÓN DATOS, ETC.) SE TRATA DE UN CAMINO DE IDA Y VUELTA Y QUE EXIGE REDEFINIR PUESTOS, COMPETENCIAS, PROCESOS SELECTIVOS, CARRERA Y RETRIBUCIONES.
POTENCIAR QUE ALTOS FUNCIONARIOS PUEDAN TRABAJAR TEMPORALMENTE EN EL SECTOR PRIVADO	IDEM. IMPORTANTE LA GESTIÓN DEL VINCULO PARA INCORPORAR COMPETENCIA.
POTENCIAR LA MOVILIDAD INTER-ADMINISTRATIVA	SE TRATA DE FACILITAR QUE HAY CIRCULACIÓN DE TALENTO ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. ESTO LO PLANTEA ESPECIALMENTE LA REFORMA BRITÁNICA: SE DETECTA QUE MEJORAN LOS RESULTADOS, LA MOTIVACIÓN Y LA INTEGRACIÓN POLÍTICA. ENFATIZAR LAS ADSCRIPCIONES TEMPORALES.

Fuente: Elaboración propia a partir de la normativa de dichas reformas.

sultados, los valores intergubernamentales de los funcionarios, la motivación y, en suma, la integración política (Parry, 2004). Este un aspecto prácticamente inédito en España a pesar de que la normativa la permite.

c) La situación en España

Respecto de la situación de nuestro país en el marco de las reformas internacionales citadas, cabe decir que comparte el mismo punto de partida y, en cierto modo, los mismos problemas de extremo centralismo y sesgo socioeconómico de la alta función pública. Se están haciendo cosas similares, pero quizás con un vigor o alcance más reducido, quizás por las cuestiones que pasamos a desarrollar.

En primer lugar, el impulso de la reforma, a pesar de formar parte de documentos importantes, no ha sido asumido con claridad por las máximas autoridades políticas en ejercicio, incorporando también a las fuerzas políticas de la oposición, lo que sería muy conveniente para su consideración en tanto política de Estado. En Francia, por ejemplo, el Presidente la asumió en primera persona, y a pesar de las suspicacias iniciales, se preocupó por considerar los resultados del Debate Nacional (Débat National), de asistir a la Convención Ciudadana (Convention Citoyenne), y a las reuniones de cuadros del Estado (Conventions managériales de l'Etat) para explicar su visión, haciendo pedagogía del cambio. Además, se apoyó en el primer ministro y en la ministra del ramo para explicar detalladamente, con medios audiovisuales y epistolares, cómo iba afectar la reforma a los diferentes colectivos (altos/as funcionarios/as presentes, futuros/as, estudiantes de la ENA, etc.), pretendiendo informar y tranquilizar. También es importante, además de los cambios normativos, la creación de estructuras que piloten el cambio, que acompañan a los altos funcionarios a lo largo de su carrera y que permiten consolidar viveros de talento interno potencialmente movilizable dado el caso (función de la Delegación Interministerial para los cuadros del Estado-Délégation interministérielle à l'encadrement supérieur de l'État).

En segundo lugar, como se ha indicado en otro lugar, en los modelos citados se interpreta que la función pública es una institución de Estado, y que el acceso debe estar enmarcado en el respecto del principio del mérito. Lo que contrasta con el caso español, en que hay quien discute que estemos ante una institución de Estado dado el funcionamiento en silos de las Administraciones autonómicas y locales, y donde la aplicación del mérito (fuera de la AGE) es muy discutible, e incluso dentro de ella (la AGE) con debate sobre qué tipo de mérito se capta, y si es funcional para servir a la sociedad en la actualidad y en el futuro.

En tercer lugar, en España, siendo conscientes de los sesgos socioeconómicos y territoriales, se ha optado por abordar de manera más intensa otros tipos de

diversidad, en especial la de género y la discapacidad, aunque todavía haya camino que recorrer en ellas. Solo recientemente se está abordando la posibilidad de mejorar el sesgo socioeconómico con la dotación de centenares de becas para diversos cuerpos de la AGE, como se ha visto anteriormente. El sesgo territorial sigue preterido.

En cuarto lugar, en España no contamos con una función pública directiva digna de tal nombre, homologable a la que rige en la mayoría de los países de nuestro entorno, y contamos con una alta función pública cerrada y, en los puestos más altos, singularmente politizada.

También contamos en nuestro país con grandes hipotecas heredadas del pasado, como las representadas por las altísimas tasas de temporalidad y la necesidad de rejuvenecimiento de las plantillas, lo que plantea que la energía política se disgrega en otros propósitos que no siempre casan bien con la captación y gestión del talento y del mérito.

De las dos posibilidades para mitigar los sesgos territoriales de la extracción de la alta función pública, repartir por cuotas o generar acciones positivas que permitan preparar los procesos selectivos, las administraciones públicas han optado tímidamente por las segundas, pero vinculándolo al sesgo económico y a la necesidad de cubrir algunas plazas en el territorio (sobre todo en justicia). No hay una política general, como en Francia, donde además las clases preparatorias se dispersan por el territorio, contribuyendo a mitigar el citado sesgo territorial.

En lo que concierne al debate político, rara vez se considera la infra-representación territorial en la AGE de algunas sociedades autonómicas como un problema, dándose más importancia a donde su ubican las sedes de la Administración. Por otra parte, los partidos políticos, a tenor de sus programas electorales tampoco le conceden la importancia debida a este asunto.

Da fe del descuido permanente que la Administración pública sufre en nuestro país el hecho de que haya habido que esperar casi 17 años desde la aprobación del EBEP para conseguir una nueva ley de función pública de la AGE y que, una vez aprobada esta, las mejoras incluidas sean limitadas. La manera como fue aprobada, en una votación parlamentaria ajustada, su inclusión en una real decreto-ley ómnibus para cumplir con los compromisos contraidos con las autoridades comunitarias europeas, nos confirman que, en nuestro país, la función pública no se considera una institución de Estado en la práctica.

Respecto de los altos cuerpos, en general no se muestran especialmente propicios a modificar el modelo selectivo, más bien al contrario, y no ven problema en el origen geográfico de sus integrantes, salvo en el caso de los ACE y con matices.

Y finalmente, el debate académico está abierto. Faltan estudios empíricos actuales sobre casi todos los altos cuerpos de la AGE. Los planteamientos más

consociativos (o centrados en cuotas) no acaban de resolver cómo se correlacionan con la aplicación del principio de mérito, la doble lealtad (a la sociedad territorial de origen y a la del conjunto de España) y la independencia de la región de origen. Este sistema ha tenido más éxito, aunque sin resolver algunas contradicciones, en el ámbito de las organizaciones internacionales y de la Unión Europea, pero es discutible que pueda funcionar en nuestro país, por lo que debe avanzarse en el camino de las acciones positivas especialmente en lo referido al reclutamiento.

3. ¿Nuestros modelos de empleo público son adecuados a los nuevos tiempos y a las nuevas necesidades?

De antemano es necesario recalcar que el interés del asunto planteado, si el modelo de empleo público es adecuado, no es menor, ya que está en juego la legitimidad del sistema político de cara a los ciudadanos y, entre otras cosas, acompañar a que el país responda adecuadamente a los desafíos del momento presente y del futuro, al mismo tiempo que cumple las funciones «tradicionales» de garantizar los derechos ciudadanos y prestar la infraestructura para que los poderes públicos puedan operar.

Esta pregunta tiene dos vertientes: el análisis de lo que hacen o de los outputs que proceden de los modelos; y la consideración de los modelos en sí.

Respecto de lo primero, los resultados, cabe reconocer que si bien el modelo muestra fallas y deficiencias, estas no han sido lo suficientemente importantes (o no se han visualizado como tal) como para generar las condiciones de un cambio radical impulsado desde la política. Con frecuencia se enfatiza en los costes y en aspectos ligados a estereotipos de otras épocas, pero sin embargo, como se explicaba antes, no es el modelo de función pública algo en tela de juicio desde un punto de vista social, y menos aún desde la pandemia del Covid19, en que se configuró como un factor clave de resiliencia de nuestra sociedad. Los/as propios/as ciudadanos/as muestran mayor confianza en los servicios públicos cuando se focaliza la pregunta en colectivos concretos (médicos/as, ejército, policía, etc) que cuando se trata de la función pública en general o los servicios públicos más politizados. Del Pino Matute (2004) ya nos advirtió de esto cuando demostró que los/as ciudadanos/as que usan los servicios públicos son más burófilos/as que los/as que no lo hacen, ya que estos/as últimos/as se mueven en el terreno de los prejuicios y estereotipos cuando razonan sobre la Administración.

Pero eso dicho, hay rasgos que lo ponen en cuestión y que en definitiva lo sitúan en una situación difícil de cara a los próximos años. Veamos algunos de ellos.

En primer lugar, se trata de un modelo híbrido entre el de carrera y empleo, que se desdobla en diferentes niveles de gobierno y que además también debe guiar el acceso del personal en organismos públicos regidos por el derecho público y privado. También debe servir para personal de muy diverso signo de acuerdo con la política pública de que se trate, de manera que muy poco tienen que ver las necesidades de gestión del, por ejemplo, personal sanitario, con las propias del ejército (e incluso aquí podría diferenciarse entre el personal de tropa y marinería respecto de los mandos), etc. El desempeño que ha permitido el modelo ha sido razonable, teniendo en cuenta la complejidad de su propia estructura y de su aplicación.

En segundo lugar, se trata de un modelo que siendo de carrera o estatutario, ha querido introducir algunos elementos del modelo de empleo (por ejemplo, los puestos de trabajo), algo que en principio podría haber sido una buena idea pues podría haber facilitado una gestión más cercana a las funciones, actividades y tareas que realmente se debían realizar, pero que en la práctica no ha sido explotado adecuadamente. Es sabido que el modelo de carrera permite alcanzar posiciones estables en la organización e impulsa la memoria institucional y el concepto de contrato psicológico que une al funcionario con la Administración; mientras que el modelo de empleo, en principio es más flexible, adaptando la posición del trabajador a las necesidades presentes y futuras de la Administración y del puesto de trabajo que ocupa, y propiciando una gestión más descentralizada del empleo y basada en el desempeño. Desde la academia se había denunciado que el primer modelo, el de carrera, generaba rigidez y cierta desmotivación, en tanto que el segundo, el de empleo, abría las puertas a una gestión de mercado y al clientelismo. Pero se pensaba que se podría incorporar lo positivo de los dos, sin caer en los defectos, aunque no ha sido así.

En tercer lugar, aunque el modelo ha acompañado al desarrollo del país, comienza a mostrar fallas que, agregadas, lo cuestionan. Citemos algunas de ellas:

a) Está sometido a lo que podríamos llamar los 3 pilares de captura, de acuerdo con los colectivos que la propician: por una parte, la captura de parte de la organización por los políticos (sobre todo los puestos superiores de los ministerios); por otra, la captura de la organización por los altos cuerpos, que tienden a patrimonializar áreas funcionales; en tercer lugar, la captura sindical, más centrada en garantizar y potenciar *ad infinitum* los derechos de los empleados públicos (especialmente los económicos y de estabilidad en el empleo) que en la vocación de servicio público que entraña la Administración, y en cómo modernizar su funcionamiento. Ello se agrava además por la ausencia de una auténtica dirección pública profesional. Algunos autores además agregan la denominada «captura ju-

dicial», que alude a la capacidad que tienen los tribunales de justicia de intervenir de facto en la gestión del personal público a través de sus sentencias e interpretación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

b) La inexistencia de una auténtica dirección pública profesional y su sustitución por un sucedáneo que mezcla el corporativismo interno con la politización es una singularidad española y plantea una situación de claro subdesarrollo institucional respecto de países de nuestro entorno (Jiménez Asensio, 2023). Desgraciadamente, la redacción timorata de la nueva ley de función pública ha insistido en la fórmula de la corporativización a favor de los altos cuerpos, sin acabar con la politización del nombramiento y cese.
c) Desde la perspectiva de los posibles candidatos/as a formar parte de la Administración, es un modelo poco atractivo que forma parte más del pasado que del presente. Y que además no es representativo de la sociedad.
d) Desde la perspectiva de lo que se mide en el proceso de selección, las pruebas han contribuido durante decenios a mantener una función pública profesionalizada, aunque más volcada en el cumplimiento normativo y procedimental que en la resolución de los problemas ciudadanos. Ese mismo proceso, sin prácticamente reforma, se sigue usando en la actualidad y responde a una realidad social y administrativa pretérita; recluta y selecciona un cierto y restrictivo modo de talento que puede ser disfuncional, y que se aleja de lo que se espera en la actualidad de la Administración. Debería reinterpretarse qué significa «mérito y capacidad» en el modelo actual, lo mismo que la «igualdad», dados los sesgos percibidos.
e) El modelo es demasiado lento y estático, y está poseído por inercias endogámicas en el diseño de las pruebas y en el acceso a determinadas funciones; se requiere una mayor y mejor comunicabilidad para facilitar que personas con talento y experiencia en sectores innovadores clave puedan acceder (salvaguardando el interés público), y que altos/as funcionarios/as puedan realizar parte de su carrera en los sectores externos a la Administración. Esto, además de mejorar la gestión, serviría para mitigar el déficit de realidad con que, frecuente y paradójicamente, se trabaja en las Administraciones.
f) No forma parte del debate público serio y elaborado; no aparece en los programas electorales (o lo hace con un perfil bajo) ni habitualmente en los debates parlamentarios.

Todos estos factores permiten concluir que la Administración pública y su personal más que constituir una palanca para abordar positiva y constructivamente el cambio social, han devenido un factor de bloqueo de la sociedad a la que sirve, por lo que su reforma o transformación sigue siendo imprescindible.

Fuentes

Alvárez Alvárez, Julián (1980). *El origen geográfico de los funcionarios españoles*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.

Baena del Alcázar, Mariano (1988). *Curso de la Ciencia de la Administración*, Madrid, Tecnos.

Burns, James MacGregor (2007). *Transforming Leadership*, New York, Grove.

Crozier, Michel; Tilliette, Bruno (1996). *La crisis de la inteligencia. Ensayo sobre la incapacidad de las élites para reformarse*, Madrid, Boletín Oficial del Estado/ Instituto Nacional de Administración Pública.

Crozier, Michel (1984). *No se cambia la sociedad por decreto*, Alcalá de Henares, Instituto Nacional de Administración Pública.

Del Pino Matute, Eloísa (2004), *Los ciudadanos y el Estado. Las actitudes de los españoles hacia las administraciones y las políticas públicas*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.

Goleman, Daniel (2011). *Inteligencia emocional*, Barcelona, Kairós.

Goleman, Daniel; Boyatzis, Richard; McKee, Annie (2014). *El líder resonante crea más. El poder de la inteligencia emocional*, Barcelona, Debolsillo.

Heifetz, Ronald (1997). *Liderazgo sin respuestas fáciles. Propuestas para un nuevo diálogo social en tiempos difíciles*, Barcelona, Paidós.

Hersey, Paul H.; Blanchard, Kennth H.; Johnson, Dewey (2001). *Management of Organizational Behaviour. Leading Human Resources*, New Jersey, Prentice Hall.

Jiménez Asensio, Rafael (2023). «La institución de la función pública en España (1978-2023): estado de la cuestión y desafíos», en J.J. Rastrollo Suárez (coord.): *Retos y perspectivas de la función pública del futuro: una revisión en Europa e Iberoamérica*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.

Merton, Robert K. (1964). «La estructura burocrática y la personalidad», en *Teoría y estructuras sociales*, México, Fondo de cultura económica.

Parry, Richard (2004). «The civil service and intergovernmental relations», *Public Policy and Administration,* 19(2).

Putnam, Robert D. (1976). *The Comparative Study of Political Elites,* Englewook Cliffs, Prentice-Hall.

Putnam, Robert D.; Leonardi, Robert; Nanetti, Raffaella Y. (1994). *Making democracy work. Civic traditions in modern Italy*, Princeton, Princeton University Press.

Ruano de la Fuente, José M. (dir.); Crespo González, Jorge; Polo Villar, César (2014). *Los funcionarios ante el espejo. Análisis del ciclo de selección de personal en la Administración General del Estado*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.

Vandergriff, Donald; Webber, Stephen (ed.) (2017). *Mission Command: The Who, What, Where, When and Why. An Anthology*, Scotts Valley, CreateSpace Independent Publishing Platform.

Walumbwa, Fred O.; Avolio, Bruce J.; Gardner, William L.; Wernsing, Tara S.; Peterson, Suzanne J. (2008). «Authentic Leadership: Development and Validation of a Theory-Based Measure», *Journal of Management*,34(1).

UNA ADMINISTRACIÓN PROFESIONAL COMO FUNDAMENTO DE UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA Y COHESIONADA

Carmen Blanco Gaztañaga
Funcionaria del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado

1. Introducción

Nos enfrentaremos en los próximos años a un escenario de incertidumbre máxima en la que los valores y principios del mundo post-1945, que han permitido alcanzar los mayores niveles conocidos de prosperidad y desarrollo en Europa, van a ser cuestionados.

Amenazas como la creciente inestabilidad geopolítica junto con retos como el impacto de la inteligencia artificial que va a revolucionar el esquema de trabajo existente desde la Revolución Industrial o el choque intergeneracional con la llegada al mercado laboral de jóvenes con esquemas radicalmente diferentes a los de las generaciones precedentes, van a suponer un test de estrés para los Estados y, por extensión, para la Administración.

Efectivamente, la Administración actual, con sus debilidades y fortalezas, responde a las exigencias de las sociedades de la segunda mitad del siglo xx y del fin del segundo milenio: prestar servicios públicos de calidad a una sociedad cohesionada y en creciente progreso. Las próximas décadas darán lugar a sociedades más heterogéneas, en las que los consensos existentes se cuestionarán, aumentará la polarización y el radicalismo y es posible que el progreso en Europa, que gran parte de la sociedad ha considerado eterno, sea sustituido por un declive paulatino frente a nuevas potencias económicas más dinámicas.

En este contexto tan incierto, la existencia de una Administración profesional ya no será, por sí sola, una garantía de éxito, pues es posible que el desafío al que nos enfrentemos altere los cimientos de nuestra realidad. Como han señalado Manville y Ober (2023), una democracia sólo perdura si, y solo si, sus ciudadanos mantienen un acuerdo (bargain) cívico flexible y adaptativo que garantice

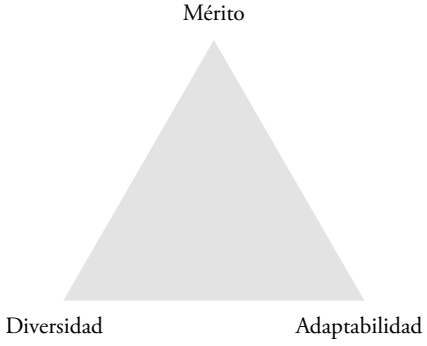
la seguridad, el bienestar y el autogobierno. Este acuerdo no puede ser juego de suma cero, sino que debe suponer para todas las partes una ganancia, si bien no absoluta, pero sí suficiente, de manera que compense el coste de oponerse. Para ello, debe adaptarse a los cambios en la sociedad, siendo tan importante como el ordenamiento jurídico que lo consagra, el consenso social que lo sustenta.

Un país que cuente con una Administración bien organizada con profesionales cualificados, neutrales e íntegros va tener que realizar un esfuerzo considerable para ajustar este esquema a la nueva realidad añadiendo a estas notas las nuevas exigencias de **diversidad** y **adaptabilidad**.

Las sociedades complejas de mediados del siglo XXI demandarán que la Administración sea tan diversa como lo es su realidad, tan diversa como el vagón de metro de cualquier gran ciudad. Esto lo han entendido los dirigentes de países como Canadá, Francia o Reino Unido en los que están impulsando activamente políticas de diversidad en el sector público, no exentas de dificultades.

Además, es preciso que, en este momento de cambio constante, la función pública potencie la capacidad de adaptación. El desarrollo de la inteligencia artificial, apenas embrionario, va a suponer una alteración radical de nuestra sociedad y del papel del Gobierno y de la Administración. Adaptarse a este contexto, extrayendo los beneficios y disminuyendo, en la medida de lo posible, los efectos negativos, será básico para que el Estado continúe desarrollando su papel vertebrador.

Este es el objeto del presente artículo: responder a la difícil y a veces incómoda pregunta siguiente: ¿cómo lograr una Administración que sea a la vez profesional, diversa y adaptable? La respuesta gráfica sería un triángulo equilátero en el que todos los ángulos y todos los lados fueran iguales, de manera que un principio no contrarrestara los efectos de otro.



Desgraciadamente la ciencia de la Administración no es una ciencia exacta sino una ciencia social y es más sencillo representar el triángulo que llevarlo a la

práctica. La meritocracia es la garantía primera de una Administración neutral y no politizada, que sirva a los ciudadanos, titulares de la soberanía, y no al poder político. Por tanto, es básico mantenerla y profundizar en ella.

Sin embargo, la implementación de una selección meritocrática, que insisto es absolutamente irrenunciable, no siempre es fácilmente conciliable con una Administración diversa en la que los cuadros directivos sean reflejo de la heterogeneidad de las sociedades actuales.

Igualmente, la Administración del futuro (y del presente) debe contar con estructuras adaptables que respondan con agilidad a demandas nuevas e imprevistas. La dificultad en una respuesta ágil en determinados servicios públicos ante la pandemia es un claro ejemplo de cómo la Administración española no tiene el nivel de adaptabilidad que requerirá la sociedad en los próximos años.

A continuación analizaremos cada uno de los tres lados de este triángulo equilátero en la perspectiva comparada y cómo se ha recogido en el Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. En su Exposición de motivos esta reforma se justifica por distintas razones en las que podemos encontrar referencias los tres principios: mérito, diversidad y capacidad de adaptación.

Así, respecto a la capacidad de adaptación recoge que «La Administración del Estado debe favorecer un empleo público de calidad, estable, flexible, innovador y que promueva de manera efectiva la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres, que sea capaz de dar respuesta a las complejas demandas de la sociedad actual y de **adaptarse** de forma acelerada a los retos de la revolución tecnológica, asegurando una sustitución ordenada del conocimiento (…). Esta norma parte de la base de que nuestro país precisa en los próximos años de una función pública competente y eficaz para mantener la confianza de la ciudadanía en las Administraciones Públicas. Además, considerando al personal empleado público como la punta de lanza de cualquier avance en la Administración contemporánea, la función pública ha de ser proactiva e innovadora, implicada en cualquier proceso de cambio y en continuo aprendizaje.

En cuanto al principio de mérito, «La necesidad de abordar en nuestro país una reforma de la Administración y del empleo público constituye un compromiso contemplado en el componente 11 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que tiene como objetivos la revitalización de los instrumentos de planificación, ordenación y gestión de los recursos humanos, la garantía de la efectividad de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, así como la transparencia y agilidad de los procesos selectivos, la regulación de la evaluación del rendimiento con arreglo a un marco basado en las competencias, en particular para las nuevas incorporaciones y el desarrollo de la

figura del personal directivo público profesional, elemento clave en la concepción de una Administración Pública orientada a la planificación, evaluación y control de las políticas públicas».

Por último, respecto a la diversidad, que «al mismo tiempo, la función pública **ha de ser inclusiva y plural, reflejo de la diversidad de la sociedad a la que sirve y representa**».

2. Una Administración profesional

a) El principio del mérito, clave de bóveda de la Administración profesional

Un Estado democrático, en el que el poder esté al servicio de la ciudadanía, requiere una Administración neutral, no partidista y profesional, dotada de personal seleccionado por su competencia. De esta manera se asegura que ofrecerán un asesoramiento independiente a los políticos. Interesantes artículos académicos han mostrado la correlación entre una Administración profesional y el incremento de la confianza de los ciudadanos en las instituciones (Charron, Dahlström y Lapuente, 2016). De igual manera, el riesgo de corrupción es menor en aquellos sistemas en los que la carrera de los directivos públicos no depende de los políticos, sino de criterios profesionales (Charron, Dahlström, Fazekas y Lapuente, 2017). En los países con una Administración meritocrática hay mayores probabilidades de estabilidad democrática, frente a aquellos países en los que el poder político, sin este contrapeso de una función pública neutral, puede adoptar medidas para permanecer en el poder que beneficien únicamente a un determinado grupo y no al conjunto de la sociedad (Cornell y Lapuente, 2014). Por tanto, una Administración profesional es una garantía para nuestra democracia, de igual manera que la politización y degradación de la función pública es una vía para socavar los cimentos de la sociedad.

Como ha señalado la OCDE, una función pública profesional y políticamente neutral asegura un alto grado de competencia, integridad y continuidad en el servicio público. Simultáneamente, sin el adecuado nivel de transparencia y exigencia de responsabilidad (accountability), la existencia de nombramientos con influencia política puede derivar en favoritismos y menoscabar la profesionalidad de la función pública, que, en último término, si se prima la confianza frente a la competencia, pueden socavar la eficacia al dificultar la selección de los mejores y contribuir a la pérdida de la confianza en las instituciones.

En este sentido, la Recomendación de 2017 del Consejo de la OCDE sobre integridad pública identifica como un riesgo para la integridad pública la captura

de las políticas públicas por intereses particulares, cuando estas son adoptadas sin tener en cuenta el interés general, lo que puede exacerbar las desigualdades y menoscabar los valores democráticos, el crecimiento económico y la confianza en el gobierno.

Entre los instrumentos para asegurar la integridad, en la Recomendación se incluye promover un sector público profesional basado en la meritocracia, consagrado a los valores y a la buena gobernanza del servicio público, en concreto garantizando:

a) la gestión de los recursos humanos donde se apliquen sistemáticamente principios básicos, como el mérito y la transparencia, que contribuyan a promover el profesionalismo del servicio público, evitar el favoritismo y el nepotismo, que proteja contra las injerencias políticas improcedentes y que atenúe los riesgos del abuso de poder y las conductas indebidas;
b) un sistema de contratación, selección y promoción justo y abierto, basado en criterios objetivos y en un procedimiento formalizado, y un sistema de evaluación que fomente la responsabilidad y la ética del servicio público.

No obstante, tener una Administración profesional con directivos profesionales y competentes no es suficiente si no se cuenta con un entorno que facilite la excelencia y la innovación (Gerson, 2020). Directivos públicos competentes no tendrán éxito ni podrán desarrollar eficazmente su labor si el marco jurídico es rígido e inflexible. Acabarán desalentados y el cambio y la modernización no se producirá.

En este punto, convendría una reflexión profunda sobre el elevado coste personal que están asumiendo en la Administración española los gestores públicos, que deben dar respuesta a las necesidades públicas con una normativa de contratación pública compleja y una exigencia de responsabilidad personal por alcance. La dificultad en la cobertura de los puestos de gestión y la huida hacia puestos staff, sin funciones de gestión directa y con iguales o superiores retribuciones, es reflejo de esta situación, cuyas consecuencias se observarán en el largo plazo.

b) La Administración profesional en el Real Decreto Ley 6/2023

El directivo público profesional es la esencia de una Administración profesional. El nuevo Real Decreto Ley ha abordado por fin esta materia, pendiente desde 2007. Sin embargo, el resultado puede parecer una oportunidad perdida al no haberse incluido dentro de la dirección pública al menos a los directores generales

y circunscribiendo en la función directiva profesional únicamente a las subdirecciones generales. La inclusión de las direcciones generales hubiera supuesto un salto cualitativo en la profesionalización de la Administración española.

Igualmente, la posibilidad de contratos de alta dirección, en vez de funcionarios de carrera, debería quedar más claramente acotada a determinadas (que no todas) entidades del sector público institucional, siendo excesivamente vaga su referencia, lo cual puede dar lugar a interpretaciones extensivas.

En el nuevo marco, la profesionalización de la función directiva se intenta lograr mediante dos medidas: (i) la prohibición de la cobertura provisional de los puestos y su cobertura mediante convocatoria pública y la publicación de la justificación por escrito de la idoneidad de la persona candidata, requisito que ya venía exigiendo la jurisprudencia con mayor frecuencia; (ii) la creación de un repertorio de personal directivo en el que conste para cada puesto de trabajo, el perfil requerido para su desempeño, referenciando los requerimientos e competencias y cualificaciones profesionales. Ambas son medidas muy interesantes que pueden contribuir a la profesionalización de la función directiva.

No obstante, hay un elemento que, a primera vista no es evidente, y sin embargo puede hacer peligrar la totalidad de la reforma. El artículo 127.3g) del Real Decreto-Ley permite el cese por pérdida de confianza. Aunque según el texto parece que este supuesto es excepcional, su inclusión es reflejo, quizá subconsciente, del descarnado hecho que el legislador considera que el directivo público debe ser una persona de confianza. ¿Confianza de quién? Del alto cargo del que depende, me temo. Como gestora pública entiendo (y comparto) que puede haber circunstancias en las que es necesario el cambio en una Subdirección porque no funciona o para dar un nuevo impulso, no obstante, la utilización del término «pérdida de confianza» debería alertarnos, los cambios deben producirse porque las unidades no funcionan o porque es precisa iniciar nuevas líneas de actuación que exijan otros perfiles, pero no por pérdida de la confianza.

En este punto, conviene recordar que, según un estudio de la OCDE, del que procede la tabla que reproduce a continuación, España es, después de Turquía, el país de esta organización en el que más cambios se producen en la dirección pública tras el cambio de Gobierno. Como se puede comprobar analizando el BOE, en España estos cambios no se circunscriben a los cambios de color político sino que son muy frecuentes con los cambios de titular ministerial dentro del mismo Gobierno.

Es muy posible que los tribunales de justicia, cada más exigentes con la Administración en el control de la discrecionalidad de nombramientos y ceses, limiten el uso de este apartado. Aun así, pudiera parecer una oportunidad desaprovechada para asegurar la plena profesionalización de la dirección pública.

6.7. Staff turnover with a change of government, 2016

	Advisors to the ministry's leadership	Senior management		Middle management	
		D1	D2	D3	D4
Australia	■	⊛	❍	❍	❍
Austria	■	❍	❍	❍	❍
Belgium	●	❍	❍	❍	❍
Canada	❍	❍	❍	❍	❍
Chile	●	●	●	■	■
Czech Republic	●	⊛	❍	⊛	⊛
Denmark	●	❍	❍	❍	❍
Estonia	■	❍	❍	❍	❍
Finland	●	❍	❍	❍	❍
France	●	⊛	❍	❍	❍
Germany	❍	⊛	❍	❍	❍
Greece	●	⊛	⊛	⊛	⊛
Hungary	●	●	■	⊛	⊛
Iceland	●	❍	❍	❍	❍
Ireland	●	❍	❍	❍	❍
Israel	■	■	⊛	❍	❍
Italy	●	■	❍	❍	❍
Japan	❍	❍	❍	❍	❍
Korea	●	■	⊛	❍	❍
Latvia	●	⊛	⊛	❍	❍
Luxembourg	❍	❍	❍	❍	❍
Mexico	⊛	⊛	⊛	⊛	⊛
Netherlands	❍	❍	❍	❍	❍
New Zealand	❍	❍	❍	❍	❍
Norway	❍	❍	❍	❍	❍
Poland	●	■	⊛	⊛	❍
Portugal	●	❍	❍	❍	❍
Slovak Republic	●	●	■	⊛	⊛
Slovenia	■	⊛	❍	❍	❍
Spain	●	●	●	⊛	❍
Sweden	●	❍	❍	❍	❍
Switzerland	⊛	⊛	❍	❍	❍
Turkey	●	●	●	■	⊛
United Kingdom	●	❍	❍	❍	❍
United States	●	❍	❍	❍	❍
Total OECD					
All (95-100%) ●	21	6	3	0	0
Many (50-94%) ■	5	3	2	2	1
Some (5-49%) ⊛	2	9	6	8	6
None (0-5%) ❍	7	17	24	25	28

Fuente: OCDE, Government at a Glance 2017

No obstante, hay que subrayar que la profesionalización de la Administración es consecuencia de una sociedad exigente con el poder político. La mejor norma no sirve para garantizarla si su aplicación es únicamente formal (Acemoglu y Robinson, 2019). Por tanto, su consolidación dependerá más de la práctica responsable que de la normativa. Medidas como la publicación de los curricula

de los directivos públicos, ya aplicadas para los altos cargos, podrían contribuir a la profesionalización de la Administración, siempre que exista una sociedad vigilante y exigente, que es al fin y al cabo el único medio para controlar el abuso.

Existe en el Real Decreto Ley otra medida cuya generalización comporta un grave riesgo a la profesionalización de la Administración. Se encuentra en el artículo 114 y es la previsión de las bolsas de interinos con aquellos aspirantes que no han superado la oposición. Siendo la temporalidad uno de los grandes problemas de la Administración española, no se comparte que se normalice. La temporalidad no tiene efectos positivos para la calidad del empleo público y erosiona su profesionalidad. No es positiva tampoco para los propios funcionarios interinos que mantienen condiciones precarias que les dificultan el acceso a la vivienda e incluso a la maternidad. Por tanto, sería mucho más positivo planificar adecuadamente planificación y establecer unos sistemas ágiles que permitieran a la Administración contar con los funcionarios adecuados en el momento que los necesita, sin acudir a la fórmula de interinos.

Si analizamos los datos de la Encuesta de Población Activa del INE (tercer trimestre de 2023), se entiende aún menos que no se adopten medidas drásticas frente a la temporalidad y más si se tiene en cuenta que: (i) existe una gran brecha de género, de manera que la temporalidad en el empleo público afecta sobre todo a mujeres; (ii) el diferencial con el sector privado se ha multiplicado. No puede ser que la Administración fomente medidas para eliminar la precariedad en el empleo en la economía y luego ella, al actuar como empleadora, mantenga altísimas tasas de temporalidad. Ni tampoco es aceptable una situación en la que las mujeres tienen una tasa de temporalidad 11 puntos superior a los hombres, siendo la brecha en el sector público mucho mayor que en el sector privado. Es una situación que sencillamente es inasumible y cuestiona la posibilidad misma de una Administración profesional y meritocrática.

Comparación temporalidad empleo público/ empleo privado

Sector	Tipo de relación	Total	Hombres	Mujeres
Sector público	Indefinida	70,2	76,7	65,5
Sector público	Temporal	29,8	23,3	34,5
Sector privado	Indefinida	85,8	86,5	80
Sector privado	Temporal	14,2	13,6	20

Fuente: elaboración propia con los datos de la Encuesta de población activa 3 trimestre 2020, INE

En el Real Decreto Ley se incluyen aspectos muy positivos para la mejora de la Administración como son la evaluación del desempeño y la carrera horizontal.

Ambos elementos pueden contribuir a una Administración más profesional, moderna y con profesionales motivados que rindan cuentas y estén implicados en su trabajo.

3. Una Administración diversa

a) La diversidad exigida

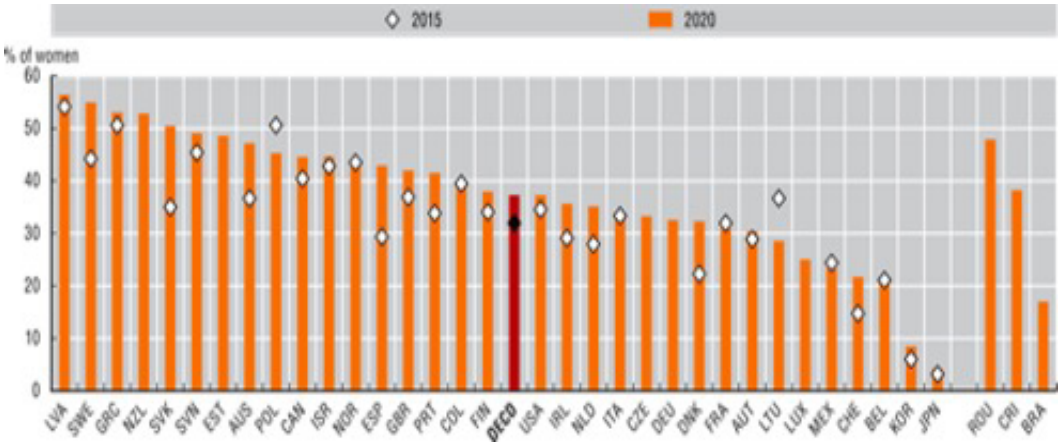
La sociedad actual es diversa. La incorporación plena de la mujer al mundo laboral, la integración de segundas y terceras generaciones de inmigrantes y el nuevo enfoque respecto a personas con discapacidad son elementos muy dispares entre sí, pero que muestran que la sociedad es más variada y heterogénea que en épocas anteriores. Y en ese contexto son numerosas voces que señalan que la dirección pública también debe ser reflejo de esa diversidad. Además, la riqueza y variedad en la dirección pública favorece tener en cuenta perspectivas diferentes en el diseño de políticas públicas, lo que suele redundar en mayor eficiencia.

Para lograr esta diversidad conviene analizar objetivamente y sin apriorismos las causas que pueden dificultarla. No debiera ser una novedad para la Administración española, pues el artículo 9.2 de nuestra Constitución ya obliga a los poderes públicos a promover que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sea real y efectiva y a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en ella vida política, económica, cultural y social.

En lo que se refiere a la participación de las mujeres en los puestos directivos de la Administración, se observa una evolución muy positiva, con una tendencia creciente al incremento de mujeres en puestos directivos. Es normal que, siendo la presencia de mujeres en las oposiciones mayoritaria en muchos altos cuerpos, su presencia en puestos directivos crezca. Además, la racionalización de los horarios, el teletrabajo y la corresponsabilidad parental han contribuido a la disminución de la brecha de género, si bien aún queda camino y zonas de mejora.

En el caso de inmigrantes de segunda y tercera generación y personas de extracción social humilde, el mejor instrumento para asegurar la igualdad en el acceso a la función pública es una enseñanza pública de calidad.

Mientras sea muy complejo que únicamente con los conocimientos de idiomas adquiridos en el instituto y la universidad pública se puedan aprobar las oposiciones al cuerpo diplomático, continuarán existiendo barreras de acceso. Y puesto que el requisito de dominio de lenguas es absolutamente imprescindible en el cuerpo diplomático, para lograr la diversidad habrá que facilitar y promover que el dominio de las lenguas sea accesible para los estudiantes, con independen-



Fuente: OCDE, Government at a glance 2021

cia de su origen socio-económico. Este ejemplo, especialmente clarificador, es extrapolable a otros altos cuerpos.

Por ello, lo primero que hay que analizar son los resultados de nuestro sistema educativo, con las debilidades que el informe Pisa está mostrando.

Según los resultados del informe Pisa, el número de alumnos excelentes es menor en España que en otros países de la OCDE en las tres materias analizadas: matemáticas, lengua y ciencias. Esto perjudica especialmente a los alumnos potencialmente brillantes de entornos desfavorecidos, a los que no estamos dando la oportunidad de desarrollar todo su potencial. Y cobra especial importancia ahora que los hijos de los inmigrantes que llegaron en los años 2000, con el boom de la migración en España, están comenzando a acceder al mercado laboral.

A lo largo de este artículo estamos empleando la noción de meritocracia a sabiendas de que este término está siendo cuestionado en algunos ámbitos por ser asimilado a elitismo. No obstante, la meritocracia, entendiendo por tal la selección de los mejores, no debiera ser elitista si el sistema educativo es de calidad, porque todas las personas, con independencia de su situación social, tendrán acceso a una educación completa que les permitirá, con base en una selección objetiva y por méritos, acceder a la Administración. De hecho, el sistema de oposiciones, en el que la selección se realiza a través de exámenes, debería ser en principio más favorable a la selección objetiva en ocasiones que la selección en el sector privado, en la que las entrevistas pueden conllevar una mayor discrecionalidad. Por tanto, mejorar la educación es la mejor manera de lograr la igualdad de oportunidades.

Asimismo, el establecimiento de becas ayuda de manera clara a fomentar una Administración diversa y a la vez meritocrática.

b) Una Administración diversa en el Real Decreto Ley 6/2023

Como se ha señalado en la introducción, la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley introduce el principio de diversidad como orientación en la selección y entre los principios que deben regir el acceso se encuentra la accesibilidad, garantizando la igualdad de oportunidades y la promoción de la igualdad de acceso con independencia de la situación socioeconómica.

La nueva norma profundiza y amplía los derechos de las personas con discapacidad, ampliando las plazas que deben reservarse al turno de discapacidad a un 10 %; de ellas, un 2 % a personas con discapacidad intelectual. Debe señalarse que el turno de discapacidad ha sido valorado como una buena práctica por la OCDE. No obstante, convendría analizar en detalle el número de vacantes que quedan en este turno y las dificultades reales a las que se enfrentan los aspirantes con una discapacidad. Estas dificultades no son exclusivas del sector público, pues como muestra el INE la diferencia en la ocupación entre personas con o sin discapacidad es aún enorme, 42,7 puntos inferior a la de la población sin discapacidad[1].

También prevé otras medidas para remover los obstáculos que pueden dificultar el acceso al empleo público por razones socioeconómicas, como son la territorialización de las pruebas.

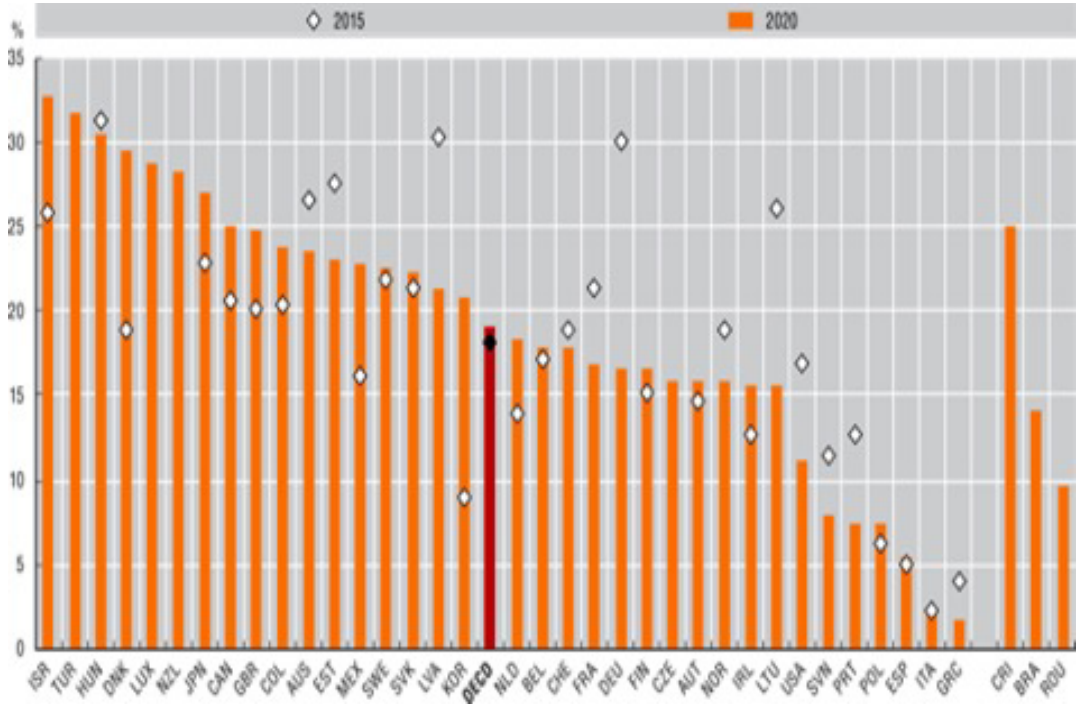
No se contemplan otras medidas que ya están implantándose y que podrían haberse consagrado en este Real Decreto Ley, como son las becas, instrumento que facilita el acceso al empleo público para quien no cuenta con medios económicos.

Tampoco (si bien es más propio de un plan de actuación que de una norma con rango de ley) se contempla ni la mejor coordinación con las Universidades, de manera que las competencias exigidas por la Administración fueran adquiridas ya durante la educación universitaria, ni un papel más proactivo del INAP, ofreciendo la formación exigida a los opositores (bien a través de formación virtual on line, gratuita, bien a través de temarios accesibles en la propia web).

No se entiende fácilmente que después de cursar carreras universitarias más largas que en el resto de países de la Unión Europea, los jóvenes deban dedicar 2, 3 o 4 años a preparar el acceso a los altos cuerpos. Esto muestra que la formación universitaria no dota de las competencias necesarias o al menos exigidas por la Administración. Por ello, conviene una mayor interrelación con el ámbito universitario para favorecer que los conocimientos y competencias que vayan a ser exigidos se trabajen en los años universitarios. La figura de masters conjuntos pudiera ser interesante a estos efectos. Esta cuestión no es baladí, pues la necesi-

[1] INE, El Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD) — Año 2022.

dad de estar de 2 a 4 años tras los estudios universitarios es una barrera de entrada a la Administración y, además, hace que la presencia de jóvenes en la Administración española sea mucho más reducida que en otros países de nuestro entorno.



Fuente: OCDE, Government at a glance 2021

4. Una Administración con capacidad de adaptación

a) Adaptarse o desaparecer

Aún no tenemos la perspectiva histórica suficiente para saber si la nueva Edad comenzó tras el 11 de septiembre, la crisis de 2007 o la pandemia, pero lo que está claro es que el mundo de las próximas décadas poco tendrá que ver con la estabilidad de los años que nos precedieron.

La inteligencia artificial va a configurar un entorno que apenas se empieza a vislumbrar y, a diferencia de procesos anteriores, los puestos de trabajo más afectados van a ser los cualificados (Eloundou, Manning, Mishkin y Rock, 2023). Según los datos (analizados en Estados Unidos pero que con las peculiaridades necesarias se pueden extrapolar) en el 19 % de las ocupaciones el impacto de la

inteligencia artificial afecta al menos al 50 % de las tareas, siendo más afectados aquellos para los que se requiere un grado o máster.

La Administración seguirá requiriendo profesionales cualificados, eso es seguro, pero quizá conviene preguntarse si tiene sentido seguir valorando competencias que la inteligencia artificial va a asegurar y facilitar o no se debería primar la capacidad de análisis, de adaptación y de innovación en la selección. Mantener los procesos selectivos inmutables desde los años 60 del siglo XX tiene tan poco sentido como si se hubiera seleccionado a los integrantes de las operaciones espaciales a través de pruebas de conducción de carromatos.

Además, los cambios se están produciendo a velocidad vertiginosa y la Administración debe responder a la mayor celeridad para garantizar que nadie se quede atrás y que los cimientos de la sociedad no se erosionan. Para ello, debe ser más ágil.

En un documento de la OCDE sobre empleo y gestión pública de 2023 ha señalado que un servicio público que otorgue un valor relevante a las competencias y a las softskills está mejor preparado para afrontar los problemas modernos y las crisis. En este mismo sentido, recomienda concebir la función pública como un conjunto de capacidades, más que como roles fijos y primar la formación continua y la flexibilidad.

Parece que hay consenso en que la Administración española carece de la necesaria flexibilidad. La influencia del código napoleónico y del derecho administrativo continental ha configurado una cultura administrativa excesivamente rígida. Ahora bien, hasta que no se garantice la plena neutralidad y profesionalidad de la Administración, cualquier elemento que promueva la flexibilidad en la Administración y en especial en la selección inicial y en el nombramiento de directivos corre el riesgo de que se pervierta y convierta en un elemento de desprofesionalización y politización, lo que no debería nunca suceder, ni aceptarse. Esto no pasa en los países nórdicos y anglosajones, con una sociedad exigente frente al poder político. Y no debiéramos tolerarlo tampoco en España.

b) ¿La capacidad de adaptación en el Real Decreto Ley 6/2023?

No quisiera parecer excesivamente pesimista pero en relación con la capacidad de adaptación la nueva norma es claramente inmovilista. No puede ser que la Administración del futuro vaya a seguir pivotando sobre las relaciones de puestos de trabajo, instrumentos rígidos que dificultan que la Administración responda con agilidad a nuevas necesidades, además de favorecer los silos y la compartimentalización. No hay mejor comprobación de este fracaso que el tiempo y las energías perdidos que conlleva cada reorganización ministerial. Como hemos

visto, la OCDE recomienda organizar la Administración sobre capacidades, más que roles fijos e inmutables.

La Administración del futuro debe tener estructuras ágiles, modulares, flexibles y cambiantes. Se debe poder trabajar por proyectos, con un organigrama menos jerárquico y con fronteras porosas que permitan asignar rápidamente a las personas en aquellas áreas en las que son necesarias en cada momento o en varias áreas simultáneamente. De hecho, en el mundo de la inteligencia artificial y de la automatización masiva de procesos, el propio concepto de puesto de trabajo será una reminiscencia del pasado. Nos adentramos en un entorno desconocido, cambiante y extremadamente competitivo. En este nuevo tiempo que viene, sustentar la planificación de la Administración en las relaciones de puestos de trabajo es tan obsoleto (y quizá romántico) como la utilización de la caballería por los lanceros polacos frente a los tanques.

5. Conclusión

La necesidad de mejora de los servicios públicos no es una opción. Según los datos de la encuesta sobre calidad de los servicios públicos de 2023 del CIS, el 52,9 % de los encuestados están poco o nada satisfechos con el funcionamiento de los servicios públicos, el 63 % considera que en los últimos años la Administración ha empeorado en el tiempo para resolver gestiones y el 55 % en la sencillez de los procedimientos, si bien, como nota positiva, el 43,7 % considera que ha mejorado en la profesionalidad del personal.

La Administración española tiene algunos puntos fuertes que deben salvaguardarse: la posibilidad de presentarse a un examen en el que la selección sea objetiva es uno de ellos. Simultáneamente, hemos visto la importancia de una Administración meritocrática como garantía de una sociedad democrática y límite a la corrupción.

Asimismo, hay debilidades que no se han resuelto: el riesgo para la neutralidad, la falta de consolidación de la plena profesionalización de la función directiva y la elevadísima tasa de temporalidad, junto con la pervivencia de un marco rígido, poco flexible, que no favorece la innovación.

En los próximos años, para mantener la confianza de los ciudadanos en la Administración será necesario que esta sea profesional, represente a la sociedad y sea flexible, de manera que pueda prestar servicios de calidad a una sociedad compleja que se enfrentará a retos de gran magnitud.

El inmovilismo no es la solución. No podemos dar la misma respuesta que hace 40 años cuando el contexto es radicalmente distinto. La clave de la supervivencia es la adaptación. Para que la Administración perdure es necesario que se

adapte a las nuevas exigencias, que revisemos los términos del *civic bargain* y ofrezcamos a los ciudadanos una respuesta adecuada a la exigencias de los nuevos tiempos, solo así cumpliremos el mandato constitucional del artículo 103 de servir con objetividad y eficacia a los intereses generales.

Bibliografía

Acemoglu, Daron; Robinson, James (2019). *El pasillo estrecho. Estados, sociedades y cómo alcanzar la libertad*, Barcelona, Deusto.

Charron, Nicholas; Dahlström, Carl; Lapuente, Víctor (2016). «Measuring Meritocracy in the Public Sector in Europe: a New National and Sub-National Indicator», *European Journal on Criminal Policy and Research*, 22.

Charron, Nicholas; Dahlström, Carl; Fazekas, Mihaly; Lapuente, Víctor (2017). «Careers, Connections, and Corruption Risks: Investigating the Impact of Bureaucratic Meritocracy on Public Procurement Processes», *The Journal of Politics*, 79(1).

Cornell, Agnes; Lapuente, Víctor (2014). «Meritocratic administration and democratic stability», Democratization, 21(7).

Eloundou, Tyna; Manning, Sam; Mishkin, Pamela; Rock Daniel (2023). «GPTs are GPTs: An Early Look at the Labor Market Impact Potential of Large Language Models», Workin Paper.

Gerson, Daniel (2020). «Leadership for a high performing civil service: Towards senior civil service systems in OECD countries», OECD Working Papers on Public Governance, No. 40.

Manville, Brook; OBER, Josiah (2023). *The civic bargain. How democracy survives*, Princeton, Princeton University Press.

¿NUESTROS MODELOS DE EMPLEO PÚBLICO SON ADECUADOS A LOS NUEVOS TIEMPOS Y LAS NUEVAS NECESIDADES?

Mikel Gorriti Bontigui
Exresponsable de Recursos Humanos. Dirección de Función Pública. Gobierno Vasco

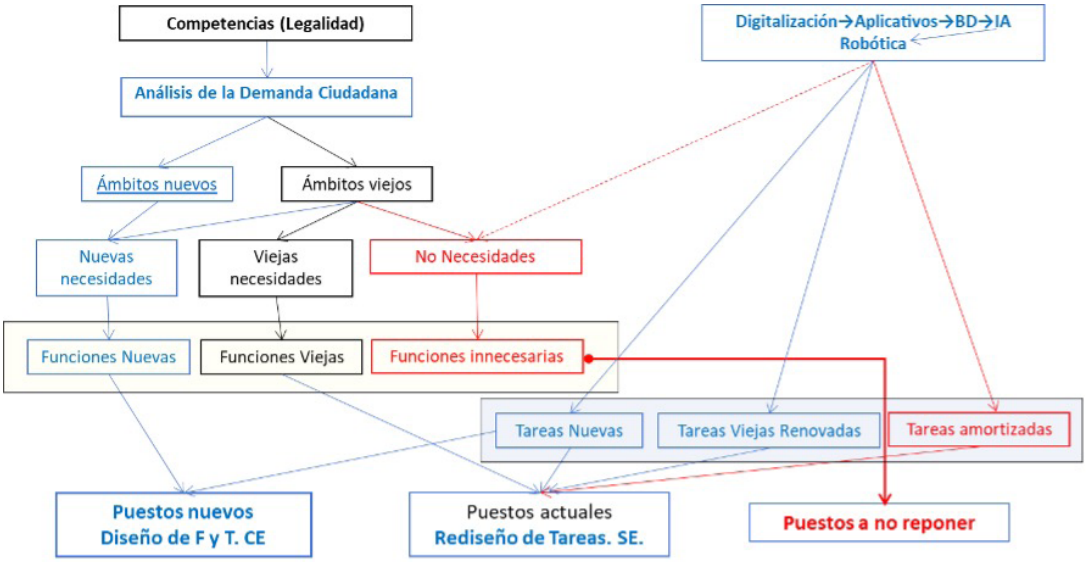
Introducción

Contesto esta pregunta genéricamente como síntesis global: no son adecuados. Y no lo son tanto por errores debidos a la propia administración como por la complejidad de la sociedad y por los cambios que ella misma está generando en relación con la tecnología, las dinámicas sociales, la demografía y, a mi juicio, una crisis de la axiología pública. O sea, la parte propositiva que se nos pide en este seminario no puede referirse solo a las administraciones públicas sino también a la política, traductora de la complejidad referida en proyectos asumibles por ellas. Lo que hoy y aquí digamos no tendrá valor si no es acompañado por decisiones políticas que rompan el statu quo y quienes las tomen, probablemente, arriesguen su reelección.

Seguidamente expongo los que a mi juicio son los factores más inmediatos que afectan a las administraciones públicas en España en este principio del siglo xxi y unos criterios y métodos sobre cómo orientar sus soluciones.

Gestión planificada de vacantes

En sentido genérico la gestión planificada de vacantes (GPV) pretende responder a tres preguntas para el escenario de jubilaciones masivas previsto en los próximos años (Gorriti Bontigui, 2021): ¿qué puestos tengo que diseñar? ¿Qué puestos tengo que rediseñar? ¿Qué puestos no debo convocar por no ser necesarias sus funciones o haberse integrado en los puestos objeto de rediseño? El proceso global de GPV obedece a la siguiente infografía:



Fuente: elaboración propia

Para poder responder a estas tres preguntas hay dos vías que se entrecruzan solo al final: la vía estratégica (política con asesoramiento técnico organizativo) que está representada por la parte izquierda del gráfico. Es la parte puramente organizativa y tiene a las funciones como materia prima entendiendo por estas las responsabilidades que se asumen en relación con las necesidades legítimas de la ciudadanía. Ellas crean, matizan o no justifican la existencia de puestos. La segunda vía se refiere a las tareas: los procesos que satisfacen las responsabilidades asumidas con las funciones; la traslación que a la realidad de las ejecuciones hacen las personas (esencia de la gestión de los recursos humanos).

Como puede verse en el gráfico el mundo de las funciones y el de las tareas no se mezclan: las nuevas tecnologías sólo influyen sobre las tareas, aunque no se me escapa que, como todo proceso dialéctico, en algún momento puede dar argumentos para una reflexión estratégica cualitativa. También es especialmente importante ver que sólo las funciones innecesarias son las que justifican la no reposición de vacantes y que esta es una decisión estrictamente estratégica (política) tras una reflexión alimentada con técnica organizativa.

La importancia del mapa es concebirlo como una metodología para actuar a priori como planificación organizativa. Pretende concretar una secuencia que se debe iniciar independientemente del número de jubilaciones que se tengan o se prevean. Es una necesidad obvia que exige tener planificado el empleo público antes de que «vengan los dolores», que ya están aquí, por cierto. Solo teniendo

esto hecho con carácter previo se dispondrá de criterio para utilizar de forma inteligente las vacantes que se vayan produciendo. Las jubilaciones solo deben activar un diseño ya realizado, no deben ser las que desencadenen este proceso. Esto será muy difícil si, una vez más, la microgestión es dominante en el ámbito de la función pública o se produce la clásica contaminación por la casuística de los colectivos implicados. La posibilidad de errar es mucho mayor si no se dispone de un horizonte organizativo.

Análisis de la demanda ciudadana

Durante los años 2019 y 2020 la Viceconsejería de Función Pública del Gobierno Vasco llevó a cabo el proyecto de análisis de la demanda ciudadana (ADC) consultando a ciudadanía (dos veces), a personas expertas y a agentes sociales. Estos fueron sus principales resultados y propuestas, algunas de las cuales ya está gestionando el Gobierno Vasco:

a) Axiología pública

- Papel central de la Administración para el entorno volátil e inseguro de la sociedad que viene y que empezamos a ver. La ciudadanía pide a la Administración Pública que «genere un modelo de futuro viable y sostenible para el territorio». Utilidad social.
- La administración debe explorar vías de colaboración público-privadas sin dejación de responsabilidades públicas y sin someterse a criterios privados de éxito.
- Establecer mecanismos seguros desde el punto de vista tecnológico y legal de la participación ciudadana en las acciones de gobierno que le sean de incumbencia bien para co-diseñar como para evaluar su consecución y eficacia.
- Establecer medidas normativas, tecnológicas y formativas para luchar contra las *fake news* y la posverdad.
- Gestión basada en la evidencia. Puestos de analistas de datos y diseñadores de sistemas que anticipen escenarios para la decisión pública en problemáticas emergentes y señalen potenciales líneas de actuación.
- Igualdad de género como una de las actividades principales de las Administraciones vascas con especial incidencia en la feminización de la función directiva.

b) Organización

- Diseño organizativo basado en las necesidades de la ciudadanía y la seguridad jurídica. Y todo desde una perspectiva económica de asignación razonable de recursos en función de decisiones estratégicas.
- Diseñar el engarce de la inevitable revolución tecnológica en el diseño organizativo de las administraciones públicas y en la gestión de sus RRHH. Reconocer, gestionar y objetivar la automatización de las tareas del empleo público.
- Diferenciar niveles políticos, directivos y técnicos separando sus carreras.
- Gestión descentralizada de las tareas: sistemas flexibles, teletrabajo, nuevas concepciones de horarios y cumplimientos.
- Es necesario reformar la realidad organizativa del sector institucional para hacerlo acorde a la agilidad que los cambios van a exigir.
- Es necesario reconocer y dar naturaleza organizativa coherente al valor profesional e instrumental del personal laboral.

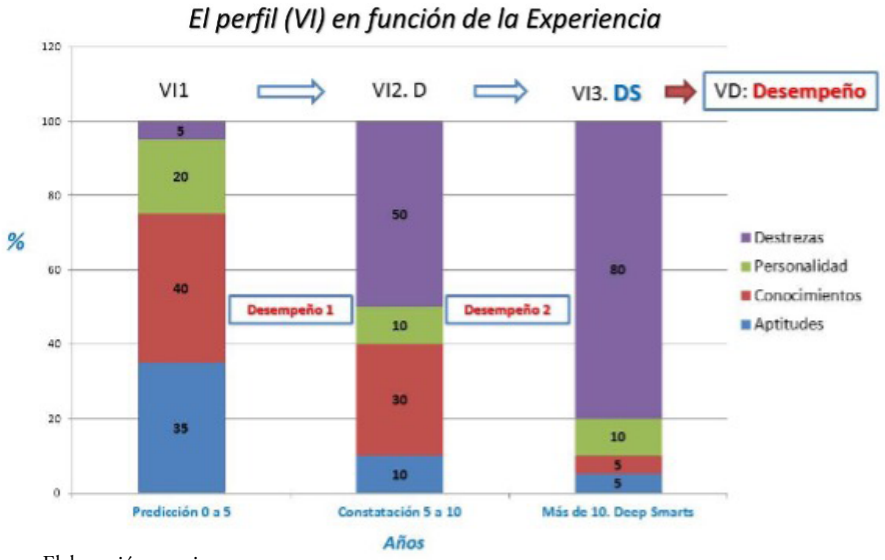
c) Recursos humanos

- Es necesario y urgente evitar la descapitalización de la Administración como consecuencia de las jubilaciones. Gestión del Conocimiento.
- Las personas expertas consultadas consideran necesario concebir la organización pública más como colectivos responsables de proyectos que como titulares poseedores de puestos.
- Un nuevo modelo de carrera que fomente la empleabilidad de las personas facilitando los itinerarios autogestionados de carrera.
- La carrera horizontal como modelo de reconocimiento por desempeño constatado.
- Flexibilizar y relativizar vigentes aspectos formales (requisitos, pertenencia a cuerpos, etc.) y normativa, de manera que se pueda priorizar el contenido y el sentido por encima de formalidades que dejan fuera de la promoción personas merecedoras de ella.
- La formación debe ser uno de los pilares básicos para satisfacer la demanda de la ciudadanía. Una gestión formativa permanente y generalizada a toda la administración.
- Esto implica una concepción de la formación como una condición del desempeño eficaz y no como una actividad genéricamente beneficiosa para todo tipo de actividades del empleado/a público.
- Rediseñar los procesos de selección de acceso con una concepción no solo memorística o para una pretendida estabilidad sin comprobación de eficacia.

- También probar y comprobar el grado de cumplimiento de las predicciones hechas en los procesos selectivos.
- Selección estratégica para entornos cambiantes. Diseño de procesos dinámicos de adquisición y gestión del talento. Seleccionar para aprender y adaptarse.
- Perfiles especializados con competencias aptitudinales y de relación. Es preciso arbitrar una metodología estandarizada y pública relativa al procedimiento de elaboración de perfiles.
- Ofertas de empleo público (OEP) más pequeñas e innovadoras que rompan el círculo vicioso de las masivas y esporádicas.
- Es necesario evaluar el desempeño de las personas que trabajan en la administración y establecer todo un sistema de consecuencias de tal actividad diferenciando entre seguridad laboral y seguridad en el puesto.
- Institucionalizar el contraste de las ejecuciones y sus efectos en la selección y en la formación. Validar.

Gestión del Conocimiento. Cómo evitar la descapitalización por jubilaciones

Cabría explicar aquí gráficamente la evolución del perfil de todo empleado público en función de su experiencia, el objeto de la predicción en la selección de acceso y la constatación en la carrera. Se puede resumir en el siguiente cuadro[1]:



Fuente: Elaboración propia

[1] Los porcentajes son orientativos y no están basados en ningún estudio empírico previo.

El gráfico explica la evolución en tres fases evolutivas para hacerse persona experta: de 0 a 5 años, constituido principalmente por los conocimientos memorizados en la oposición o en la formación en el puesto, por las aptitudes para aprenderlos y por su disposición actitudinal para hacerlo. Esta primera repartición porcentual de las «variables independientes» (VI1) genera un primer desempeño (Desempeño 1) todavía bajo en «expertise» y donde la persona empleada pública no puede fiarse mucho de sus intuiciones. Entre los 5 y los 10 años se van adquiriendo las destrezas y baja el porcentaje de uso del resto de componentes del perfil (VI2) y se produce un desempeño (Desempeño 2) caracterizado por saber hacer y por consultar y confirmar los conocimientos. Desde los 10 años en adelante las destrezas ya se han asentado y generado las conocidas como «grandes destrezas» (*deep smart*; DS en el gráfico): VI3. En esta fase el/la empleado/a público confía en sus intuiciones porque ellas ya son expertas: ve rápido lo importante, lo relaciona, sabe sus causas, genera una hipótesis de la secuencia de actos y decide su actuación casi de forma inconsciente. Este es el objetivo de la intervención para solventar la descapitalización por jubilaciones.

La siguiente tabla concreta la taxonomía de DS (Leonard, Swap y Barton, 2014). Representa lo que será muy difícil de automatizar o ser soportado por aplicativos, robótica e inteligencia artificial. Es la esencia de la actuación experta y diferencial de las personas en el empleo público del futuro.

Dimensión	Contenido (la carrera sin puestos)
Cognitiva	Conocimiento crítico sobre qué y cómo: técnico y gestión.
	Pensamiento sistémico: entendimiento, interdependencia y predicción de situaciones.
	Juicio: rapidez y sabiduría de decisión.
	Conciencia del contexto en las decisiones.
	Reconocimiento de patrones por resultados previos.
Desempeño	Red profesional: saber con quién contactar o tratar qué.
	Interpersonal: motivar y soportar desacuerdos intelectuales.
	Comunicación: construir mensajes, escoger medio y persuadir.
	Diagnosticar y buscar pistas: señales de ruido y sentido.
Física	Inteligencia sensorial: diagnosticar, interpretar o predecir por tacto, sonido u otras modalidades sensoriales. Atajo de coherencia.

Fuente: adaptación propia

La gestión del conocimiento (GC) es el proceso mediante el que se pretende extractar el conocimiento y las destrezas que las personas expertas han atesorado en su vida profesional en la Administración y que tras las jubilaciones masivas puede generar una descapitalización de las administraciones públicas si no se articulan medidas para retener dicho conocimiento. Es un proceso técnicamente complejo que exige analistas formados en dichas técnicas, así como personas funcionarias comprometidas para facilitar el análisis realizado mediante entrevistas semiestructuradas entre una persona analista y una persona experta. Por su dificultad, el proceso se estructura en ocho (8) ejercicios crecientes en complejidad. Dependiendo de la experiencia laboral puede ser factible superar el quinto ejercicio. No hacerlo no invalida el análisis, llegar a él ya es importante. El objetivo de los ejercicios es saber qué diferencia a personas expertas y noveles y posibilitar los procesos de mentoring (aprendizaje por acompañamiento; modelado). Esta tabla resume los ejercicios y sus contenidos bien sean referidos al puesto o a sus procesos.

Ejercicios	Contenidos
1. Documentación (Puesto)	• Textos de referencia (libros) • Artículos de investigación («seminales») • Ponencias (congresos) • Informes de referencia (plantillas; aplicativos) • Sistemas de calidad (documentación para los certificados ISO; EFQM) • Planes finalizados. Benchmarking • Planes en vigor condicionantes del puesto
2. Glosarios (Puesto)	• Significantes (palabras) y definición • Glosarios del ámbito profesional • Glosarios del ámbito público de incumbencia al puesto
3. Selección de procesos principales (Puesto)	• Identificación de los procesos principales del puesto según los siguientes criterios • Los que más experiencia exigen • Los que más juicio exigen • Los que más riesgo implican para la AGPV • Descripción de los procesos: • Verbo/Objeto/Ámbito. • Fases principales de cada proceso
4. Incidentes críticos[2] (Proceso)	• Recientes, relevantes, reveladores • Dos por proceso: uno bueno y uno malo • ¿Cuál es el mayor desafío al que te has enfrentado y del que más has aprendido? • ¿Cuál sería el más beneficioso para una persona novel?

[2] Anécdotas de hechos previos ocurridos y especialmente significativos por su bondad o por la trascendencia que tuvo una mala ejecución.

Ejercicios	Contenidos
5. Descripción (Proceso)	• «Atractores»Indicadores que predicen la ejecución • Desencadenantes no obvios; sutiles • Señales que diferencian «el grano de la paja» • Información • Descartada: los noveles la suelen buscar, pero en realidad no aporta • Buscada: Aporta al proceso de manera significativa • Utilizada: Ha satisfecho la secuencia ideada • Conocimiento aplicado (Información + Experiencia) • Contenidos profesionales • Contenidos que obligan a actuar • Conclusiones desde la experiencia: ¿Qué te hubiera gustado saber cuando empezaste?
6. Secuencia y criterios (Proceso)	• Secuencia diseñada (regularidad en la secuencia de pasos) • Hitos: momentos de decisiones y metas del proceso • Evaluación del proceso: • Ejemplificaciones (se parece a esto) • Indicadores: Tiene que pasar esto • Razón de bondad: está bien si pasa esto
7. Preguntas finales (Proceso)	Preguntas relativas a: • Pasado/Futuro • Visión Global • Observación • Tareas eficientes • Oportunidades • Autoobservación • Restricciones artificiales: si tuvieras la mitad de tiempo o de recursos, ¿cómo lo harías?
8. Grandes destrezas (Proceso) Es el informe final de la GC que se construye desde los ejercicios anteriores. Estos se identifican con ej.…	• Cognitivo. • Conocimiento crítico: Ej. 5 • Pensamiento sistémico: Ej. 7 • Juicio: Ej. 6 y 7 • Elementos críticos del contexto: Ej. 4 y 6 • Patrones: Ej. 7 • Desempeño • Red profesional: Ej. 4. Sistema de reconocimiento • Relaciones interpersonales: Ej. 4 • Comunicación (cómo decir, a quién, qué): crear. Sistema de reconocimiento • Señales de ruido y desencadenantes: Ej. 5

Automatización

En relación con la automatización creo importante aclarar algunos conceptos y procesos para entender esta realidad a la que las administraciones públicas se verán abocadas en los próximos años, continuación de aquellos en los que ya estamos

inmersos. Hasta ahora los procesos de automatización se realizaban mediante *softwares* que transformaban la información analógica en información digital y memorizaban los pasos realizados y las reglas lógicas implicadas. Este proceso es conocido como RPA de sus siglas en inglés *Robotic Process Automation*. Desde hace unos años a este proceso de programación se ha añadido una serie de programas que aprenden de lo que los humanos hacen en sus ordenadores imitando sus ejecuciones. Al típico y clásico RPA se añaden *softwares* como el reconocimiento del lenguaje, el *machine learning* o el procesamiento natural del lenguaje que hacen más inteligente este proceso de digitalización o, simplemente, sustituyen la programación. La utilización de dichos *softwares* complementarios permite automatizar procesos rutinarios más complejos. En cualquier caso, la consecuencia más inmediata de esta digitalización es la generación de aplicaciones, aplicativos o primeras etapas de robotización que se encargan de los procesos más repetitivos, manuales o rutinarios. Todo aplicativo o proceso digitalizado genera datos por su uso e iteración. Estos datos quedan almacenados según una estructura predeterminada y pueden ser utilizados para la identificación de patrones de funcionamiento; regularidades del proceder que pueden transformarse en leyes, criterios y modelos mediante un análisis estadístico-matemático muchas veces comprobando predicciones hechas desde ellos. Burdamente sintetizado este es el cometido del big data y sus productos más importantes los algoritmos o fórmulas que recogen en lógicas matemáticas estas leyes, criterios, modelos, y regularidades observadas, las cuales, a su vez, son la base de la inteligencia artificial. O sea, digitalización, automatización, aplicativos, *big data* e inteligencia artificial. La siguiente tabla aclara procesos y contenidos.

Característica	**Automatización RPA**	**Automatización Cognitiva**
Tipo de tareas automatizadas	Tareas repetitivas y reglas de negocio predecibles	Tareas complejas y/o no estructuradas que requieren habilidades cognitivas
Grado de inteligencia artificial	Bajo o nulo	Alto
Habilidades de aprendizaje	No aprenden por sí mismos, requieren entrenamiento y supervisión	Pueden aprender y mejorar a través del aprendizaje automático y la retroalimentación
Interacción con humanos	Mínima o nula	Pueden interactuar con humanos a través del procesamiento del lenguaje natural y otras interfaces
Naturaleza de los datos de entrada	Datos estructurados y bien definidos	Datos no estructurados y/o mal definidos
Escalabilidad	Escala bien para procesos altamente repetitivos	No escalable para procesos altamente complejos

Característica	Automatización RPA	Automatización Cognitiva
Adaptabilidad a cambios	No se adaptan fácilmente a cambios en los procesos	Pueden adaptarse y ajustarse a cambios en los procesos
Valor agregado	Aumento de la eficiencia y reducción de errores en tareas rutinarias	Mejora en la calidad y precisión de las tareas más complejas y en la toma de decisiones
Ejemplos de aplicaciones	Automatización de procesos de facturación, procesamiento de datos, procesos de recursos humanos, entre otros.	Análisis de datos, reconocimiento de imágenes y voz, asistentes virtuales, entre otros.

Fuente: ChatGPT 3,5; 2023

Hasta 2030 se va a poder someter a automatización los procesos rutinarios complejos, pero quedan lejos los manuales no rutinarios, y no digamos los que implican procesos no rutinarios complejos. Toda tarea en algún momento más allá del 2030 podrá ser automatizada, pero, siendo realistas, no debe orientar en los próximos años las decisiones organizativas y de recursos humanos de las administraciones públicas. La automatización de las grandes destrezas llegará cuando las administraciones públicas ya hayan cambiado por haber gestionado sus vacantes en función de las demandas ciudadanas. Probablemente entonces seamos más pequeños, más inteligentes y quizás más eficaces.

Del teletrabajo al trabajo híbrido

Parece bastante claro que la llegada del teletrabajo a muchas organizaciones públicas sin la urgencia de la pandemia fue, en muchos casos, una alternativa al modelo anterior sin la revisión en profundidad que el teletrabajo exige. Así, muchas organizaciones públicas fueron tentadas por empresas privadas para monitorizar el tiempo de trabajo real de las personas teletrabajadoras bien por horas de conexión o, incluso, por movimientos del ratón o páginas visitadas. Otras establecieron horarios a la baja para los trabajadores remotos en vez de mantener el horario establecido en los correspondientes convenios (prácticas recurridas en los tribunales). Todas estas actividades siguen teniendo los límites y excepciones de la presencia (el control horario) como la práctica habitual y única de control. Sin embargo, la generalización del trabajo remoto obligado por la pandemia ha acelerado la reflexión sobre las posibilidades de gestión organizativa y de recursos humanos sin presencia en el lugar de trabajo. El teletrabajo obliga a un cambio de modelo en estas prácticas pasando del control de dicha presencia a la evidencia

del desempeño eficaz. El teletrabajo obliga a un cambio cultural de las organizaciones públicas. A asumir el teletrabajo como algo normal y bueno para la organización dependiendo de las tareas y sus condiciones de ejecución. Algo cuya construcción debe evitar la sensación de privilegio que el modelo antiguo otorga al teletrabajo. Costará, pues las inercias y la realidad normativa lo dificultarán. El teletrabajo en la medida que no es una extensión del modelo a toda la organización es un buen campo de pruebas para testar sus bondades y prevenir errores de su diseño.

Si a alguien exige cambiar el teletrabajo es a las personas de la organización con responsabilidades de supervisión, coordinación o control del trabajo de las personas teletrabajadoras. Estos tres verbos deben hacerse con nuevas herramientas para poder realizar su trabajo y todas ellas pasan por cuatro actividades:

- Construcción de un marco de confianza mutua: el teletrabajo no puede gestionarse sobre la sospecha porque anula la posibilidad de construir compromisos de ejecución reales, y porque ella exige a la pareja teletrabajadora una energía que se centra más en la comprobación y en las prácticas secretas de lo sospechado que en lo verdaderamente importante: evidenciar un desempeño eficaz
- Como se ha dicho más arriba, el teletrabajo exige al responsable una reflexión en la construcción de las actividades susceptibles de comprometerse en el teletrabajo. Ello implica filtrar tareas que cumplan con los requisitos de un trabajo remoto dividiendo el puesto en tareas que sí son teletrabajables y las que no. También reflexionar y consensuar las razones de bondad de dichas tareas e identificar sus indicadores de cumplimiento e impacto. Hacer esto implica una reflexión detallada sobre los constituyentes de la eficacia, práctica que no es habitual en las jefaturas de las administraciones públicas del Estado español. Otro cambio cultural. Necesario, por cierto, porque parece obvio que sobre conocimientos más o menos tácitos al respecto se funciona normalmente.
- Comunicación: Es responsabilidad de la jefatura construir su posibilidad técnica, planificarla y cumplir con las convocatorias.
- Formación: el teletrabajo exige formación que debe ser gestionada por la dirección. Formación con relación a cómo establecer y comprobar compromisos de ejecución, a cómo asegurar elementos esenciales inherentes a la ejecución remota como la seguridad, la confidencialidad, la protección de datos, los riesgos psicosociales de teletrabajo, etc.

De las dos tipologías generales del liderazgo, transaccional y transformacional, para el teletrabajo es más aconsejable el perfil avanzado del transaccional.

Quedémonos con esta versión para estados iniciales del teletrabajo porque el liderazgo transformacional eleva la confianza a niveles muy altos con exigencia de liderazgo por parte de las jefaturas, entendiendo por liderazgo la capacidad de influencia y la conversión de los propios intereses en intereses de la organización. El liderazgo transaccional avanzado «transa» mediante las siguientes acciones: recompensa contingente: («te doy porque haces, y te doy así porque has hecho así»); acción por adelantamiento: prevé y actúa. Hay que tener en cuenta que las personas subordinadas miden a sus jefaturas en función de su integridad y su credibilidad. Este criterio es especialmente importante para todo tipo de liderazgo, pero en este, por ser una relación condicional en la que se «negocia» el hacer y donde la incondicionalidad está más lejana, el aspecto ético es especialmente importante. Respecto a la ética de su comportamiento, el transaccional es juzgado como tal si cumple sus compromisos, negocia de forma justa y permite que sus subordinadas escojan de manera libre. Y es juzgado como mal líder (poco ético) cuando deliberadamente niega información a sus subordinados, soborna para hacer lo que hay que hacer, abusa de su autoridad y actúa de forma despótica. Muy importantes estas conductas a la finalización del teletrabajo por parte de la organización ya que esta acción es de su potestad.

En tiempos de teletrabajo es esencial tener una buena infraestructura de comunicación telemática. La calidad de ésta por intensidad y velocidad es esencial para poder desarrollar el trabajo comprometido. Las exigencias de intercambios de ficheros, conocimientos, videoconferencias, colaboración entre personas de grupos geográficamente dispersos… exige unos mínimos. Esta exigencia material es esencial para la simulación de realidad que exige el teletrabajo. Las administraciones públicas deben asegurar esta posibilidad en sus teletrabajadores aportando el material necesario para tal comunicación y comprobando que unos mínimos se cumplen en las circunstancias del teletrabajo. Estos mínimos deben estar estandarizados y ser públicos. También sus alternativas en caso de fallos o caídas de la red. Otra cosa es a quién corresponde el gasto total o compartido de esta exigencia.

Uno de los beneficios indirectos de la implantación del teletrabajo es la necesidad de establecer una comunicación sistemática entre jefes y subordinados de teletrabajo, así como entre personas teletrabajadoras y compañeros/as de trabajo muchas veces olvidados en la presencialidad por inercias o rencillas no resueltas. La necesidad de coordinación planificada, así como la del acuerdo necesario entre la pareja teletrabajadora para establecer los compromisos de ejecución, sus hitos de supervisión y sus indicadores cumplimiento e impacto obligan a programar encuentros regularmente. Esta sistematicidad debe ser favorecida para evitar los problemas de aislamiento arriba comentados. Para ello es necesario agendar reuniones periódicamente, facilitar recursos y la formación necesaria para el uso re-

gular de herramientas de intranet (SharePoint, etc.). También disciplinarse las jefaturas para poner información, noticias y enlaces de interés en lugares virtuales que generen intercambios de mensajes. Organizar eventos virtuales en las plataformas al uso para interactuar entre las personas implicadas en proyectos o servicios. Dichos eventos no exclusivamente deben ser referidos a contenidos de trabajo. Lo importante es mantener el contacto. Que la persona teletrabajadora note que su distancia física no es distancia social. La interacción está directamente relacionada con la satisfacción laboral y con el compromiso organizacional. De hecho, su sistematicidad en el teletrabajo es la forma de compensar las relaciones informales y muchas veces casuales que se producen en el trabajo presencial.

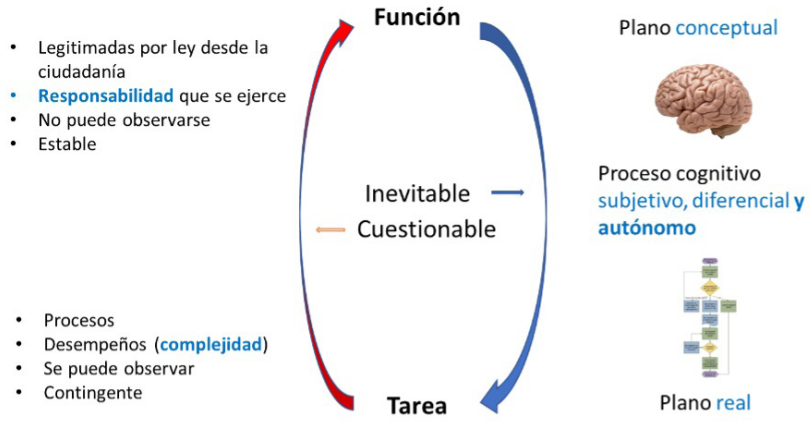
La carrera horizontal desde los recursos humanos: el *job crafting*

La carrera horizontal es junto con la evaluación del desempeño la asignatura pendiente de la gestión de recursos humanos de las administraciones públicas españolas. Muchas veces se la concibe solo desde el punto de vista crematístico como motivación extrínseca y como una forma de remunerar, otra vez, la antigüedad. Sin embargo, a mi juicio, es una herramienta de altísimo valor estratégico para la gestión de la diferencia, esencia de los recursos humanos.

Los puestos de trabajo se definen por funciones, pero se materializan con tareas. Las funciones son las responsabilidades que la organización pública asume en relación con las necesidades legítimas por ley de la ciudadanía. Las tareas son los procesos mediante los cuales las personas empleadas públicas satisfacen dichas responsabilidades. No hay tarea que se realice en lo público que no pretenda satisfacer una responsabilidad asumida (legítima o no). En el proceso cognitivo que una persona empleada pública realiza para transformar la responsabilidad en tarea; en hacerla factible y efectiva, las personas se diferencian, se distinguen, se singularizan. Pasar del plano conceptual de la función al plano real de la tarea es un proceso subjetivo, diferencial y autónomo. El dibujo de la página siguiente lo describe.

Este proceso subjetivo, diferencial y autónomo es una fuente de motivación porque las personas empleadas públicas pueden satisfacer sus curiosidades, aptitudes y predisposiciones mediante la materialización de sus concepciones y visiones del puesto del que son titulares u ocupantes, la selección o el diseño de las tareas más relevantes o eficaces y el establecimiento de una red de relaciones necesarias para la satisfacción de las funciones que ejercen (*Job Crafting;* Wrzesniewski y Dutton, 2001).

Si ligamos esta posibilidad de desarrollarse en el puesto de trabajo con una necesaria demostración de que las necesidades a las que pretenden satisfacer las tareas quedan satisfechas de un modo eficaz mediante la evaluación del desempe-



Fuente: elaboración propia

ño, tenemos una nueva concepción de la carrera horizontal que libera a las administraciones de la, por ahora, concepción monolítica de la carrera como un ascenso en la jerarquía organizativa, lo cual, muchas veces, genera inflaciones organizativas no justificadas y difíciles de corregir.

Crisis del puesto de trabajo

Si asumimos que los puestos los desarrollan las personas en función de su propia idiosincrasia concretada en capacidades, curiosidades, destrezas, contextos y ambiciones profesionales distintivas, y reconocemos sus logros con consecuencia de carrera por buen desempeño demostrado, hemos de asumir que la concepción del puesto de trabajo como algo estable y estático es revisable ya que solo se circunscribe al acotamiento de las funciones con más valor administrativo que real plasmado en una relación de puestos de trabajo que es la sanción administrativa pública de un diseño organizativo con fines, principalmente, de valoración.

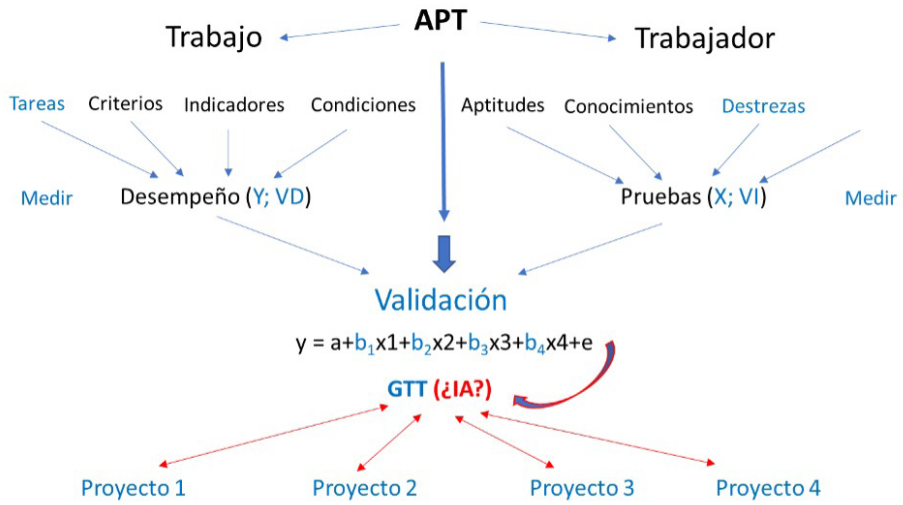
Podríamos decir que esta concepción de la carrera horizontal difumina las fronteras entre los puestos ya que mismas tareas pueden servir para funciones diferentes y mismas funciones pueden materializarse desde tareas distintas. La persona empleada pública que asume unas determinadas funciones también es responsable de todos los procesos susceptibles de satisfacerlas; todos los procesos conocidos, por conocer o por diseñar. Su responsabilidad es total con tal compromiso de eficacia demostrada (Wald, 2020). Desde este punto de vista, el verdadero valor añadido de los puestos desde la gestión de recursos humnos recae en las

tareas y exige concebir los puestos sin fronteras dentro de una nueva visión de los cuerpos o escalas: campos de polivalencia, crisol de todas las tareas susceptibles de satisfacer las responsabilidades asumidas.

Bajo esta perspectiva es ineludible la necesidad de revisar el valor de las relaciones de puestos de trabajo y el valor de las descripciones de los puestos de trabajo con documentos estables en todos sus contenidos. Quizás siguen siendo válidas las monografías que incluyan el enunciado de las responsabilidades asumidas, y las estructuras formales de comunicación (relaciones jerárquicas), pero no las tareas ni los contenidos detallados del perfil por la polivalencia comentada. Se debe elevar el nivel de abstracción en todo lo referido a tareas.

Pero a este planteamiento le faltan dos cosas: 1. Qué es lo que debemos saber del trabajo y del trabajador para una «gestión total del talento» (GTT); 2. El trabajo en equipo. Es esta una concepción flexible más por proyectos que por puestos (no en todos los grupos es posible este planteamiento, aunque es verdad que las rutinas estandarizadas las realizarán las máquinas).

La estrategia consiste en desagregar para agregar con inteligencia y evidencia. En no pensar en puestos sino en tareas y no pensar en personas sino en destrezas (Jesuthasan & Boudreau, 2022). Esta infografía pretende explicar la GTT.



Fuente: elaboración propia

Es necesario realizar análisis de puestos de trabajo (APT) para obtener información del desempeño: tareas, criterios de bondad, indicadores y condiciones de ejecución. Esta información conforma la variable dependiente; el criterio real de eficacia de las administraciones públicas. En investigación se la identifica con la

letra «Y». También APT para obtener información de los determinantes del desempeño predicables de las personas trabajadoras: las aptitudes, conocimientos y destrezas (son, de algún modo, las «causas» de la Y). En investigación a estas variables se las identifica con «X» (variables independientes). Una vez conocidas, deben medirse en muestras o poblaciones susceptibles de obtener mediciones fiables de manera que se puedan validar las predicciones del desempeño hechas desde ellas La manifestación de esta validez se suele expresar en forma de regresión múltiple lineal que informa del peso de cada X a la hora de predecir el desempeño Y (ver fórmula en el gráfico). Validado el sistema, la solicitud de tareas concretas fruto de la estrategia política (funciones) o de la coyuntura, puede conformar equipos con variables X e Y demostradas en mediciones previas que satisfagan dichas tareas transformándolas en proyectos (equipos).

De esta manera las administraciones públicas pueden y deben evolucionar desde una concepción estática de los puestos de trabajo a proyectos con equipos probablemente interdisciplinares que permitirán asegurar la eficacia de los procesos y la motivación de sus ejecutores por la posibilidad de proyectar sus aptitudes, curiosidades y motivaciones una vez probada eficaz la gestión de su diferencia.

Una vez validado el sistema, su ecuación de regresión y posteriores adaptaciones y mejoras pueden concebirse como los algoritmos de la gestión total del talento que permitan:

- Conformar equipos para proyectos en función de la relación demostrada entre tareas y destrezas en personas. Todas aquellas personas cuyo perfil ha quedado validado por la evaluación del desempeño en determinadas tareas pueden estar en disposición de formar parte de proyectos total o parcialmente.
- Desde el punto de vista de la carrera este sistema puede identificar los itinerarios formativos de las personas en relación con los puestos a los que aspiran en una concepción de carrera autogestionada (cada persona decide sus esfuerzos para su movilidad pretendida). La administración puede favorecer procesos de formación para solventar estos peajes.
- Cada vez que un proyecto finaliza debe evaluarse el desempeño de sus tareas para retroalimentar el sistema de manera que el algoritmo mejore, refine la conformación de los equipos y la relación entre tareas, destrezas y personas. Este algoritmo puede concebirse como un embrión de inteligencia artificial (IA; en rojo en el gráfico) para la GTT, aunque, a mi juicio, nunca debe sustituir a las decisiones humanas en la gestión de recursos humanos, solo ayudar y complementar sus argumentos.

Referencias

Gorriti Bontigui, Mikel (2021). «Evolución de los puestos y nuevos perfiles profesionales en la administración del siglo XXI», en C. Ramió Matas (coord.): *Repensando la Administración digital y la innovación pública*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.

Jesuthasan, Ravin; Boudreau, John W. (2022). *Work without jobs: How to reboot your organization's work operating system*, Cambridge, The MIT Press.

Leonard, Dorothy; SWAP, Walter; BARTON, Gavin (2014). *Critical Knowledge Transfer: Tools for Managing Your Company's Deep Smarts*, Boston, Harvard Business Review Press.

Wald, Jeff (2020). *The End of Jobs: The Rise of On-Demand Workers and Agile Corporations*. New York, Post Hill Press.

Wrzesniewski, Amy; Dutton, Jane E. (2001). «Crafting a Job: Revisioning Employees as Active Crafters of Their Work», *Academy of Management Review*, 26(2).

LA NECESIDAD DE REVISAR EL MODELO ORGANIZATIVO DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN: POR UNA AGENCIA ESPAÑOLA DE SELECCIÓN DE PERSONAL[1]

J. Javier Cuenca Cervera
Profesor de Ciencia Política y de la Administración de la Universitat de València

Las administraciones públicas de nuestro país se juegan su relevancia, en los próximos años, en el campo de la estrategia de reclutamiento y selección. Por la propia naturaleza de los desafíos organizativos que encaran los sistemas administrativos (digitalización, inteligencia artificial, renovación generacional masiva) y por los provenientes del entorno, que amenazan con hacer insuficientes las capacidades de la gobernanza pública (migraciones, cambio climático, desigualdad o desconfianza social) los poderes públicos encaran, en términos institucionales, una verdadera coyuntura crítica. Y por ello, las decisiones de política que se adopten —o no— en este contexto van a ser las configuradoras de lo público en los próximos años.

No obstante, el campo de la estrategia y la selección es amplia: engloba desde el diseño de los puestos de trabajo y de los perfiles de idoneidad para atenderlos, necesarios para gobernar de modo efectivo el entorno político y social, la priorización inteligente de su reclutamiento a través de unas ofertas de empleo público capaces de programar eficazmente el reclutamiento de efectivos, o en fin, por la innovación en este campo: en cómo seleccionamos a esos nuevos perfiles de profesionales, las técnicas, los sistemas selectivos, los órganos encargados del proceso. Por no hablar de ser capaces de acertar con la solución adecuada para un problema «poliédrico» (por decirlo con los términos de la propia ley encargada de ponerle coto) como es el problema recurrente de la temporalidad del empleo público en nuestro país. Que está siendo, no lo olvidemos, la estrategia más rele-

[1] Este trabajo se dedica al profesor Miguel Sánchez Morón con motivo de su jubilación académica. En el deseo de que sirvan estas líneas como homenaje de tantos ciudadanos y de su autor a su contribución en la mejora de las instituciones autonómicas de la función pública.

vante en materia de selección, opacando, en cierta medida, el necesario debate acerca de qué profesionales necesita la Administración en términos de capacidades organizativas.

Y es que, por decirlo con las palabras de la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre liderazgo y capacidad en la función pública de 2019, los empleados públicos y el sistema para su gestión son un componente esencial de la gobernanza pública que influye directamente sobre la calidad de los procesos democráticos y la capacidad del gobierno para proteger el bienestar de los ciudadanos. Merecería por tanto esta cuestión una atención destacada en la agenda política y en la conversación pública. Sin embargo, asistimos en los últimos años a un debate limitado, parcial: el de la validez de las «oposiciones» como sistema de acceso a la función pública.

Pues bien, tal y como se argumenta en este trabajo, sin negar el amplio margen de mejora en las técnicas de selección, el debate está desenfocado. A mi juicio se trata de una cuestión, ante todo, organizativa: cómo instrumentamos la incorporación de los y las profesionales con los conocimientos, las destrezas y el compromiso para poner en práctica el talento público necesario para desplegar un conjunto de políticas públicas no solo más efectivas, sino muy probablemente, cualitativamente distintas. No es tanto el «qué» de la selección (los sistemas y las técnicas) sino el «cómo» —quienes tienen la responsabilidad en la decisión selectiva— y cómo se materializa el reclutamiento y la selección.

Por lo demás, para dar respuesta en este breve ensayo a la cuestión planteada el trabajo recurre tanto a planteamientos técnicos de la selección como a jurídicos, adoptando un enfoque multidisciplinar a mi juicio imprescindible cuando nos acercamos a una cuestión como la del acceso a la función pública y así hacer posible la formulación de modo fundado un conjunto de recomendaciones prácticas de mejora. Es importante dejar constancia que las reflexiones y propuestas, si bien encuadradas en un campo disciplinar, beben, por así decir, del paso por diversos niveles de gobierno y de organizaciones administrativas, en esa lógica «anfibia» —teórica y práctica— a la que se ha referido el profesor Ramió.

La organización de la selección: breve repaso de las virtudes y patologías de las «oposiciones» y de su configuración organizativa actual

En lo que sigue se analizan someramente los sistemas y procedimientos de la selección de personal desde una perspectiva psicosocial. Por decirlo con Salgado (2010), la selección es un proceso de decisión acerca de qué persona es la mejor para el puesto. En lo fundamental se trata de un proceso de predicción, sometido

a una serie de pruebas e instrumentos de evaluación —los «predictores»— sobre la base de los requerimientos del puesto a seleccionar, una vez conocidas sus tareas y su «perfil profesional» o de idoneidad. Y de acuerdo con Gorriti Bontigui (2011), hay que tener presente que, junto a esta finalidad —la eficacia—, en el ámbito público hay que dar cumplimiento a otro valor: la igualdad, esto es, que personas con las mismas posibilidades tengan las mismas probabilidades; una dimensión, la igualdad de oportunidades, que también ha sido destacada en los estudios realizados recientemente en nuestra propia Administración, como el elaborado por el INAP en 2015 sobre la formación para el ingreso en la función pública superior.

En términos de eficacia el aspecto determinante es la denominada «validez predictiva», esto es, en qué medida la técnica, el instrumento de selección elegido permite predecir cuál de los candidatos es el idóneo para el desempeño del puesto. Siguiendo el metaanálisis —una modalidad de investigación que permite considerar los resultados de la investigación siguiendo determinados patrones— y a los autores de referencia en el campo de la psicología del trabajo y de la organización en nuestro país (Gorriti Bontigui, 2011; Gorriti Bontigui, 2018; Salgado, 2020; Salgado, 2023; Rodríguez y López-Basterra, 2018; Rodríguez, 2023) podemos disponer de un esquema que nos ilustre acerca del debate sobre las pruebas de selección.

En una magnitud que oscila entre 0 y 1, 0 nula validez predictiva y 1 máxima validez, suele establecerse que valores entre 0.20 y 0.30 disponen de una validez moderada, entre 0.31 y 0.40 de una buena validez y los situados entre 0.40 y 0.50 suponen una validez excelente. Pues bien, este planteamiento empírico es el punto de partida para la discusión del potencial selectivo de las diversas técnicas de selección[2].

Este es el arsenal técnico de la moderna selección. Situados ahora en perspectiva jurídica y como es sabido, el modelo de la función pública española, basada en el modelo del puesto de trabajo, ofrece, a priori, una amplia panoplia de posibilidades. Si el artículo 55.2.e de la vigente Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, TREBEP) consagra el principio «de adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar», el 61.2 habla de la necesaria «conexión» entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados. En términos de efica-

[2] Las pruebas de conocimiento suponen un 0.45-0.48 de validez predictiva, las pruebas prácticas varían entre el 0.36 y el 0.54, los centros de evaluación o «assessment center» alcanzan el 0.44, las entrevistas conductuales estructuradas un 0.58 y las pruebas de aptitud mental general oscilan entre los valores de 0.39 a 0.66. Como es lógico, el máximo de validez predictiva se alcanza cuando las pruebas de selección combinan diversas técnicas.

cia técnica no es un planteamiento inadecuado: además de poder incluir las pruebas prácticas que sean precisas, se añade que estas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y de la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas. Especifica, además, el punto 5º que «para asegurar la objetividad y racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas podrán completarse con la superación de cursos, de periodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas». En definitiva, legamente podemos contar con toda la variedad de técnicas que la psicología del trabajo y de las organizaciones nos proporciona para innovar en los procesos de forma válida y fiable (Gorriti Bontigui, 2018; Rodríguez, 2023).

¿Y entonces? Pues que no se trata, por tanto, de un inadecuado diseño normativo del sistema «en uso», sino que tiene que ver más con cómo ha sido «leído» el paradigma de las oposiciones, con las rutinas asociadas a su ejecución ordinaria, rehén de una concepción clásica y estática (Sánchez Morón, 2012) y, añadiríamos, incapaz de profundizar, por quienes son responsables del proceso, los miembros de los tribunales y órganos técnicos de selección, en algo más que no sean las pruebas de conocimiento, preferentemente jurídicas, paradigma de referencia de su desempeño cotidiano y campo de seguridad ante cualquier posibilidad de revisión judicial.

Y es que, en la práctica, nos hallamos ante una suerte de «autogestión burocrática-corporativa» de la decisión selectiva, que recuerda, en alguno de sus elementos, a las pautas que la legislación de función pública establece para el ejercicio de la potestad disciplinaria. La competencia no la tiene atribuida ningún órgano especializado de carácter permanente, ya se trate de órgano técnico o inspección de servicios, sino que son los propios funcionarios quienes, compatibilizando su dedicación ordinaria con la ocasional, han de dar curso al proceso.

En materia de comisiones, es el artículo 60 el que establece al respecto un conjunto de pautas y principios mínimos: el carácter colegiado del tribunal constituido «ad hoc» y una serie de referencias positivas a la profesionalidad, a la paridad y a la imparcialidad de los miembros (arts. 55.2 y 60.1), así como también negativas, con exclusión de personal político, de funcionarios interinos o eventuales (art. 60.2). También fija una serie de reglas de actuación: la independencia y la discrecionalidad técnica, sin que sea posible cualquier tipo de representación en nombre de terceros. Es, qué duda cabe, una regulación más completa que la precedente del artículo 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública. Sigue siendo parca y continúa, sobre todo, pivo-

tando sobre órganos «amateurs» constituidos para la ocasión. Y ello a despecho de lo señalado por el propio Tribunal Constitucional, que en STC 193/1987, de 9 de diciembre, y STC 174/1996, de 11 de noviembre, enfatizaba su carácter de órganos calificadores compuestos por personas dotadas de la debida preparación científica y técnica en la materia propia de cada función o cargo. Nótese que no se descalifica el meritorio papel cumplido por funcionarios en tribunales y comisiones, sino la insuficiencia estructural. La configuración cotidiana de la selección no está a la par que el diseño técnico de las pruebas.

Ya en su día el Informe de 2005 de la Comisión para el estudio y preparación de un Estatuto Básico del Empleado Público incidió en la conveniencia de que «Las personas que formen parte de aquellos órganos deben poseer, pues, un amplio conocimiento del área profesional en que estén incardinados los puestos o funciones a que se dirige la selección o un dominio de las técnicas o habilidades específicas de selección de personal, o ambas cosas al mismo tiempo». Y no se trata solamente de las insuficiencias, por así decir, técnicas u organizativas del modelo. Es que la propia evolución legislativa y, sobre todo, jurisprudencial, paralela a las exigencias de una sociedad democrática avanzada, aconsejan revisar este planteamiento.

El modelo, atendidas sus limitaciones en las pruebas, la demora en su tramitación y la ejecución ocasional de un proceso relevante, demuestra sus carencias. Otro ejemplo de sus disfunciones lo constituiría lo que podemos denominar las endémicas «válvulas de escape» de nuestra práctica cotidiana en materia de función pública. La dedicación forzosamente limitada de los integrantes de los órganos técnicos de selección alarga mucho más de lo que sería deseable el proceso desde que se detecta una necesidad, se programa en la oferta de empleo público, se aprueban las bases de la convocatoria y se ejecutan sus previsiones. Un órgano a tiempo parcial, que además no tiene posibilidad de «aprender» de problemas y soluciones ya resueltos y acumular conocimiento y por tanto, de estandarizar decisiones que ha considerado válidas anteriormente, consciente de la relevancia de las mismas, necesariamente prolongará más tiempo del debido la realización de una convocatoria. Al punto que, como ha destacado la doctrina más atenta (Jiménez Asensio, 2012; Sánchez Morón, 2019), la oposición, debida entre otras causas a su demora, ya no es el método ordinario de ingreso, al menos en las administraciones territoriales como comunidades autónomas y, sobre todo, entidades locales. La oposición es un «rito de paso» que transita la persona ya veterana, precedido de otra estación, la interinidad, esta sí mucho más rápida y que es la realmente operativa.

Y eso en lo que atañe a la selección «externa», el acceso. Si hablamos de selección «interna», la provisión de puestos, las válvulas de escape, esto es, las soluciones informales pero aceptadas —las «lógicas de lo apropiado» que diríamos en

términos sociológicos, con las que subvenir a las necesidades organizativas—, son otras: el uso inmoderado de la adscripción provisional a través de la comisión de servicios o de la extensión de los puestos de libre designación. Porque aquí tampoco las reglas formales garantizan ni la cobertura en tiempo ni el candidato más adecuado en términos de conocimientos y destrezas. Debemos ser conscientes de que la realidad se impone en nuestras organizaciones públicas y que las reglas formales son orilladas frecuentemente, por lo que el esfuerzo del legislador reformista debiera centrarse en hacer converger ambas realidades.

Pero lo que he denominado las *válvulas organizativas de escape* no son la única evidencia de las limitaciones del modelo amateur de selección. El mayor nivel de exigencia ciudadana se plasma en dos fenómenos recientes cuyo impacto conjunto revela, aún más si cabe, las limitaciones de un modelo en el que la decisión selectiva se atribuye a personas no profesionales: lo que podemos denominar como cuestionamiento del dogma de la discrecionalidad técnica en las oposiciones y el papel, casi militante y sin duda merecido, habida cuenta de algunas prácticas, de los órganos estatal y autonómicos de control, en materia de transparencia pública en los procesos selectivos (Cuenca Cervera, 2018: 104).

El EBEP de 2007, en su artículo 55.2.d), consagró legislativamente un principio jurisprudencial, la denominada «discrecionalidad técnica», esto es, la práctica intangibilidad de las decisiones adoptadas por órganos de selección debidamente constituidos y formados por personas con la cualificación técnica exigible. La paradoja es que prácticamente a partir de esa fecha asistimos a una exigente reclamación judicial en favor de la motivación de la decisión selectiva, al punto de acabar considerando actualmente, en palabras de Mauri Majós (2018), que las decisiones de los órganos técnicos de selección son «verdades interinas» susceptibles de ser superadas mediante prueba, en lo que supone un avance en el control jurisdiccional de las oposiciones, que han superado su distinción tradicional entre el denominado «núcleo material de la decisión», no sometido a revisión judicial, y los llamados «aledaños», estos sí habitualmente susceptibles de control por jueces y tribunales (De Vicente Domingo, 2022: 61). La jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de esos años (sentencias de 16 de marzo de 2015, de 16 de diciembre de 2015, de 26 de junio de 2014 o, en fin, de 14 de marzo de 2018) han consagrado unas exigencias esenciales en la ejecución de las oposiciones y en la motivación de la decisión selectiva. A saber: a) expresar el material o fuentes de información sobre los cuáles ha de operar el juicio técnico: b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; c) finalmente, expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga preferencia a un candidato frente a los demás. Es más, refiriéndose a la práctica de las entrevistas, el Tribunal Supremo recordó en 2016 que la publicidad constituye un principio básico, sin que pueda afirmarse que

haya fases del proceso selectivo de carácter privado (sentencia de 22 de noviembre de 2016).

Pero es que además, convergiendo con esta exigencia de transparencia, en su dimensión no solo de publicidad activa sino también en la vertiente del derecho de acceso a la información pública, las resoluciones del Consejo Estatal de Transparencia y de los autonómicos (andaluz, catalán, valenciano, por indicar solo algunos) están llamadas a modificar profundamente cómo se ejecutan las oposiciones: obligatoriedad de facilitar la documentación manejada por entrevistadores, que no tiene carácter auxiliar (véase la temprana resolución del CTBG 381/2015), del acceso a las plantillas de corrección (consejo andaluz 113/2017) o el derecho, prácticamente irrestricto de, tratándose de la persona adjudicataria de la plaza, acceder a toda la información relevante (comisión catalana 4/2018).

Llegados a este punto ¿qué cabe concluir de este somero repaso por la situación actual de la *organización* de las oposiciones, basada en el amateurismo de sus integrantes? La primera de sus patologías es la dilatación en su ejecución, achacable a la dedicación parcial de sus integrantes y a la cautela que cabe atribuir a su toma de decisiones, fruto de su participación anecdótica en este tipo de experiencias. De modo complementario, un enfoque privilegiado en la comprobación de conocimientos, básicamente jurídicos, consecuencia de la no exigencia de especialización en las técnicas de selección de personal, lo que conduce derechamente al camino, más fácil y trillado, de los exámenes teóricos. Y, finalmente, la constatación de que, dado el nivel de exigencia social en la justificación de la decisión selectiva, avalada además por la jurisprudencia contencioso-administrativa y por los órganos de control en materia de transparencia, el modelo se antoja insostenible. ¿Podemos seguir sosteniendo que «el problema» de nuestro sistema de acceso a la función pública es, única y exclusivamente, el problema de las oposiciones memorísticas? La complejidad del proceso de selección, la necesidad de dotar de criterios técnicos solventes a la actuación del órgano, el acierto en la confección de pruebas y la transparencia exigida hacen problemático seguir funcionando con esquemas de semi-amateurismo.

Un nuevo modelo organizativo para implantar técnicas avanzadas

Así las cosas, puede afirmarse que las garantías del TREBEP (arts. 55 y 60) son operativas en punto a la garantía de integridad, de independencia —siempre relativa, mucho más cuando el *cursus honorum* habitual viene precedido de la estación de paso del interinaje— y de unas ciertas exigencias de profesionalización, pero no se han cumplido los objetivos que el grupo de expertos aconsejó en su día respecto a una formación mínima en materias de selección.

No puede decirse que sea una circunstancia desconocida por el legislador. Ahí tenemos el artículo 61.4 TREBEP cuando prevé que las Administraciones Públicas puedan crear órganos especializados o permanentes para la organización de procesos selectivos, «pudiéndose encomendar estas funciones a los Institutos y Escuelas de Administración Pública». Incluso, en uno de los «agujeros negros» del principio de mérito en nuestra Administración, el nivel local de gobierno, el legislador se ha hecho eco de la conveniencia de esta solución. Primero en 2013, con el artículo 36.2.c) de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, modificada por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de 27 de diciembre de 2013, al contemplar para las diputaciones y entidades similares el papel *de apoyo* en la selección de su personal. La vigencia de un estatuto de personal que garantice la selección de calidad fundamentada en los principios de mérito y capacidad que exige la Carta Europea de Autonomía Local demandaría una reflexión específica que no procede en este momento. Baste decir que, nuevamente, la disposición adicional primera de la Ley 20/2021 de 28 de diciembre, de reducción de la temporalidad (LRT), posibilita que los municipios encomienden la realización material de los procesos selectivos —permanentes y temporales y no solo de estabilización/consolidación— a las diputaciones, cabildos y consejos insulares.

La necesidad de una estabilidad en las funciones de selección es conocida, por tanto, por el legislador. De hecho, ya en 2005, 2009 y recientemente en 2023 (Orden HFP/266/2023, de 12 de marzo) la Administración General del Estado ha avanzado en este planteamiento, al atribuir a la denominada «Comisión Permanente de Selección» las organización de los procesos selectivos para los Cuerpos de gestión, sistemas, informático, auxiliar y administrativo, contemplando en esta ocasión una nómina amplia de personas —45—, incluyendo personas con discapacidad y un órgano de apoyo, garantizando la rotación de sus integrantes y la publicidad de su currículo e incorporando expertos en selección. Su misión: fijar criterios de actuación, elaborar las pruebas, realizar los procesos y proponer mejoras. En esta línea de mejora merece la pena consignar las propuestas formuladas por el Grupo de análisis y propuesta de reformas en la administración pública (2021: 105) o incluso la posibilidad, contemplada en el artículo 45.4 del Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado, de «(…) crear órganos o comités especializados, permanentes y renovables para la organización de los procesos selectivos, valorándose la formación de sus integrantes en técnicas de selección». Se trata, sin embargo, de una propuesta más timorata que la contenida en uno de los documentos que se supone sirvió de base al anteproyecto de ley, las orientaciones para el cambio en materia de selección en la Administración General del Estado elaboradas por el Ministerio de Política Territorial y Función Pública en 2021, que, partiendo de un diagnóstico realista, se hacía eco de la posibilidad de contar con agencias independientes.

Constituyendo un avance sensible la alternativa de los órganos permanentes (o más bien semipermanentes) de selección, se trata, sin embargo, de un modelo de profesionalización limitada. Como recientemente Férez Fernández (2018) puso de manifiesto, ¿por qué no avanzar hacia un modelo avanzado del estilo de la Oficina Europea de Selección de Personal, EPSO, en la Unión Europea, de la «Civil Service Commision» en Gran Bretaña, de la «Merit System Protection Board» en EEUU o de la «Public Service Comission» en Canadá o incluso de modelos más cercanos como el irlandés en 2003?

La pregunta que cabe hacerse es: ¿por qué no constituir un sistema, una administración independiente, garante del mérito, con base en los artículos 109 y 110 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público? En tanto que autoridad administrativa independiente pero vinculada a la Administración General del Estado, y apoyada con la fórmula organizativa de la Agencia consagrada en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y con funciones de regulación y supervisión externa sobre unas actividades determinadas —las realizadas por las comisiones permanentes de selección— que requieren en su desempeño, como es el caso, de independencia funcional y especial autonomía. Creada mediante norma con rango de ley —la de función pública de la AGE es una magnífica oportunidad— esta agencia, conocidos los procesos de mimetismo institucional que caracterizan a nuestras administraciones públicas, constituiría un avance sensible en la profesionalización de la selección, esta vez sí, sin voluntarismos acerca de patologías como la interinidad. Además de —por decirlo en términos constitucionales— conformar un ejemplo institucional más de esa «democracia de imparcialidad» a la que se refiera Rosanvallon (2010), puede, esta vez sí, suponer un verdadero giro copernicano, en palabras de Jiménez Asensio (2019), en la gestión de nuestra función pública, en su dimensión más crítica, la garantía meritocrática en el acceso.

Sin olvidar, dada la elevada judicialización a la que asistimos en esta materia, lo que sería el tercer vector del sistema de selección, junto a la autoridad independiente y la fórmula organizativa de la agencia. Y es que, fruto de la merecida desconfianza ciudadana en la limpieza de estos procesos, hay que contemplar la posibilidad de descargar de pleitos a la jurisdicción contencioso-administrativa, de manera análoga a la configuración de los tribunales administrativos de recursos contractuales (TARC), previstos por ejemplo en los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP). Cabe pensar en la magnífica oportunidad que supone la revisión de los actos administrativos a cargo de un órgano administrativo, no jurisdiccional, pero con la suficiente legitimidad derivada de su independencia funcional y cualificación técnica, para evitar procesos excesivamente dilatados en el tiempo que poco ayudan en

la seguridad jurídica de unos aspirantes que, en no pocos casos, han invertido sus mejores años.

¿Cuál debería ser el contenido y configuración de este sistema —oficina, autoridad, agencia— independiente de acreditación del mérito? En primer lugar, debiera contar con un modelo plural de gobernanza. Presidido por una autoridad de prestigio, elegida a través de un proceso de contraste («hearing») por las Cortes Generales, podría estar asistida de un consejo rector con participación de agentes sociales —desde los sindicatos más representativos en el ámbito de la función pública, incluyendo la territorial, y otros relevantes, como FEDECA—, de empresarios, sociedad civil, universidades y por qué no, asociaciones de consumidores. A este consejo rector, encargado de la supervisión, de la aprobación de los planes de actuación, de los informes de evaluación, de los convenios con otras administraciones territoriales como comunidades autónomas, habría que añadir un consejo científico que incorporase perfiles académicos amplios, desde el derecho administrativo, constitucional y laboral hasta la psicología del trabajo y de las organizaciones, pasando por la ciencia política y de la administración, cuya misión sería la de asesorar las prácticas operativas, valorar su adecuación, fiabilidad y contenido y mantener relaciones de cooperación con otros organismos similares, destacadamente la EPSO.

En términos organizativos la comisión permanente de selección debiera contar con una unidad de apoyo técnico especializado, cuya misión sería de la de producir conocimiento en apoyo de los procesos selectivos: diseño de pruebas, informes de validez, en especial de desempeño posterior, monografías de puestos de trabajo tipo, guías técnicas y manuales, así como la revisión —y publicación periódica— de temarios y marcos de competencias con sus anclajes conductuales. Sin olvidar la posibilidad de acreditar competencias, especialmente las digitales, de manera periódica, no sometida necesariamente al lapso de tiempo de una convocatoria. Todo ello al servicio de unos miembros de los órganos de selección que deberían combinar la dedicación exclusiva al cometido con la posibilidad de la dedicación parcial —por ejemplo, durante dos años— y cuya configuración concreta para cada convocatoria debiera estar precedida de un sorteo. Y cuya participación debiera combinar, además del acceso, la selección externa, la participación, a petición, en los procesos de provisión, la selección interna.

Como es lógico en un órgano de estas características, la garantía de la integridad resulta relevante. De ahí la conveniencia de contemplar, para cada proceso, que los miembros, como ya sucede en el ámbito de la gestión de los fondos europeos, suscribiesen una declaración de ausencia de conflictos de intereses (DACI), noción que, como es sabido, va mucho más allá de la formalista declaración de no hallarse incurso en causa de abstención. Un exigente código ético completaría el esquema. Y teniendo claro que la participación en un cometido

como el descrito no es algo baladí, cabría pensar, en un momento de desarrollo de la carrera profesional horizontal, en incentivar, vía reconocimiento, su participación. Por lo demás, la facultad de resolver los recursos administrativos entablados ante la agencia por la autoridad independiente cerraría el círculo.

Y un punto relevante en este diseño sería contar con una web reconocible, especialmente para las nuevas generaciones: no se trata solamente de publicitar actas, acuerdos, modelos de exámenes, plantillas correctoras, supuestos resueltos, inventarios de preguntas y respuestas, información sobre temarios y su preparación; sino en relación directa con la necesidad de atraer talento joven habría que pensar —de modo similar a como ya está se está realizando— en vídeos biográficos de aspirantes, reportajes y en general, una presencia dinámica en redes sociales. Buena publicidad activa, una gestión rápida y simple del procedimiento y la configuración descrita de los órganos de selección completarían un diseño innovador.

¿Es posible implantar un modelo como el descrito en nuestro ecosistema administrativo, de matriz napoleónica y fuertemente formalista? En momentos como el actual, caracterizados por cambios acelerados en el entorno y de una fuerte europeización de nuestras políticas internas —incluyendo las de selección, algo impensable antes del año 2016— podría resultar factible.

Ban (2010) ha descrito de modo convincente cómo a partir de dos fuerzas de cambio, una ventana de oportunidad y un cierto isomorfismo institucional, fue posible transformar la EPSO en 2002, una agencia basada hasta entonces en el modelo francés del «concours». Nuestra ventana de oportunidad radica, de modo similar al comunitario, en la necesidad de incorporar en los próximos años miles de empleados públicos.

¿Cómo fue posible la transformación de esa «vaca sagrada» que era la EPSO de matriz francesa en 2002? Como casi todos los procesos de cambio exitoso de políticas públicas: apoyo de los actores, una toma de conciencia acerca de lo diferente del contexto, las quejas existentes acerca del modelo en vigor y sobre todo, un liderazgo político consistente. El caso es que necesitamos una transformación, una pequeña revolución en la organización del acceso a la función pública. En primer lugar, la estatal, seguida de la autonómica y la asunción del «elefante en la habitación» que es la selección meritocrática en nuestra galaxia local.

Corolario: una experiencia en curso y algunas conclusiones preliminares

Esta necesidad de revisión profunda del modelo de selección, con las limitaciones que plantea su implementación desde una comunidad autónoma, era la

que subyacía en la Resolución de 3 de junio de 2021, de la consellera de Justicia, Interior y Administración Pública de la Generalitat Valenciana, por la que se constituía un grupo de trabajo, presidido por el profesor Sánchez Morón, para el «Estudio y propuesta de medidas para la innovación en los procesos de selección de personal». La idea era cerrar el ciclo del «modelo valenciano» de selección. Junto al pilar de becas para la preparación del acceso a la función pública, consagrada en el artículo 66 de su reciente ley de función pública, se asumía que «La selección necesita ser repensada, no tanto en el diseño legal cuanto en sus prácticas de gestión. Procesos administrativos dilatados en el tiempo, técnicas de selección meramente memorísticas, que no aseguran la evaluación de destrezas y competencias críticas para el desempeño laboral y temarios inacabables cuya adecuada preparación no todas las familias pueden afrontar, por no hablar de unos órganos de selección integrados por personas que deben compatibilizar su dedicación ocasional con sus propias ocupaciones, son unas prácticas que deben ser revisadas si queremos diseñar un sistema de acceso al empleo público a la altura de lo que demanda la sociedad valenciana del siglo XXI.»

Los ámbitos de mejora a revisar eran amplios, englobando tres ámbitos de intervención: a) el diseño del proceso, el tipo y contenido de las pruebas, b) la reforma del procedimiento administrativo para conseguir mayor agilidad y transparencia, c) por útimo, la especialización y profesionalización de los órganos de selección. Esta innovación ya ha sido plasmada en dos convocatorias —pruebas piloto— y está generando las primeras reflexiones.

El modelo propuesto por la Generalitat Valenciana proponía garantizar que, además de la comprobación de conocimientos, se valorasen las capacidades analíticas y las destrezas, exigiendo la acreditación previa de las competencias digitales e incluyendo como principios de diseño selectivo los de fiabilidad y validez predictiva. En concreto y para los cuerpos que exijan título de grado se postulaba la adopción de un planteamiento basado en una prueba inicial teórica, tipo test, con temarios simplificados, que mediría los conocimientos, y cuya superación dé acceso a un curso selectivo que incluya formación específica y el desempeño laboral tutorizado en un proceso que incluya en su desarrollo la realización de pruebas psicotécnicas y los ejercicios prácticos o de simulación basados en la teoría general de resolución de problemas.

Y de ahí el énfasis puesto en el Informe en la cuestión de la profesionalización mediante la creación a escala autonómica de una Comisión Permanente de Selección (CPS), en la que, significativamente, al menos la mitad de sus integrantes deberían ser personas con dedicación a tiempo completo, debiendo superar todos ellos una formación específica en capacidades técnicas de la selección, jurídicas y éticas. En estos momentos este planteamiento sigue contando con apoyo, en tanto se encuentra prevista la conformación de una CPS concebida por miem-

bros permanentes, apoyada por unidades especializadas y por diverso personal especialista en la disciplina de la psicología del trabajo y de la organización.

No era la única modificación propuesta. La duración de los procesos selectivos, en la mayoría de las ocasiones, más allá de lo razonable, se abordaba también, generalizando las declaraciones responsables y la denominada «regla 10+10+10+10»: diez días hábiles para la presentación de instancias, diez para la publicación de la lista provisional, diez para la subsanación y diez para la publicación de la lista definitiva, contemplando la posibilidad de realizar varias pruebas en el mismo día y acordando la regla de no suspensión del procedimiento ante eventuales recursos. En este punto hay que dejar constancia de que la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Generalitat, de la Función Pública Valenciana, prevé, en su artículo 55.3 que la ejecución de las convocatorias no podrá superar el año.

Esta aproximación ha sido objeto en 2022-2023 de una serie de convocatorias específicas, la 5/2022, para la selección del cuerpo superior de ingeniería informática y, especialmente, la 3/2022, todavía en curso, en la que se prevé la selección de 130 técnicos del subgrupo A1 de Administración General. Las bases incluían, pensando en su aseguramiento jurídico, un anexo con una «monografía profesional», esto es, una definición de las funciones y responsabilidades y del perfil de conocimientos y capacidades profesionales que debían acreditar las personas interesadas. Como es sabido, las tareas son el parámetro de validez jurídica del diseño selectivo. En estas bases se prevé la combinación, en dos partes, de pruebas de conocimientos específicos teóricos y prácticos y pruebas de evaluación de competencias generales. La parte de conocimientos cuenta con la realización —el mismo día— de dos pruebas: un ejercicio tipo test con 160 preguntas de carácter conceptual, a realizar por la mañana, seguido de un segundo ejercicio, con 40 preguntas de carácter práctico. Esta primera parte supone un 50 % del total de la puntuación prevista, 100 puntos. Los mejor calificados en esta fase, más un 10 % adicional de candidatos, accederán a la segunda fase como «funcionarios en prácticas». Esta fase, de cuatro meses, con calificación de «apto/no apto» ha tenido por objeto proporcionar conocimiento práctico y habilidades técnicas sobre diferentes ámbitos de la gestión pública. Tras un mes de formación específica, los tres restantes han conformado la etapa de desempeño práctico en el entorno laboral, supervisados, en el ámbito de cada consejería, por una serie de tutores operativos. Ha sido al final de esta etapa, finales de julio de 2023, cuando han tenido lugar las pruebas de competencias para los 143 aspirantes, en lo que ha constituido el primer ejercicio de la segunda parte, la práctica. Es un modelo que la prensa ha popularizado como el «MIR de la Generalitat Valenciana».

Las pruebas de competencias han sido sin duda, junto con el curso selectivo, la parte más innovadora de la denominada «prueba piloto». Si bien cuantitativamente puede pensarse que resulta escasa, ya que supone un ejercicio en dos partes

que totaliza diez puntos, frente a los cuarenta que supone el ejercicio clásico, jurídico o económico, no lo es si pensamos en la posibilidad de aprendizaje para la organización en su configuración, diseño y ejecución. En lo que respecta al modelo de competencias se optó por no elaborar un marco o diccionario ad hoc, sino que, ya en contacto con personal de la EPSO, se decidió adoptar su modelo, debidamente contextualizado. Modelo cuyo marco de ocho competencias generales (pensamiento crítico, análisis y resolución creativa de problemas; toma de decisiones y obtención de resultados; alfabetización digital y adaptabilidad; autogestión; trabajo en equipo; aprendizaje como capacidad; comunicación y finalmente, espíritu emprendedor dentro de la organización) ha sido el planteamiento que ha fundado el diseño de las pruebas. De la mano de un equipo de la Universidad de Valencia, el Instituto Universitario de Investigación en Psicología de los Recursos Humanos, del Desarrollo Organizacional y de la Calidad de Vida Laboral (IDOCAL), dirigidos por el catedrático José María Peiró, se ha contextualizado dicho esquema competencial a partir de una serie de entrevistas en profundidad a especialistas, que permitieron tomar cuatro de las ocho competencias y sus anclajes conductuales como las variables críticas de desempeño en este proceso selectivo.

Hay que dejar constancia de la novedad que supuso, en unas pruebas de acceso a la función pública superior, la ejecución de las dos pruebas de estas características. En primer lugar, por el denominado «Ejercicio en grupo» un clásico «assessment center» en el que los aspirantes, en grupos de ocho, durante una hora y supervisados por ocho consultores (todos ellos profesores de universidad) realizaron el ejercicio. Citando las bases de la convocatoria, «El objetivo de esta prueba colectiva (…) es medir las capacidades relevantes para el desempeño relacionadas con el trabajo en equipo y otras capacidades de interacción de la persona aspirante en el seno de un grupo o equipo y la calidad de su contribución a una tarea colectiva.» Más compleja y costosa resultó la articulación de la denominada «bandeja electrónica», una «(…) simulación de una situación de trabajo real y reproduce una bandeja de correo electrónico con información relativa a aspectos del trabajo y su desempeño. Los candidatos tienen que encontrar la mejor solución posible en un periodo de tiempo determinado. En concreto, se realiza en un ordenador, en cuyo buzón de correo electrónico la persona aspirante encontrará varios correos que deberá leer y, después, ordenar una serie de acciones que se le proponen para un número de situaciones específicas (…). En concreto, las personas aspirantes responderán entre 18 y 21 preguntas relativas a información proporcionada en esos correos electrónicos».

Como se ha destacado, esta fase ya ha tenido lugar. En estos momentos se encara la prueba final práctica «clásica», a realizar en ordenador, sobre supuestos jurídicos y económicos. ¿Cuál ha sido el balance? A falta del informe de evaluación de impacto y de desempeño en el puesto, verdadero test de relevancia, pue-

de decirse que el ensayo confirma dos de las apreciaciones sostenidas en esta ponencia: que la evaluación de conocimientos no supone un problema, siempre y cuando se combine con otras pruebas. Como recuerda Gorriti Bontigui (2011), este tipo de exámenes tienen como finalidad asegurar el conocimiento del marco de referencia necesario para poder desempeñar las tareas más relevantes. Y este, hoy por hoy, sigue estando caracterizado abrumadoramente por la dimensión normativa. Tampoco se postula su desaparición ni mucho menos, siempre y cuando se combine con otras pruebas. En términos preliminares —y en una apreciación personal que no compromete a la institución— sí cabe programar con más detalle y duración un curso verdaderamente selectivo. Y las pruebas de competencias, aun con una valoración modesta —el diez por ciento del total de la prueba— han demostrado su pertinencia y capacidad predictiva, si bien al precio de una complejidad que, además de permitir aumentar su peso relativo, aconseja, en línea con lo postulado, capacitar específicamente a los integrantes del órgano técnico de selección en su manejo.

Así las cosas, cabría concluir en la validez de la hipótesis con la que se inició el trabajo: las «oposiciones» tal y como se realizan no tienen por qué ser, exclusivamente, pruebas memorísticas. No es un problema de diseño legal, por lo que la cuestión está, insistimos, desenfocada. Puede apostarse por complementar el diseño selectivo con otras técnicas (cursos selectivos, dinámicas de grupo, bandeja electrónica, casos prácticos, etc.) eso sí: siempre y cuando se apueste por una infraestructura institucional para la organización de la selección a la altura de lo que reclama la sociedad española, que va a asistir a un proceso de renovación masiva. No es posible afrontar —no digamos innovar— con la vetusta sistemática consistente en la dedicación ocasional y voluntarista de funcionarios sin especialización para seleccionar a otros funcionarios.

Referencias bibliográficas

Ban, Carolyn (2010). «Reformando el proceso de selección en las instituciones de la Unión Europea: apartando la vaca sagrada del camino», *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, 76(1).

Cuenca Cervera, J. Javier (2018). *Transparencia y función pública*, Barcelona, CEMICAL.

De Vicente Domingo, Ricardo (2022). *La revisión jurisdiccional de los actos de calificación de las pruebas selectivas para el acceso al empleo público*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Férez Fernández, Manuel (2018). «La configuración institucional de las comisiones de mérito en los procesos selectivos: experiencias comparadas y apli-

cación al contexto español», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 14.

GRUPO DE ANÁLISIS Y PROPUESTA DE REFORMAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (2021). *13 propuestas para reformar la Administración del Estado*, Madrid, INAP.

Gorriti Bontigui, Mikel (2018). «Innovar en selección desde la evidencia empírica y las nuevas competencias», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 14.

Gorriti Bontigui, Mikel (2011). «Sistema de selección para el acceso a una función pública posburocrática», *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 7.

Jiménez Asensio, Rafael (2019). «Seis hipótesis sobre la Administración Pública y la selección de empleados públicos en la próxima década», *La Administración al día* (12 de abril de 2019).

Mauri Majós, Juan José (2018). «Gestión de los procesos selectivos, discrecionalidad técnica y control judicial», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 14.

Rodríguez, Alexander (2023). «La selección de personal en la Administración Pública. Qué medir y cómo medirlo», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 24.

Rodríguez, Alexander; Lopez-Basterra, Joseba (2018). «Predictores selectivos en el sector público: validez predictiva y reacciones de los candidatos», *Journal of Work and Organizational Psychology*, núm. 34(3).

Rosanvallon, Pierre (2010). *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, Barcelona, Paidós.

Salgado, Jesús F. (2023). «Validez predictiva e igualdad de trato de la oposición como método de selección para Inspectores de Hacienda y Técnicos de Hacienda del Estado», *Journal of Work and Organizational Psychology*, 39(2).

— (2010). *Selección de recursos humanos por competencias en las Administraciones Públicas: evidencias basadas en la investigación*, Barcelona, CEMICAL.

Sánchez Morón, Miguel (2012). «Consideraciones sobre la reforma del régimen de acceso al empleo público», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 45.

VII

EL PAPEL DE LA CIENCIA EN EL SIGLO XXI

CIENCIA, POLÍTICA Y SOCIEDAD: UNA RELACIÓN COMPLEJA

Vincenzo Pavone
Director del Instituto de Políticas y Bienes Públicos (IPP-CSIC)

A unos 14 años luz de la Tierra, los telescopios más avanzados han descubierto un planeta que se encuentra en la zona de habitabilidad, conocida en inglés como *goldilock,* a una distancia de su estrella adecuada para que en su superficie haya agua en estado líquido. De todos los exoplanetas descubiertos hasta la fecha, este planeta, nombrado Wolf 1061c, parece el más prometedor en términos de probabilidad de que haya vida primordial. Quizás esta digresión, interesante desde un punto de vista astronómico, pueda resultar de escaso interés a la hora de abordar la relación entre ciencia y política. Sin embargo, la relación entre nuestro planeta azul y Wolf 1061c puede aportarnos una metáfora interesante para entender como hasta hace poco se solían enmarcar las relaciones entre ciencia y política. Como la Tierra y Wolf 1061c, ciencia y política se han considerado dos mundos separados, suficientemente lejos el uno del otro para que no pueda haber relación directa, pero suficientemente cerca como para poderse observar y, en cierta medida, conocer. Esta visión de la relación entre ciencia y política, y entre ciencia y sociedad también, ha acarreado muchas consecuencias relacionadas no solamente sobre cómo se desarrolla la ciencia, sino también sobre cómo opera el mundo de la política.

En el texto que sigue me dedicaré precisamente a detallar estas consecuencias, usando metáforas y ejemplos, para que nos resulte posible, al final del recorrido, pensar la relación entre ciencia, política y sociedad de manera distinta, y quizás más fértil para diseñar nuevas trayectorias de innovación y de ciencia, y del cambio social que suele acompañar esta última. Y, por supuesto, también más fértil para repensar la forma en la que ciencia y política pueden interaccionar y generar políticas públicas más sofisticadas y exitosas.

Cualquier narrativa que pretenda abordar la relación entre ciencia, política y sociedad tiene que empezar por una breve reseña de cómo esta relación ha evolu-

cionado en los últimos 30-40 años. Si bien durante la época de la *Big Science*, en los años cincuenta y sesenta, la ciencia tenía una relación muy directa con el mundo de la política, ya que de este mundo procedían ingentes cantidades de financiación para grandes proyectos de desarrollo científico, como la energía nuclear, el crecimiento de la innovación militar y los grandes avances de la medicina, esta relación directa, y entonces poco controvertida, entra en crisis a mediados de los años setenta (una reciente historia de este proceso en Cramer, 2020).

En aquella época de contestación social, que empezó a cuestionar por ejemplo las inversiones en la innovación militar o la centralización extrema de las decisiones sobre las inversiones en ciencia e innovación tecnológica, ya se podían vislumbrar los primeros brotes de un cambio que asignaba al sector privado cada vez más iniciativa y más relevancia. Entre otras cosas, la crisis económica del modelo clásico basado en la manifactura y la necesidad de buscar otras formas de generar innovación para cambiar el modelo de desarrollo, llevaron por ejemplo multinacionales del sector químico, como Monsanto y Singenta, a desarrollar nuevas plantas transgénicas, aprovechando el simultaneo avance en la genética. Poco a poco, el sector privado fue estrechando lazos con el mundo de la ciencia, aportando inversiones ingentes y fijando nuevas prioridades. Exagerando un poco, se podría decir que la ciencia, que durante muchas décadas había avanzado de la mano de los gobiernos y de su financiación, se encuentra de repente con nuevos compañeros de viajes, como multinacionales, fondos de inversión y pudientes empresarios dispuestos a arriesgar mucho para conseguir algo completamente novedoso, que cambiará las reglas del juego y aportará ventajas significativas en el mercado durante mucho tiempo.

Estos cambios no llegaron sin consecuencias. Sin llegar a idealizar la época de Big Science, que ha sido ampliamente criticada (Martin, 2023), a medida que la ciencia y la inversión privada estrechaban sus lazos y avanzaban en el camino, nuevas controversias iban surgiendo. Debido al evidente conflicto de interés que se genera cuando quien financia la ciencia tiene un interés de mercado en sus resultados de trasferencia, ya a finales de los años ochenta y, desde luego, a principio de los noventa, varias asociaciones ciudadanas, así como también científicos sociales y naturales, empezaron a cuestionar esta nueva situación. Las críticas no iban necesariamente a cuestionar que algunos fondos de inversiones privadas apoyaran la innovación científica y tecnológica. Más bien iban dirigidas a cuestionar, en primer lugar, que esta relación ocurriera en un vacío institucional sin controles, sin contrapoderes y sin escrutinio y, en segundo lugar, que la sociedad, en sus múltiples agregaciones, no tuviera voz en este proceso. Sobre todo, muchos argumentaban, cuando la financiación pública seguía teniendo una importancia económica muy relevante pero una capacidad de influir sobre direcciones y resultados muy limitada.

La catástrofe nuclear de Chernobyl en los ochenta y la crisis de la EEB, a mediados de los noventa, desencadenaron un creciente escepticismo sobre la ciencia como motor de progreso y desarrollo, que en Europa estalló con fuerza en los años noventa, generando una gran hostilidad hacia los organismos genéticamente modificados (OGM). Pensando que el problema se debía a una escasa educación científica de la ciudadanía, numerosas administraciones públicas desarrollaron campañas informativas para mejorar el nivel de conocimiento científico de los ciudadanos y, así, reducir el escepticismo y la hostilidad hacia determinadas innovaciones (Durant y Legge, 2005). Fueron estos los años de oro de un enfoque conocido como modelo de déficit o *public understanding of science*, en los términos del informe de la Royal Society of London, de 1985. Según este modelo, cuanto más elevado sea el nivel de conocimiento científico, más fuerte será el apoyo a la ciencia y tecnología. Por el contrario, un nivel bajo de conocimiento debería estar asociado a un alto nivel de escepticismo o incluso hostilidad hacia la ciencia y la tecnología (Miller, 2001; Allum, Sturgis, Tabourazi y Brunton-Smith, 2008). A partir de este enfoque, se realizaron muchos estudios cuyo objetivo era precisamente recoger las opiniones públicas para informar y ayudar el mundo de la política a elaborar medidas y acciones políticas apropiadas, promover el progreso científico y facilitar la aceptación pública de las nuevas tecnologías (Thomas y Durant, 1987; Ziman, 1991; Wynne, 1995; Jasanoff y Wynne, 1998; Miller, 2001).

El fracaso de estas campañas y los trabajos críticos del modelo de déficit facilitaron un replanteamiento de la relación entre ciencia, tecnología y sociedad. Pronto resultó evidente que el escepticismo de los ciudadanos se debía a más factores y no solamente al nivel de conocimiento científico (Wynne, 1995). Además, quedó claro que el aumento del conocimiento científico de los ciudadanos no siempre producía un aumento del consenso, ya que muchos países desarrollados en biotecnología mostraban un menor apoyo público a las mismas que países en su fase de infancia tecnológica (Gaskell et al., 1997; Bauer, Durant y Evans, 1994; Durant; Bauer; Gaskell; Midden; Liakopoulos y Scholten, 2000). Además, se pudo comprobar cómo un aumento de apoyo hacia la ciencia en general no se traducía automáticamente en un mayor apoyo hacia todas las nuevas aplicaciones tecnológicas (Allum, Sturgis, Tabourazi y Brunton-Smith, 2008; Koivisto Hursti y Magnusson, 2003). De hecho, no solo este apoyo no incluía las tecnologías que presentaban mayores controversias éticas, sino que, por ejemplo, las biotecnologías médicas (o rojas) conseguían un mayor nivel de aceptación pública que las biotecnologías agrícolas (o verdes). Gracias a estos primeros replanteamientos, hoy en día prácticamente todos los avances recientes en ciencia y tecnología, especialmente cuando se trate de tecnologías potencialmente controvertidas (por ejemplo, las biotecnologías, la ingeniería genética o, más recientemente, la inte-

ligencia artificial), suelen venir acompañados por una variedad de mecanismos de evaluación, que tienen como objetivo estimular la opinión pública e informar a los ciudadanos sobre los beneficios y los riesgos potenciales de su implementación (Rowe y Frewer, 2005). En general estos mecanismos de participación y evaluación de la ciencia y de la tecnología se conocen como actividades de «*public engagement with science*» o «compromiso público» hacia la ciencia y la tecnología (Rowe, Horlick-Jones, Walls, Poortinga y Pidgeon, 2008).

Tanto durante la época de *Big Science* como durante la época dominada por el modelo de déficit la relación entre ciencia, política y sociedad estaba marcada por la visión que conceptualizaba estos mundos como planetas lejanos, como la Tierra y Wolf 1061c. Mundos separados, distintos, cuya génesis y evolución había ocurrido por separado, aunque hubiese tenido lugar intercambios económicos entre ellos. Cómo mucho, en esta visión, se llegó a defender que el papel de la ciencia fuese el de decir la verdad a la política (*speak truth to power*), como si la ciencia fuera el reino de la verdad absoluta y la política el mundo del oportunismo, de la necesidad o del interés (Kelsen, 1951). Sin embargo, los enfoques de compromiso público (o *public engagement*) cambiaron significativamente la forma de entender precisamente esta relación: siguiendo con la analogía astronómica, situaron estos planetas en nuestro sistema solar. Como la Tierra y Marte, o la Tierra y la Luna, ciencia, política y sociedad ahora se entendían más bien como mundos separados, sí, pero con una génesis común, sujetos a las mismas fuerzas procedentes del Sol, con una evolución parecida y suficientemente cercanos para que hubiese interacción constante. Esta nueva perspectiva alentó la búsqueda de patrones comunes, de puntos de contacto, de estudios de dinámicas similares. Ciencia, política y sociedad ya no estaban lejos en el espacio, sino cerca, orbitando juntos alrededor de una estrella común, sujetos a fuerzas y fenómenos parecidos: estudiando uno de ellos se podía aprender del otro.

Así fue que nuevos estudios, llamados «contextualistas», estudiaron el impacto de muchos factores sociales, políticos, culturales y económicos en la relación entre ciencia, sociedad y política, demostrando, por ejemplo, que la confianza social, es decir, la disponibilidad a creer las opiniones de aquellos que poseen la responsabilidad de tomar decisiones, se reveló un factor relevante a la hora de determinar la actitud social hacia la ciencia y la tecnología (Siegrist y Cvetkovich, 2000; Connor y Siegrist, 2010). Así mismo, la similitud de valores éticos salientes (SVS) entre ciudadanía y expertos facilita que aumente la confianza, y por lo tanto el apoyo (Connor y Siegrist, 2010; Chritcley, 2008). Los nuevos enfoques contextualistas, además, otorgaron a la ciudadanía un papel más activo, porque consideraban que la ciudadanía tenía un conocimiento clave de los factores contextuales que afectan al desarrollo y la implementación de la ciencia y de la tec-

nología, necesario para complementar el conocimiento científico y técnico proporcionado por los expertos (Miller, 2001).

Este reconocimiento abrió la puerta a implicar a la ciudadania como actor relevante en la evaluación de la tecnología y generación de conocimiento. Fue así como surgieron los enfoques participativos (*PTA: participatory technology assessment*), que no solamente insistían en la importancia de fomentar el dialogo entre ciencia, política y sociedad sino que también propusieron implicar a la ciudadanía en el corazón de la actividad científica, es decir, en el diseño, construcción e implementación de los proyectos científicos o, en su definición en inglés, *upstream* (Wilsdon y Willis, 2004). Los enfoques participativos defienden por lo tanto la necesidad de generar una participación activa de la sociedad no solamente una vez las tecnologías estén listas para entrar en el mercado sino en las primeras fases de su desarrollo, cuando está aún todo por decidir. De esta manera, insisten, habrá sitio para que tanto el conocimiento de tipo experiencial como los propios valores de la ciudanía puedan aportar una contribución relevante para el diseño y la trayectoria de la innovación tecnológica. Además, continúan, esto generará menos rechazo y dará indicaciones muy valiosas a los policy-makers a la hora de regular la introducción de las nuevas tecnologías en la sociedad (Ferretti y Pavone, 2009; Pavone y Degli Esposti, 2012).

A modo de ejemplo, el Expert and Citizen Assessment of Science and Technology (ECAST) reúne la investigación académica, la educación científica informal, los programas de ciencia ciudadana y el análisis de políticas no partidistas para involucrar a los ciudadanos. ECAST crea deliberaciones entre pares para informar a los ciudadanos y solicitar su opinión sobre cuestiones de política de ciencia y tecnología, en un esfuerzo por informar más plenamente la toma de decisiones. Otro ejemplo de proyecto científico participativo fue el Surprise Project (Surveillance, privacy and security, 2012-2015), del que fui investigador principal en España. Financiado por el programa FP7, Surprise investigó cómo la ciudadanía valoraba el *trade off* entre privacidad y seguridad al que se refieren los responsables políticos en el ámbito de las tecnologías de seguridad basada en la vigilancia. El proyecto identificó los principales desafíos a los que deben enfrentarse las políticas de seguridad y políticas tecnológica y los factores que influyen en la aceptabilidad y la aceptación de estas tecnologías de seguridad, estudió el diseño técnico de las opciones legales existentes y de las eventuales alternativas no técnicas y desarrolló modelos empíricos e hipótesis acerca de las relaciones que se establecen entre la privacidad y la seguridad. El mecanismo participativo del Surprise fue una versión modificada de la cumbre ciudadana. Tradicionalmente las cumbres ciudadanas son herramientas de participación y votación sobre temas de relevancia politica. No generan datos cientificos y no entran en el analisis de los procesos sociales detrás de las posturas de los ciudadanos. En Surprise combi-

namos la tecnología de los *clickers* de votación con una encuesta interactiva, la organización de grupos de discusión y la generación de *inputs* de información audiovisuales en unico evento de una tarde con 200 personas. A raíz de Surprise se pudo descubrir que la ciudadanía, en efecto, reclamaba más medidas de seguridad porque no había satisfacción con las políticas de seguridad existentes, pero no estaba dispuesta a renunciar a su privacidad a cambio de más seguridad. En realidad, no pedía más seguridad sino unas políticas de seguridad diferentes que abordasen sus prioridades ciudadanas en este ámbito, coordinada a nivel europeo por organismos públicos, restringiendo la vigilancia a los sospechosos y respetando los derechos humanos y las disposiciones legales vigentes. Además, insistía en la necesidad de informar a las personas que se encuentran bajo investigación, permitiendo el acceso a los datos tan pronto como sea posible. Finalmente, expresó la necesidad de hacer que las agencias de seguridad fuesen responsables de los abusos y los errores, en un contexto en el que la introducción de tecnologías de vigilancia debe formar parte de una estrategia más amplia de lucha contra las raíces sociales y económicas de la delincuencia y la inseguridad (Pavone, Ball, Degli Esposti, Dibb y Santiago-Gómez, 2017).

Más allá de los resultados científicos de los proyectos basados en los enfoques participativos, el gran avance de esta perspectiva fue reducir la distancia entre ciencia y política y adoptar una nueva visión en que ambas realidades se entendían como prácticas sociales. Ya no se trataba de que la ciencia se dedicara a *decir la verdad al poder*: ahora ciencia y política se disponían a *construir juntas políticas públicas,* trabajando codo a codo para definir los problemas, incorporando el conocimiento lego y las prioridades de la ciudadanía y aprovechando los últimos avances científicos (Hoppe, 1999).

Sin embargo, esta nueva forma de entender la relación entre ciencia, política y sociedad ni llegó a imponerse como dominante ni se libró de críticas relevantes. En particular, las polémicas surgidas por el escaso impacto de los PTAs en el *policy making* han llevado varios autores a subrayar la importancia de estudiar los valores éticos de los propios científicos, criticando la construcción social de los públicos implicados en los mecanismos participativos. Además, han insistido en la necesidad de valorar y cuestionar no solamente las tecnologías sino también el conocimiento y las propias practicas de evaluación y regulación de la tecnología, además de las definiciones propias de los problemas tal y como se plantean en estos mecanismos participativos. Estos enfoques más recientes defienden la importancia del conflicto en una sociedad democrática y argumentan que no siempre la búsqueda de un dialogo es la forma mejor de abordar estos temas, ya que no consideran que los mecanismos participativos sirvan realmente a reforzar el proceso democratico. Algunos autores han llegado a considerar que inclusos los más inclusivos de estos mecanismos de participación pueden dar una sensación de avance democrático en

la gestión de la ciencia sin realmente aportar cambios radicales ni tampoco participación efectiva (Chilvers y Kearnes, 2020), agravando incluso el déficit democrático, cada día más presente en una sociedad cada vez más tecnocrática.

Poco a poco, en los últimos años se ha ido cristalizando una nueva y más sofisticada visión de la relación entre ciencia, política y sociedad. En particular, a partir de un nuevo enfoque, propuesto por Jasanoff (2005), ciencia y orden social se han conceptualizado como dos elementos estrechamente conectados en una relación que ella definió como *co-production*. Según esta autora, la realidad de la experiencia humana emerge como los logros conjuntos de la empresa científica, técnica y social: la ciencia y la sociedad se coproducen, cada una suscribiendo la existencia de la otra. En una relación de co-producción, ciencia (y por ende la tecnología) y orden social van evolucionando juntos, porque los nuevos avances científicos y tecnológicos vienen generados por una visión muy definida del orden social dominante que contribuyen así a reforzar. A su vez, las nuevas tecnologías y los avances científicos asociados también reciben del orden social dominante un apoyo y un empuje significativo, que determina en buena medidas sus prioridades y sus direcciones, bien a través de medidas financieras, bien a través de medidas de regulación. Esta simbiosis se genera y mantiene a través de imaginarios que Jasanoff define como «imaginarios sociotécnicos», es decir, visiones de futuro que conciben formas de vida y orden social estrechamente unidas a los avances de la ciencia y la tecnología. Los imaginarios sociotécnicos se caracterizan por ser el fruto de una imaginación colectiva, que encuentran la forma de estabilizarse institucionalmente y, por ende, de encontrar apoyo en representaciones públicas. Los imaginarios sociotécnicos definen lo que se considera colectivamente bueno y deseable, incluyendo visiones normativas sobre cómo debería vivirse la vida u organizar la sociedad. Por lo tanto, los imaginarios sociotécnicos juegan un papel crucial en la generación e implementación no solo de las trayectorias de innovación científica y tecnológica sino también de políticas públicas concretas, moldeando así el orden sociopolítico. Este concepto, desarrollado por primera vez en 2005, fue después aplicado empíricamente: Jasanoff y Kim (2015) abordan casos concretos como el arroz transgénico en China o las células madres en Corea del Sur, con varios capítulos en los que se destacan las distintas visiones del progreso científico y tecnológico que conllevan ideas implícitas sobre prioridades políticas, futuros colectivos y bienestar común.

Desde una perspectiva de coproducción, la ciencia es una práctica social que opera a través de instituciones, normas, leyes, entes financiadores, sistemas de evaluación, colaboraciones con empresas, incentivos económicos, costumbres, redes de apoyos…, igual que cualquier otra practica social. Por lo tanto, la ciencia produce lo que podemos llamar *conocimiento situado*: es decir, conocimiento fiable, validado y falsable, pero situado en un contexto sociopolítico especifico con-

creto que ha tenido un papel clave en la generación de este conocimiento. Quizás un ejemplo pueda ayudar a comprender esta aparente contradicción. Tanto la genética como la epidemiología son disciplinas científicas muy sólidas, basadas en experimentos, control por pares y sofisticados instrumentos de medición, sin que se cuestionen la validez de sus resultados. Sin embargo, estas disciplinas reflejan fielmente los imaginarios sociotécnicos que las impulsaron en sus momentos de auge. La epidemiología tuvo gran impulso en los años setenta, cuando los imaginarios sociotécnicos reforzaban una visión más social, más colectiva, más atenta a mecanismos y tendencias poblacionales. La genética, por el contrario, tuvo su momento de auge en los años noventa, cuando los imaginarios sociotécnicos apuntaban a una dirección menos colectiva, más atenta a las características propias de los individuos, restando peso a la importancia de los grandes factores ambientales y sociales de las enfermedades.

Desde esta perspectiva, ya no se trata de pensar ciencia y política como planetas distintos, por cercanos que sean. Se trata de entender que ciencia y política son prácticas sociales que han coevolucionado a lo largo de la historia moderna y que comparten muchos elementos en común. Para imaginarlo en forma de analogía, ya no podemos recurrir a la astronomía: será la genética la que nos ayude a entender. Como el *homo neandertalensis* y el *homo sapiens* proceden de un ancestro común y han coexistido a lo largo de miles de años, intercambiando genes y elementos culturales, asimismo ciencia y política han ido coevolucionando a lo largo de los siglos que nos separan de aquellos primeros intentos de mirar más allá de la Biblia, al Libro de la Naturaleza como a otro código fundamental de donde derivar la voluntad de Dios. Siendo los dos libros del mismo autor, argumentaban los primeros filósofos naturales del siglo XVI y XVII, no podía haber incongruencias: mirar (y estudiar) la naturaleza fue entonces una nueva, y bien religiosa, forma de acercarse al orden divino. Así nació la ciencia de Bacon, de Comenius, de Hartlib, de Doyle (Pavone, 2008).

Si aceptamos que ciencia y política son practicas sociales que han coevolucionado a lo largo del camino que conocemos como modernidad, las implicaciones tienen un alcance más amplio y más práctico de lo que parece a primera vista. Para poder apreciar estas implicaciones, quizás nos podrían ayudar unos ejemplos concretos.

Cuando tengo la oportunidad de hablar de neutralidad de la ciencia y de la relación entre ciencia, política y sociedad normalmente suelo empezar por una imagen de un atasco en la M30 de Madrid. A continuación, pregunto a los asistentes qué problema creen que nos está enseñando esta imagen: en nueve de cada diez casos la respuesta es la contaminación. No cabe duda de que el atasco en la M30, con los coches casi parados que tardan casi media hora en recorrer el breve tramo que va de Méndez Álvaro a Chamartín, produce una cantidad de contami-

nación brutal. Sin embargo, los asistentes suelen fijarse en las emisiones de los vehículos como el problema principal, sin cuestionar otras variables. Por ejemplo, casi nadie cuestiona que haya tantos coches recorriendo este tramo a la misma hora. Todos dan por sentado que moverse en coche es necesario y que el problema reside en las emisiones. Un coche eléctrico, opinan luego, no emite gases: problema solucionado. Pero esa visión es muy limitada y no considera que quizás el problema de fondo no está en las emisiones del motor sino en el entramado social que hace imprescindible el movimiento en coche. Es decir, la mayoría de las personas definen el problema contaminación en función de las emisiones de los coches y no en función del movimiento de estos. Eso se debe a la fuerza invisible de los imaginarios sociotécnicos que apuntan al coche como a una forma colectiva deseable de moverse y de realizar nuestras actividades cotidianas. Por lo tanto, los esfuerzos científicos y tecnológicos se han dirigido casi completamente a encontrar formas de mover los coches sin emitir gases. Apenas hay investigación sobre como reestructurar la movilidad urbana o sobre los factores económicos, culturales y sociales que llevan a tanta gente a moverse en coche particular.

Voy a poner otro pequeño ejemplo. Después de la imagen del atasco, normalmente paso una diapositiva con un mapa de las islas de plásticos del planeta. Cuando pregunto por el problema, una vez más, casi todos los asistentes me contestan que necesitamos tecnologías avanzadas para recolectar este plástico. Casi nadie se pregunta por qué y cómo acaba tanto plástico en los océanos. Por eso nadie se sorprende cuando presento uno de los inventos más interesantes en este sentido: un aparato alimentado por energía solar capaz de navegar solo y de recolectar toneladas de plásticos. Sin embargo, les comento: imaginemos que estos aparatos sean capaces de recolectar todo el plástico de los océanos en tres meses. Fantástico. Y después, ¿qué hacemos con todo este plástico? El punto es que hay tanto plástico en el océano porque, realmente, no sabemos qué hacer con él y reciclarlo cuesta más de lo que parece. El problema de fondo no está en su recolección o reciclaje, sino en su producción. Una vez más los imaginarios sociotécnicos dominantes refuerzan nuestros deseos de envases ligeros, cómodos, de usar y tirar. Por esto, mucha innovación se dedica a generar envases de bioplásticos biodegradables: es una manera de abordar el problema sin cuestionar la costumbre de tener envases de usar y tirar.

Si se miran con atención, estas soluciones tecnológicas tienen un enfoque similar a la hora de enfrentarse a los problemas. Primero, porque definen problemas sociales complejos en función de unas soluciones tecnológicas relativamente sencillas. Segundo, porque promocionan soluciones de corte individualista. Tercero, porque no solo no cuestionan las practicas sociales y económicas actuales, sino que contribuyen a reforzar el orden social dominante. Estos dos ejemplos

demuestran claramente cómo ciencia, sociedad y política están profundamente conectados tanto en el enfoque que se da a los problemas como en las soluciones tecnológicas y las medidas de políticas públicas que se adoptan. Las soluciones tecnológicas mencionadas no solamente revelan la fuerza de los imaginarios sociotécnicos y la relación estrecha entre ciencia y orden social, sino también las consecuencias de seguir pensando ciencia y política como entidades separadas y distintas. Dicho de otra manera, mientras sigamos ignorando la naturaleza profundamente social de la ciencia y de la política, así como su estrecha relación de coproducción, seguiremos buscando soluciones muy limitadas a problemas complejos, impulsando la innovación científica hacia caminos que contribuyen a reforzar el orden social dominante.

Quizás ninguna de las teorías debatidas pueda explicar de manera exhaustiva la complejidad de la relación entre ciencia, política y sociedad, pero hemos visto que pensarlas como mundos separados tiene consecuencias. Ya he mencionado la estrechez en la definición de los problemas, las limitaciones de las soluciones tecnológicas que se deriva de esta estrechez y la tendencia de la innovación a contribuir a mantener el orden social dominante. Pero hay alguna más. Por ejemplo, ignorar el papel crucial de los imaginarios sociotécnicos nos hace olvidar que para elaborar políticas públicas eficaces no es suficiente contar con evidencia científica, aunque esta sea necesaria. Es igualmente importante reconocer el papel de las dinámicas económicas, de poder y de jerarquías que han contribuido tanto a la producción de estas evidencias científicas como a la propia definición del problema a estudiar y, por lo tanto, de la forma de abordar los estudios correspondientes. Reconocer estas dinámicas no solamente no disminuye la importancia de la aportación científica para la elaboración de políticas públicas, sino que nos hace más atentos a considerar la complejidad y la interconexión de muchos de nuestros retos sociales y tecnológicos. En este sentido, la aportación de las ciencias sociales y humanas, así como la participación ciudadana, en la definición y estudio de los retos y en la innovación tecnológica relacionada pueden ser fundamentales, permitiendo avanzar hacia una innovación eficaz sin olvidar los problemas de fondo y el contexto social en el que vivimos.

Referencias

Allum, Nick; Sturgis, Patrick; Tabourazi, Dimitra; Brunton-Smith, Ian (2008). «Science knowledge and attitudes across cultures: A meta-analysis», *Public understanding of science*, 17(1).

Bauer, Martin; Durant, John; Evans, Geoffrey (1994). «European Public Perceptions of Science», *International Journal of Public Opinion Research*, 6(2).

Chilvers, Jason; Kearnes, Matthew (2020). «Remaking Participation in Science and Democracy», *Science, Technology & Human Values,* 45(3).

Connor, Melanie; Siegrist, Michael (2010). «Factors influencing people's acceptance of gene technology: The role of knowledge, health expectations, naturalness, and social trust», *Science communication*, 32(4).

Cramer, Katharina C. (2020). *A Political History of Big Science The Other Europe,* London, Palgrave Macmillan.

Critchley, Christine R. (2008). «Public opinion and trust in scientists: the role of the research context, and the perceived motivation of stem cell researchers», *Public Understanding of Science*, 17(3).

Durant, John; Bauer**,** Martin; Gaskell, George; Midden, Cees J.H.; Liakopoulos, Miltos; Scholten, Loes M. (2000): «Two cultures of public understanding of science and technology in Europe», en M. Dierkes; C. von Grote (ed.): *Between understanding and trust: the public, science and technology*, London: Routledge.

Durant, Robert F.; Legge Jr, Jerome S. (2005). «Public opinion, risk perceptions, and genetically modified food regulatory policy: Reassessing the calculus of dissent among European citizens», *European Union Politics*, 6(2).

Ferretti, Maria Paola; Pavone, Vincenzo (2009). «What do civil society organisations expect from participation in science? Lessons from Germany and Spain on the issue of GMOs», *Science and Public Policy*, 36(4).

Gaskell, George et al. (1997): «Europe ambivalent on biotechnology», *Nature*, 387.

Hoppe, Robert (1999). «Policy analysis, science and politics: from 'speaking truth to power' to 'making sense together'», *Science and public policy*, 26(3).

Kelsen, Hans (1951). »Science and politics», *American Political Science Review*, 45(3).

Koivisto Hursti, Ulla Kaisa; Magnusson, Magnus Karl (2003): «Consumer perceptions of genetically modified and organic foods. What kind of knowledge matters?», *Appetite* 41(2).

Jasanoff, Sheila (2005). *Designs on nature: Science and democracy in Europe and the United States*, Princeton, Princeton University Press.

Jasanoff, Sheila; KIM, Sang-Hyun (2015). *Dreamscapes of modernity: Sociotechnical imaginaries and the fabrication of power*. Chicago, University of Chicago Press.

Jasanoff, Sheila; Wynne, Brian (1998). «Science and decision-making», en S. Rayner; E. Malone (ed.): *Human choice and climate change. Volume 1: The societal framework*, Columbus, Batelle Press.

Martin, J.D. (2023). «Critiques of Big Science», en P. Charitos; T. Arabatzis; H. Cliff; G. Dissertori; J. Forneris; J. Li-Ying (ed.): *Big Science in the 21st Century: Economic and Societal Impacts*. Bristol, IOP Publishing.

Miller, Steve (2001). «Public understanding of science at the crossroads», *Public Understanding of Science* 10(1).

Pavone, Vincenzo (2008). *From the Labyrinth of the World to the Paradise of the Heart: Science and Humanism in UNESCO's Approach to Globalization*. Lanham. Lexington Books.

Pavone, Vincenzo; Ball, Kirstie; Degli Esposti, Sara; Dibb, Sally; Santiago-Gómez, Elvira (2017). «Beyond the security paradox: Ten criteria for a socially informed security policy», *Public Understanding of Science*, 27(6).

Pavone, Vincenzo; Degli Esposti, Sara (2012). «Public assessment of new surveillance-oriented security technologies: Beyond the trade-off between privacy and security», *Public Understanding of Science*, 21(5).

Rowe, Gene; Frewer, Lynn J. (2005). «A Typology of Public Engagement Mechanisms», *Science, Technology & Human Values* 30(2).

Rowe, Gene; Horlick-Jones, Tom; Walls, John; Poortinga, Wouter; Pidgeon, Nick F. (2008). «Analysis of a normative framework for evaluating public engagement exercises: reliability, validity and limitations», *Public Understanding of Science* 17(4).

Siegrist, Michael; Cvetkovich, George (2000). «Perception of Hazards: The Role of Social Trust and Knowledge», *Risk Analysis* 20 (5).

Thomas, G.P.; Durant, John R. (1987). «Why Should We Promote the Public Understanding of Science?», en M. Shortland (ed.): *Scientific Literacy Papers*, Oxford, Rewley House.

Wilsdon, James; Willis, Rebecca (2004). *See-through Science: Why public engagement needs to move upstream*, London, Demos.

Wynne, Brian (1995). «Public Understanding of Science», en S. Jasanoff; G. Markle; J. Petersen; T. Pinch: *Handbook of Science and Technology Studies*, London, Sage.

Ziman, John (1991). «Public Understanding of Science», *Science, Technology & Human Values* 16(1).

CIENCIA PARA LA GOBERNANZA DEL SIGLO XXI. NUTRICIÓN Y SALUD SOSTENIBLES

María Dolores del Castillo Bilbao
Investigadora Científica del Instituto de Investigación en Ciencias de la Alimentación (CSIC-UAM)
orcid.org/0000-0001-6309-5383
mdolores.delcastillo@csic.es

Una alimentación inadecuada tiene profundas consecuencias en la salud y el bienestar de las personas, en su desarrollo físico y cognitivo y en sus medios de subsistencia. La alimentación adecuada es un derecho humano, nuclear y transversal, que afecta el derecho a la vida, a la integridad física y a la dignidad personal. El número de hogares en situación de malnutrición e inseguridad alimentaria se ha incrementado a nivel global como consecuencia de la actual crisis del costo de la vida, también llamada crisis tridimensional *alimentaria, energética y financiera*, sin precedentes. Crisis interconectadas asociadas al cambio climático, la pandemia de la COVID-19 y el conflicto geopolítico de Ucrania. Una buena nutrición constituye la base para garantizar el bienestar y el potencial humano. Alcanzar este reto global implica una transformación radical y la modernización de los sistemas alimentarios. En este sentido, la ciencia, la tecnología y la innovación derivadas del trabajo coordinado de expertos de la academia en agricultura, ciencia y tecnología de los alimentos, economía y salud es crucial. La transferencia de este conocimiento es una necesidad urgente que implica a todos los actores de los sistemas alimentarios, administraciones públicas, organizaciones de la sociedad civil y actores privados. La gobernanza para la adopción de dietas saludables y sostenibles requiere políticas parlamentarias encaminadas al reconocimiento constitucional del derecho a la alimentación en España y al establecimiento de nuevas bases para una sociedad global sostenible, en línea con las políticas europeas y de las Naciones Unidas.

1. Introducción: el círculo vicioso de la malnutrición y las crisis globales

Alimentarse es un acto imprescindible para la supervivencia, el cuidado personal, la socialización y el compromiso con el entorno. La función de los alimentos es suministrar la energía y los nutrientes necesarios al organismo para poder desarrollar adecuadamente las funciones fisiológicas y bioquímicas. Sin embargo, alimentarse correctamente no solo es de gran importancia para nuestro bienestar físico. Con nuestra elección decidimos la sociedad que queremos a través de la elección diaria de dónde y en qué nos gastamos nuestro dinero. Cuando actuamos como consumidores el precio suele ser la variable que más se tiene en cuenta. El precio final del producto que elegimos respalda los derechos y garantías que se incorporan a las producciones y prestaciones de servicios. Nuestras decisiones alimentarias y de consumo no sólo afectan a nuestra salud y al estado de nutrición, sino que también contribuyen a cimentar un sistema de producción alimentaria que puede o no ser sostenible.

Nos encontramos en la mayor crisis de costo de vida del siglo XXI. El conflicto geopolítico de Ucrania ha agravado la frágil y delicada situación heredada del cambio climático y la pandemia de la COVID-19. Estamos inmersos en el círculo vicioso de las crisis globales interconectadas (alimentaria, energética y financiera), sin precedentes en el mundo. Una crisis tridimensional que genera el aumento de los precios de los alimentos, el aumento de los precios de la energía y el endurecimiento de las condiciones financieras. Cada uno de estos elementos puede tener efectos importantes por sí solo, pero también pueden alimentarse entre sí creando círculos viciosos. Esta crisis tridimensional representa un factor de riesgo de malnutrición e inseguridad alimentaria (Gráfico 1).

Los altos precios de la energía han incrementado los costos de fertilizantes y transporte. Estos dos factores han incrementado los costes de producción de alimentos. Consecuentemente, se ha reducido el rendimiento agrícola y aumentado aún más el precio de los alimentos. A su vez, han aumentado los indicadores de inflación y la situación financiera es más restrictiva. Una elevada inflación implica altos precios para los alimentos y energía y un mayor costo de vida. Muchas familias se han visto obligadas a reducir el número de comidas o la calidad de estas, abandonar el colegio y reducir gastos en salud. En muchos casos, son las mujeres las más afectadas por estas decisiones. A largo plazo, esto puede llevar a mayor pobreza y desigualdad, bajo nivel educativo y caída de los salarios reales. Todo esto reduce la capacidad de las personas y los gobiernos para hacer frente a la crisis tridimensional, lo que alimenta aún más el malestar social y político. Un informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en

Gráfico. 1 El círculo vicioso de la malnutrición y las crisis globales



Gráfico. 2 Soluciones basadas en la ciencia: sistemas alimentarios sostenibles



Fuente: Irene Cuesta Mayor y María Dolores del Castillo Bilbao (CSIC)

inglés) acerca del impacto global de la guerra en Ucrania sobre la alimentación, la energía y los sistemas financieros ha indicado que el crecimiento del producto interior bruto (PIB) mundial se ha revisado a la baja desde el inicio de la guerra de Ucrania y el precio de los alimentos se ha incrementado en un 15 % desde 2020.

La malnutrición es la condición que resulta de una dieta desequilibrada en la que se carece de ciertos nutrientes, se tienen otros en exceso (por un consumo excesivo) o no se consumen en las proporciones correctas. Tiene profundas consecuencias en la salud y el bienestar de las personas, en su desarrollo físico y cognitivo y en sus medios de subsistencia. La malnutrición está relacionada con otra situación pendiente de solución: la *inseguridad alimentaria*. La seguridad alimentaria existe cuando las personas tienen en todo momento acceso social, físico y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos.

La seguridad alimentaria debe incluir la *inocuidad de los alimentos*, término que se refiere a la ausencia de riesgos asociados a la presencia de contaminaciones que provoquen la transmisión de enfermedades causadas por microorganismos, virus, priones, parásitos, productos químicos u otros riesgos asociados a la cadena de alimentación. La inseguridad alimentaria es un importante perturbador social y ambiental con graves repercusiones para la salud planetaria (es decir, la salud de la civilización humana y el estado de los sistemas naturales de los que depende). El conflicto de Ucrania ha incrementado rápidamente el número de personas en situación de inseguridad alimentaria. La seguridad nutricional está a la vez estrechamente relacionada con la alimentaria y pueden presentarse en un ciclo vicioso. La seguridad alimentaria es una condición necesaria pero no suficiente de la seguridad nutricional. La alfabetización/educación en alimentación saludable es un prerrequisito para que la seguridad alimentaria se traduzca en seguridad nutricional.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas (ONU) están encaminados a favorecer cambios globales e integrados que permitan poner fin al hambre y a la malnutrición antes de 2030. Todos los ODS están relacionados, directa o indirectamente, con la nutrición, resaltando su importancia para la sostenibilidad. El cumplimiento de los ODS implica necesariamente la adopción de medidas para acabar con el círculo vicioso de las crisis interconectadas, lo que implica una transformación radical de los *sistemas alimentarios*, concepto que se refiere al conjunto de actividades, infraestructuras y procesos interconectados e involucrados en la alimentación de la población: cultivo, producción, procesamiento, transporte, consumo y gestión de los residuos de alimentos. De acuerdo con los criterios de la FAO, los sistemas alimentarios sostenibles son «aquellos que garantizan la seguridad alimentaria y la nutrición de todas las personas, de tal forma que no se pongan en riesgo las bases económicas, sociales y ambientales de estas para las futuras generaciones». En consecuencia, la salud de los sistemas alimentarios determina la salud de los individuos, el medio ambiente, la economía y la cultura. Su reforma y modernización es vital para acabar con el circulo vicioso de las crisis interconectadas (Gráfico 2).

La malnutrición en todas sus manifestaciones se encuentra en niveles in-

aceptables. El informe de la Red Global Contra las Crisis Alimentarias destaca que la financiación de los sectores alimentarios en crisis no está abordando con éxito la inseguridad alimentaria. En 2022, los niveles de inseguridad alimentaria alcanzaron un punto máximo histórico de 258 millones de personas en situación de crisis en un total de 58 países y territorios. Los datos disponibles a principios de agosto de 2023 para 48 de los 73 países y territorios seleccionados, que se recogen en Informe Mundial sobre Crisis Alimentarias de 2023, indican que alrededor de 238 millones de personas enfrentaban altos niveles de inseguridad alimentaria aguda.

La malnutrición afecta no solo a los países pobres, sino también a los países desarrollados. Es un problema global, sistémico, con negativos impactos en la salud y altísimos costes de salud pública. Millones de personas en el mundo sufren hambre y malnutrición, de los cuales un alto porcentaje corresponde a niños y mujeres gestantes. De acuerdo con los datos de la FAO, ha habido un incremento del número de personas en situación de subalimentación desde 2016. Simultáneamente, tanto en la población infantil como adulta se ha observado un incremento del sobrepeso y la obesidad, lo que conlleva un aumento del riesgo de contraer enfermedades crónicas asociadas a la dieta. Estas patologías no solo causan problemas por sí solas, también pueden agravar el pronóstico de otras patologías como se ha observado en el caso de la pandemia de la COVID19.

La escala de experiencia de inseguridad alimentaria (FIES) de la FAO, que proporciona información de 134 países, indica que el porcentaje de personas que viven en condiciones generales de inseguridad alimentaria oscila entre el 10,8 % en los países de ingresos altos y el 56,5 % en los países de ingresos bajos. La escala permite medir la gravedad de la inseguridad alimentaria experimentada por individuos u hogares comparando entre países. Muchas personas con inseguridad alimentaria consumen cantidades excesivas de calorías como parte de patrones dietéticos que se basan en gran medida en un exceso de carbohidratos digestibles (almidón y azúcares). La desnutrición, las enfermedades infecciosas, la obesidad y las enfermedades crónicas coexisten en los países de ingresos bajos y medianos, un fenómeno conocido como la *doble carga de la malnutrición*.

El acceso a dietas saludables depende de los recursos económicos y de que los alimentos estén fácilmente disponibles en el país, la región y las comunidades en las que se encuentran los hogares. La disponibilidad nacional de alimentos es una función del equilibrio entre los alimentos cultivados en el país más los alimentos importados menos los alimentos exportados, estropeados o empleados en alimentación animal. Por lo tanto, el mantenimiento de un suministro de alimentos saludables asequible y sostenible a nivel mundial es primordial para lograr la seguridad alimentaria de los hogares.

En España, la crisis económica ha tenido una repercusión negativa en el derecho a la alimentación sana y saludable y en la seguridad alimentaria. Esta última no solo afecta personas en situación de desempleo sino también a quienes tienen que hacer pagos de la vivienda y de insumos a elevados precios por la actual inflación. Afecta a todos los grupos poblacionales y se ha convertido en un problema grave que va en aumento. Se están produciendo cambios de la tradicional dieta mediterránea con un impacto negativo en la salud y elevados costes de salud pública. Se requiere de gobernanza para la adopción de dietas sanas y sistemas alimentarios que lo permitan. Tras la pandemia de la COVID-19 la inseguridad alimentaria en España ha alcanzado el 13,3 %, lo que representa 2,5 millones de hogares y más de 6 millones de personas. Una gran parte de la población española ha cambiado sus hábitos de consumo alimentario debido a la situación económica. Muchos hogares han experimentado una disminución del consumo de cereales, verduras, hortalizas y legumbres y un aumento del consumo de productos de baja calidad nutricional.

2. Respuesta política a la malnutrición e inseguridad alimentaria

La malnutrición se considera un problema político global. Para promover indirectamente la salud tenemos que mejorar la gobernanza del sistema alimentario, la calidad general de la dieta y el estado nutricional de la población. Se requiere de la aprobación de leyes que favorezcan el reconocimiento efectivo del derecho a la alimentación y mecanismos de gobernanza para la seguridad alimentaria y nutricional, tipos de sistemas de producción, uso del agua, de acceso a los mercados, inocuidad y soberanía alimentaria. Las políticas europeas e internacionales van dirigidas a una alimentación que en 2030 tenga como protagonista el sistema alimentario como «conjunto de actividades, infraestructuras y procesos interconectados e involucrados en la alimentación de la población». Es necesario producir más alimentos de una manera más eficiente mediante la optimización del uso de recursos naturales (especialmente el agua) y a la conservación de la calidad y salud de los suelos. La transformación tiene que garantizar que todos tengan suficientes alimentos nutritivos y asequibles para llevar una vida saludable (Gráfico 2).

La crisis actual del costo de la vida ha puesto en riesgo nuestras aspiraciones de un mundo mejor, con nutrición y salud sostenibles, alcanzando los ODS de las Naciones Unidas. Para abordar esta crisis tridimensional, reducir el riesgo de malnutrición y garantizar la seguridad nutricional la UNCTAD propone adoptar las siguientes medidas:

Alimentación: Todos los países deben mantener los mercados abiertos, oponerse a las restricciones injustificadas e innecesarias a la exportación y poner las reservas a disposición de los países en riesgo de sufrir hambre y hambrunas.

Energía: Uso de reservas estratégicas y adicionales para aliviar la crisis energética en el corto plazo. Como única solución a mediano y largo plazo, acelerar el despliegue de energías renovables.

Finanzas: Toma de medidas urgentes por parte del G20 y de las instituciones financieras internacionales para aumentar la liquidez y el espacio fiscal, de modo que los gobiernos puedan proporcionar redes de seguridad a los más pobres y vulnerables. Para abordar los desafíos de la deuda global y lograr el desarrollo sostenible, las Naciones Unidas en el Informe de Política de la Arquitectura Financiera Internacional describe de una manera clara el camino a seguir.

El Pacto Verde constituye la hoja de ruta de la Comisión Europea para solventar la crisis actual y lograr una sociedad sostenible. En concreto, la Estrategia De la Granja a la Mesa y la Estrategia de la UE sobre Biodiversidad para 2030 tienen como objetivo proporcionar una alimentación y salud sostenibles.

Con la primera de estas estrategias se trata de armonizar el sistema alimentario con las necesidades del planeta y así responder a las aspiraciones de los ciudadanos europeos de obtener alimentos sanos, equilibrados y respetuosos con el clima y el medio ambiente. En ella se abordan de manera integral los desafíos a los que se enfrentan los sistemas alimentarios sostenibles. Contiene un plan de acción con 27 medidas que se pueden agrupar en los siguientes 6 grupos:

- Garantizar la seguridad alimentaria.
- Estimular las prácticas sostenibles de elaboración de alimentos, venta al por mayor y al por menor, hostelería y servicios alimentarios.
- Promover el consumo sostenible de alimentos y facilitar el cambio a dietas saludables y sostenibles.
- Reducir la pérdida y el desperdicio de alimentos.
- Luchar contra el fraude alimentario a lo largo de la cadena de suministro de alimentos.
- Garantizar la producción sostenible de alimentos.

La Estrategia de la UE sobre Biodiversidad forma parte del Pacto Verde Europeo. Parte de la premisa de que proteger y recuperar la biodiversidad y el buen funcionamiento de los ecosistemas es fundamental para reforzar nuestra resiliencia y prevenir la aparición y propagación de enfermedades en el futuro. La inversión

en la protección y recuperación de la naturaleza es fundamental para la recuperación de la crisis tridimensional. Esta estrategia garantiza la producción sostenible de alimentos.

Los compromisos para 2030 están relacionados directamente con la política agrícola común (PAC). La nueva PAC, que se aplicará de 2023 a 2027, está orientada a la consecución de resultados concretos vinculados a los siguientes objetivos generales:

- Fomentar un sector agrícola inteligente, competitivo, resiliente y diversificado que garantice la seguridad alimentaria a largo plazo.
- Apoyar y reforzar la protección del medio ambiente (incluida la biodiversidad) y la acción por el clima y contribuir a alcanzar los objetivos medioambientales y climáticos de la Unión, entre ellos los compromisos contraídos en virtud del Acuerdo de París.
- Fortalecer el tejido socioeconómico de las zonas rurales.

Los objetivos generales se desglosan a su vez en nueve objetivos específicos, basados en los tres pilares de la sostenibilidad y complementados con un objetivo transversal común de modernizar el sector agrario a través del conocimiento, la innovación y la digitalización en las zonas rurales.

Alimentos 2030 es el marco político de investigación e innovación de la UE que apoya la transición hacia sistemas alimentarios sostenibles, saludables e inclusivos, que respetan las fronteras planetarias. Alimentos 2030 establece una visión de investigación e innovación que abarca todo el sistema alimentario, vinculando múltiples sectores, desde la producción primaria (desde la tierra y el agua) hasta la transformación de alimentos, el comercio minorista y la distribución, el envasado, el desperdicio y el reciclaje, los servicios alimentarios y el consumo. Está en consonancia con los objetivos del Pacto Verde Europeo, la Estrategia «De la Granja a la Mesa» y la Estrategia sobre Bioeconomía, y los apoya. El objetivo principal de Alimentos 2030 es apoyar la investigación y la innovación que puedan aportar beneficios colaterales a las siguientes cuatro prioridades temáticas:

- Nutrición para dietas sostenibles y saludables.
- Sistemas alimentarios que apoyan un planeta saludable.
- Circularidad y eficiencia de los recursos e innovación.
- Empoderamiento de las comunidades.

Las acciones a desarrollar para alcanzar este objetivo con financiación de Horizonte Europa son:

- Cambio de la gobernanza para los sistemas alimentarios.
- Transformación del sistema alimentario urbano.
- Alimentos de los océanos y los recursos de agua dulce.
- Proteínas alternativas para el cambio en la dieta.
- Desperdicio de alimentos y sistemas alimentarios eficientes en el uso de los recursos.
- El mundo del microbioma.
- Nutrición y dietas saludables sostenibles.
- Sistemas de seguridad alimentaria del futuro.
- Sistemas alimentarios África.
- Datos y transformación digital.
- Sistemas alimentarios de contaminación cero.

En el ámbito nacional, el Gobierno de España ha aprobado una serie de medidas para fomentar la alimentación saludable. Entre ellas se encuentra la regulación de la publicidad de alimentos y la bajada del impuesto de valor añadido (IVA) de los alimentos básicos. También se ha incrementado el 15 % del ingreso mínimo vital y de las pensiones no contributivas y se han destinado otros 300 millones en ayudas directas a los agricultores para compensar el aumento de los costes por el encarecimiento de los fertilizantes. El paquete anticrisis para 2024 incluye la prohibición de desahuciar a personas vulnerables y de suspender los suministros básicos, así como la ampliación de descuentos del bono social eléctrico y la rebaja del IVA de los alimentos básicos. Se volverán a subir de forma gradual los impuestos a la electricidad y el gas. La rebaja del IVA de los alimentos de primera necesidad se mantiene, al menos hasta junio de 2024. Los que tradicionalmente tenían el tipo reducido (4 %) quedan suprimidos (pan, harina, leche, queso, huevos, frutas, verduras, hortalizas, legumbres, patatas, cereales, etc.), mientras la pasta y el aceite se mantienen reducidos al 5 % en lugar del 10 % habitual, conforme al Plan Estratégico de la PAC de España (PEPAC).

También se han adoptado diversas iniciativas legales para lograr que los consumidores dispongan de una alimentación más saludable e información para su elección. En materia de legislación alimentaria, se han abordado dos temas fundamentales en el Real Decreto de regulación y control de la publicidad de alimentos y bebidas con alto contenido en grasa, azúcares y sal y en el Real Decreto por el que se regula la utilización voluntaria del sistema de etiquetado nutricional frontal en los alimentos.

De momento, las medidas adoptadas por el Gobierno de España resultan insuficientes para erradicar de una manera eficaz la malnutrición y la inseguridad alimentaria. Es imprescindible contribuir con la ciencia y la innovación a través de las acciones propuestas en el marco de Alimentos 2030 para lograr una socie-

dad global sostenible cumpliendo así con los ODS. La ciencia y la innovación nos permitirán adaptar nuestras dietas a prueba de crisis alimentarias severas y garantizar la seguridad alimentaria, sinónimo de salud sostenible con un «envejecimiento activo y saludable con un bajo riesgo de enfermedades crónicas». Por tanto, constituyen una prioridad de especialización inteligente que requiere de la colaboración de la administración, las empresas, las universidades y centros de investigación y la sociedad en general. En este sentido, se está trabajando con el apoyo de fondos europeos desde las comunidades autónomas españolas.

3. Respuesta científica: nutrición y salud sostenibles

Las investigaciones científicas indican que es necesaria una transición hacia dietas saludables ricas en alimentos vegetales, con un mejor control de los procesos de elaboración y conservación de los alimentos y una mejora en las políticas nacionales y europeas de consumo y producción de alimentos animales. Otros factores que influyen en las elecciones dietéticas no adecuadas incluyen asequibilidad y sostenibilidad (aunque no se limiten a estos). La transición a una alimentación saludable debe ser social, económicamente rentable y sostenible (Gráfico 2).

Una dieta sana y un estado nutricional adecuado son fundamentales para reducir la incidencia de la mayor parte de las patologías que se tratan en atención primaria y hospitalaria. La nutrición saludable es esencial para garantizar una salud sostenible en individuos sanos en todas las etapas de la vida y para la rápida recuperación en caso de enfermedad. Los cambios en la dieta constituyen una estrategia de especialización inteligente exitosa para lograr un envejecimiento saludable y activo en «óptimas capacidades cognitivas, psicológicas, sensoriales, vitales y locomotoras de los individuos». Ciertos patrones dietéticos tales como la dieta mediterránea se asocian a una salud sostenible.

Una alimentación saludable es aquella que aporta los nutrientes necesarios (proteínas, vitaminas, minerales, aminoácidos esenciales, ácidos grasos, fibra dietética) en la proporción adecuada y sustancias promotoras para la salud (antioxidantes, antiinflamatorios, inmunomodulares, neurotransmisores, prebióticos, probióticos, entre otros) y evita el consumo de elementos potencialmente perjudícales (antinutrientes, elevadas cantidades de sodio, grasas saturadas, azúcares simples y agentes causantes de reaccione adversas a los alimentos). El término *reacciones adversas a los alimentos* incluye alergia alimentaria pero también intolerancias alimentarias y reacciones tóxicas. La *alergia alimentaria* se define como un efecto adverso para la salud que surge de una respuesta inmunitaria específica que se produce de manera reproducible tras la exposición a un alimento determinado. La intoxicación alimentaria (o *enfermedades transmitidas por alimentos*) es una

condición causada por la ingestión de microbios, toxinas microbianas o agentes químicos.

Es necesario identificar los nutrientes que ofrecen el mayor potencial para abordar desnutrición y enfermedades relacionadas con la dieta. Cada nutriente desempeña funciones importantes en el metabolismo y la bioquímica de los individuos. Con base en estos datos se establecen los niveles recomendados de su ingesta dietética para mantener la salud. Aunque la mayoría de las veces se atribuye al exceso de calorías, la patogénesis de enfermedades relacionadas con la dieta también involucra insuficiencia y/o ingesta no óptima de nutrientes. La ingesta no adecuada de nutrientes puede incrementar el riesgo de padecer de enfermedades crónicas no trasmisibles (cardiovascular, diabetes tipo 2, obesidad, algunos cánceres, Alzheimer) y enfermedades infecciosas, tales como la COVID-19.

Las patologías crónicas no transmisibles se han asociado principalmente al consumo excesivo generalizado de alimentos que son a la vez ricos en energía y pobres en nutrientes. Alimentos con alto contenido en grasas saturadas, sodio y azúcares agregados, nutrientes cuya ingesta se indica limitar según las pautas dietéticas recomendadas a nivel mundial. Este tipo de dietas no cumplen con las recomendaciones de los grupos de alimentos y, en consecuencia, no cumplen con las de macro y de micronutrientes. Hay evidencia de que aumentar la ingesta de micronutrientes clave tiene un impacto mesurable en la salud pública. La evidencia científica sugiere que las recomendaciones de ingesta de nutrientes esenciales a lo largo de la vida para mantener la salud, variando según la etapa de la vida, edad y sexo, pueden estar desactualizados. Por lo tanto, es necesario obtener nuevas evidencias para identificar los nutrientes de mayor prioridad para prevenir sus deficiencias, reducir la incidencia de las patologías relacionadas con la dieta y la promoción de la salud.

Los grupos demográficos tienen requerimientos nutricionales específicos y mayor susceptibilidad a patologías relacionadas con la dieta indicando que la importancia relativa de cada nutriente puede variar dependiendo de la edad y el sexo y, en el caso de las mujeres, de su estado fisiológico (embarazo y menopausia). La deficiencia o insuficiencia de vitamina D, por ejemplo, se asocia a un aumento de morbilidad en general, pero también se ha asociado con la osteoporosis en mujeres menopáusicas, un mayor riesgo de diabetes gestacional en mujeres embarazadas y mayor susceptibilidad a las infecciones respiratorias en mayores (hombres y mujeres). La adecuación nutricional desempeña un papel clave en el apoyo a las prioridades de salud para cada grupo demográfico.

La *nutrición de precisión* permite definir dietas personalizadas basadas en las características y en el perfil genético de cada persona, logrando así los objetivos marcados con mayor efectividad. Consiste en aplicar pautas nutricionales o die-

tas concretas y específicas para cada persona, dependiendo de su metabolismo, de su estilo de vida y de sus genes. Se trata de personalizar y adaptar la alimentación a las características y requerimientos de cada individuo en concreto, considerando que lo que es beneficioso para una persona puede no serlo para otra. Las personas con requerimientos nutricionales particulares (personas con intolerancias y alergias alimentarias u otras patologías concretas que implican fallo nutricional, depresión del sistema inmunitario, adultos mayores, niños, embarazadas, lactantes, dietas especiales por razones ideológicas) y alta predisposición genética a padecer patologías de alta incidencia (cáncer de colon, entre otras) pueden beneficiarse de la nutrición de precisión.

Garantizar la inocuidad de los alimentos requiere la debida atención durante la cosecha, el transporte, el procesamiento, el almacenamiento y finalmente durante la preparación y la conservación de los alimentos por parte de los consumidores. La inocuidad alimentaria se refiere a limitar la presencia de aquellos peligros, ya sean crónicos o agudos, que puedan hacer que los alimentos sean nocivos para la salud del consumidor. Más de 200 enfermedades son causadas por el consumo de alimentos contaminados por bacterias, virus, parásitos o sustancias químicas, como metales pesados. Este problema de salud pública, cada vez mayor, produce un impacto socioeconómico considerable, debido a la presión ejercida sobre los sistemas de atención de salud, la pérdida de productividad y el deterioro del turismo y el comercio. Pueden deberse a varias formas de contaminación ambiental, como la polución del agua, el suelo o el aire, así como al almacenamiento y transformación de alimentos insalubres. Estas enfermedades contribuyen considerablemente a la carga mundial de morbilidad y mortalidad. En la mayoría de los casos se manifiestan como problemas gastrointestinales, pero también pueden producir síntomas neurológicos, ginecológicos e inmunológicos.

El procesado adecuado de los alimentos es sin dudas una estrategia verde para reducir de una manera efectiva su desperdicio y, consecuentemente, su impacto negativo en el medio ambiente. El control adecuado del proceso industrial, derivado de la investigación científica rigurosa, puede dar lugar a alimentos más amigables desde el punto de vista medioambiental que los artesanales, extender su tiempo de vida útil y garantizar su inocuidad. Es necesario establecer una clara diferencia entre alimentos de baja calidad nutricional («alto contenido en azúcares, grasas saturadas, sal y bajo contenido en fibra dietética y micronutrientes») y alimentos procesados para ayudar a los consumidores a tomar decisiones responsables.

La ciencia tiene como uno de los objetivos fundamentales obtener nuevo conocimiento de la relación entre la alimentación y la reducción del riesgo de patologías. Entre los mecanismos que explican la patogénesis de las enfermedades

crónicas con alta prevalencia, incluidas las asociadas a la dieta, destacan los procesos de oxidación, inflamación crónica, cambios en la microbiota y alteraciones inmunológicas. Es necesario profundizar en los mecanismos de acción de los componentes de los alimentos en estos eventos clave para la salud. El conocimiento de la digestibilidad, bioaccesibilidad, absorción, biodisponibilidad y metabolismo de los componentes de los alimentos es esencial para entender su papel en la salud y la enfermedad, mejorar su formulación, condiciones de procesado y conservación. Los componentes de los alimentos pueden también provocar cambios en el DNA (nutriepigenética). Para conocer el efecto de los alimentos en la salud es necesario el desarrollo y empleo de métodos analíticos avanzados para identificar moléculas «ómicas». Este conocimiento permite el diseño y aplicación de una nutrición de precisión que puede lograrse adoptando patrones de alimentación saludable, como la dieta mediterránea, en la que se incluyan nuevos ingredientes y alimentos para hacerla más sostenible. Legumbres, cereales silvestres, algas, alimentos tradicionales de terceros países, especies infrautilizadas, insectos, subproductos de la elaboración de alimentos e ingredientes extraídos de los mismos, entre otros, tienen un gran potencial para su incorporación en dietas saludables. Estos cambios en la dieta permiten incorporar nutrientes y/o sustituir componentes poco saludables.

Los procesos culinarios e industriales de elaboración de alimentos tienen un impacto crucial en su composición, calidad nutricional y sensorial, inocuidad y efectos en la salud del consumidor. Procesos tales como la hidrólisis enzimática, germinación, fermentación o extrusión son adecuados para obtener alimentos innovadores dirigidos a la población en general incluyendo personas con requerimientos nutricionales particulares. Una de las estrategias más prometedoras para lograr una alimentación adecuada, reducir la malnutrición y garantizar la seguridad nutricional es la cocreación de alimentos. Los sistemas de trazabilidad inteligentes basados en técnicas multiómicas, multisensores, nanosensores, inmunológicas y microbiológicas garantizan la trazabilidad de los alimentos a lo largo de toda la cadena alimentaria. Estas herramientas permiten detectar la presencia de aditivos, plaguicidas, medicamentos veterinarios, microplásticos, patógenos, toxinas y alérgenos. La aplicación de alimentos e ingredientes de estos como antimicrobianos para reducir el riesgo de enfermedades transmitidas por patógenos alimentarios y reducir la resistencia a antibióticos es otra línea de interés de cara a lograr una nutrición y salud sostenibles. El estudio del comportamiento de patógenos alimentarios y microrganismos causantes del deterioro de los alimentos durante su procesado y conservación es necesario para garantizar su inocuidad. El etiquetado predictivo y su digitalización ofrece información sobre la composición, el valor nutricional del alimento, procesado, beneficios para la salud y la fecha de caducidad de los alimentos en tiempo real. Información de

gran utilidad para asegurar la elección responsable de alimentos saludables y sostenibles por parte del consumidor, así como su inocuidad y protegerlo de fraudes.

El Consejo Superior de Investigaciones (CSIC), mediante la ciencia básica y aplicada, contribuye a este conocimiento en alimentación, salud y nutrición personalizada. El CSIC cuenta con instalaciones punteras para investigar y desarrollar alimentos y medidas preventivas basadas en cambios en la dieta y el estilo de vida que potencien la salud y el envejecimiento saludable de la población. En 2021, el CSIC publicó las reflexiones sobre 14 temas estratégicos establecidos en función de su impacto e importancia. El volumen 1 se centra en el eje «Nuevas bases para una sociedad global sostenible». Para este ejercicio de prospectiva, se ha organizado esta temática estratégica en doce desafíos. El desafío F, «Por una dieta saludable en un mundo globalmente sostenible», identifica una serie de líneas prioritarias para alcanzar una nutrición saludable y sostenible:

- Nutrición personalizada (alimentos adaptados al genoma, alimentos adaptados al microbioma, alimentos para la óptima saluda física, mental y emocional, eje cerebro-intestinal).
- Alimentos en tiempos de crisis.
- La creatividad como ingrediente.
- Innovación en el sistema alimentario.
- Nuevos materiales sostenibles compatibles con la economía circular para el envasado de alimentos.
- Reducción de la huella de carbono de los alimentos.
- Actitudes éticas y alimentación saludable.
- Herramientas para estimular y promover la nutrición consciente y la reflexión sobre por qué una alimentación sana y sostenible es imposible para todos, una respuesta desde el análisis de la relación entre los miembros del sistema alimentario.

Otros volúmenes incluyen también información sobre alimentación y salud dada su importancia y carácter transversal.

En 2023, el CSIC presentó una colección de informes con el objetivo de servir de puente entre los centros de investigación y los decisores políticos para contribuir a la definición de políticas públicas basadas en la evidencia científica. El informe «Nutrición sostenible y saludable» aborda el reto de instaurar de forma global una nutrición y consumo responsable de alimentos, trabajando para reducir el riesgo de malnutrición agravado por la crisis tridimensional actual y recoge las líneas de innovación más destacadas por el organismo para resolver este reto, que se corresponden con las mencionadas en los párrafos anteriores de este apartado. El informe plantea las siguientes recomendaciones para alcanzar estos desafíos:

- La educación en la compra de alimentos, promoviendo productos locales y saludables, para apoyar las prácticas sostenibles a lo largo de la cadena alimentaria en colaboración con las autoridades locales, regionales y nacionales.
- Establecer modelos de consumo responsable y sostenible que sirvan de guía para garantizar un estado nutricional adecuado. En este sentido, la educación, la investigación y la adopción de modelos de cocreación en el sistema alimentario moderno para alcanzar este reto.
- Para comprender mejor las relaciones entre una dieta sana, salud y un envejecimiento saludable son necesarios estudios epidemiológicos que consideren la capacidad intrínseca de las personas en todos los ámbitos y conceptos multidimensionales. Cuando se disponga de un número suficiente de estudios epidemiológicos se podrá sintetizar la evidencia y diseñar estudios nutricionales holísticos, con el fin de avanzar en la traslación de la evidencia a la práctica y promover la salud en todas las etapas de la vida.
- Los consumidores deben ser conscientes del poder que tienen para impulsar el cambio a unas dietas más saludables y a sistemas sostenibles a través de las elecciones que hacen, pero ello es posible si hay productos asequibles producidos de forma sostenible y etiquetados adecuadamente, esto es, que la información sea de confianza.
- El cambio en la dieta se señala como un habilitador global necesario para permitir la adopción generalizada de una agricultura, ganadería, pesca y acuicultura respetuosas con la naturaleza.

¿Cómo lograr esta última recomendación? A esta pregunta se da respuesta en el informe «Producir alimentos sin agotar el planeta», que explica la crisis alimentaria actual, los factores que la han ocasionado y sus consecuencias. Presenta el impacto de la producción alimentaria en nuestro planeta y la influencia del cambio climático en el abastecimiento de alimentos. Basándose en la evidencia científica el informe recomienda:

- El acceso a los alimentos saludables y de alta calidad debe ser una realidad para toda la población del mundo. Los recursos de la Tierra son adecuados para satisfacer la demanda actual de alimentos, pero se requerirá un aumento de más del 70 % de la producción actual para alimentar a una población mundial que, de acuerdo con las Naciones Unidas, será aproximadamente de 9.700 millones en 2050.
- La producción de alimentos necesaria para abastecer a una población en aumento requiere de un esfuerzo investigador significativo y una evolución constante. Este esfuerzo ha de estar destinado a desarrollar estrategias

sostenibles y alcanzables en el tiempo para la agricultura, la ganadería, la pesca y la acuicultura.
- La pérdida y desperdicio de alimentos tiene que reducirse y, cuando sea posible, evitarse. Es preciso fomentar la investigación e innovación en procesos y tecnologías que permitan la valorización de los subproductos y eviten la generación de nuevos residuos.
- La sostenibilidad alcanza todos los eslabones de la cadena alimentaria y es una realidad necesaria y posible, que requiere un esfuerzo por parte del sector alimentario en colaboración con el sector investigador, que redundará en la mejora de la competitividad.
- Las empresas del sector que sean sostenibles contarán con una diferenciación que las situará en una posición de ventaja con relación a la competencia. Esto valorizará su reputación corporativa y creará una conexión con los consumidores que cada vez están más concienciados y demandan una alimentación saludable, segura y sostenible.
- En la transición hacia los sistemas alimentarios sostenibles pueden ser eficaces el cálculo del «coste real» de la producción de alimentos y un potencial reajuste de los incentivos fiscales hace sistemas de producción positivos para el medioambiente.
- Las acciones sobre las políticas fiscales pueden ayudar a la transición hacia sistemas alimentarios sostenibles que protejan el abastecimiento de alimentos sanos y producidos de formas sostenible.

La transición a una alimentación saludable y sostenible requiere necesariamente la adopción de la lógica del pensamiento sistémico, donde la ciencia y la innovación tiene un papel relevante, y debe desarrollarse en colaboración con el resto de los facilitadores. Hay que dejar de pensar en los sectores industriales por separado. Es necesario concentrarse en la producción, la transformación de los sistemas alimentarios y la difusión de información relativa a la importancia de la alimentación en la salud basada en evidencias científicas suficientes. La ciencia tiene el papel de concienciar a minoristas, productores, restaurantes, comedores y responsables políticos sobre la importancia de una nutrición más saludable para una salud sostenible, basándose en las evidencias obtenidas y las que se obtendrán en el futuro.

4. Gobernanza para la seguridad alimentaria y una nutrición y salud sostenibles

No es posible consolidar los Estados constitucionales ni fortalecer sistemas políticos democráticos si buena parte de la población padece hambre y/o malnu-

trición. El derecho a la alimentación tiene en cuenta la calidad nutricional de los alimentos y la sustentabilidad en la manera de producirlos. La preocupación por el derecho a la alimentación queda claramente reflejada en la Agenda 2030 y los ODS. La seguridad alimentaria es primordial para alcanzar los 17 objetivos, desde la reducción de la pobreza y el hambre hasta la equidad de género y la sostenibilidad planetaria.

En la actualidad, el mundo se enfrenta a una crisis de acceso, en la que hay suficiente de todo pero a precios equivocados, en el lugar equivocado y en el momento equivocado. Para solucionar la actual crisis tridimensional (alimentos, energía y finanzas) se necesita una fuerte voluntad política. Para romper los círculos viciosos que alimentan y aceleran esta crisis del costo de la vida se necesitan dos enfoques generales: mitigar los efectos de la crisis y aumentar la capacidad de las personas y los países para hacer frente a ella (Gráfico 1). Entre las medidas para mitigar la crisis caben destacar el incremento de la producción local de variedades de alimentos poco consumidos, la diversificación de las fuentes de importación de alimentos, la financiación para la importación en los casos que sea necesario, la reducción de la pérdida y el desperdicio de alimentos, la mejora de la disponibilidad y acceso a los fertilizantes y el impulso de la transición a un sistema de producción sostenible (Gráfico 2). Se debe trabajar para restablecer la disponibilidad de fertilizantes y el acceso a estos de los pequeños agricultores para garantizar que los precios de los alimentos no aumenten aún más (Gráfico 1).

Si bien la respuesta humanitaria es clave para quienes ya necesitan ayuda alimentaria, se requiere un enfoque preventivo para evitar una crisis mayor y general. Los políticos deben dirigirse a grupos más amplios de personas vulnerables en torno al umbral de la pobreza, lo que incluye a las pequeñas y medianas empresas del sector agroindustrial. Las políticas deben ser multidimensionales, multisectoriales y de rápida aplicación, tales como el mecanismo de financiación de las importaciones de alimentos, recientemente propuesto por la FAO. Las políticas deben ser estructurales y considerar el mediano plazo para evitar una crisis aún peor, especialmente en materia de alimentación. En el futuro podríamos enfrentarnos a una crisis de disponibilidad, en la que los suministros esenciales lleguen demasiado tarde o en muy poca cantidad, incluso a pesar de los altos precios. Si no se toman medidas suficientes hoy la crisis puede exacerbarse. Todavía hay margen para evitar la mayor parte de los daños de esta crisis y para ayudar a los países a hacerle frente antes de que sea demasiado tarde. La Cumbre del Futuro que se celebrará en 2024 brinda la oportunidad de acordar soluciones multilaterales para un mañana mejor, fortaleciendo la gobernanza global por el bien de las generaciones presentes y venideras.

La mejora de la gobernanza de la seguridad alimentaria basada en sistemas alimentarios sólidos, equitativos y sostenibles, que se beneficien de la información

moderna y de tecnologías agrícolas sostenibles y equitativas, es esencial para que los países alcancen los ODS. La ciencia tiene un papel importante en el cumplimiento de estos objetivos. La malnutrición generalizada destaca la importancia de una alimentación variada basada en un equilibrio de alimentos de origen vegetal y animal para lograr dietas nutricionalmente adecuadas y reducir el riesgo de enfermedades no transmisibles. Para erradicar la malnutrición y alcanzar la seguridad alimentaria los alimentos deben ser sanos, seguros, sabrosos, sostenibles y socialmente aceptados (5S). Esta realidad aún no se ha alcanzado en una sociedad desarrollada como la nuestra, entre otras cosas por la difícil gobernanza de los actores del sistema alimentario, no exenta de conflictos que impiden el consenso sobre acciones para estos arquetipos. Es este sentido, es imprescindible identificar y consensuar las áreas prioritarias de actuación en las que focalizar los cambios de los patrones dietéticos para lograr vidas más saludables durante más años, teniendo en cuenta los plazos para el cumplimiento de los ODS. En consecuencia, basándonos en la información disponible hasta la fecha nos hacemos la siguiente pregunta: ¿cómo podemos contribuir a una salud sostenible en los próximos 3-5 años a través de cambios de la dieta? Los datos de prevalencia a nivel nacional, europeo e internacional, las tasas de mortalidad y los costos directos e indirectos asociados a la atención médica indican que los esfuerzos deben concentrarse en las patologías crónicas que tienen una relación causal directa y significativa con la dieta, que son las siguientes:

- Enfermedades cardiovasculares (específicamente enfermedades cardíacas y accidentes cerebrovasculares).
- Diabetes mellitus tipo 2.
- Cáncer colorrectal.
- Enfermedad de Alzheimer (y demencia general).

Para lograr el éxito esperado es necesario identificar:

- Productos, ingredientes y sectores involucrados en esta relación causal.
- Poblaciones con mayor probabilidad de verse afectadas por esas relaciones causales (y comprender las razones).

Los esfuerzos deben dirigirse a lograr:

- Dietas sostenibles para las personas y el planeta.
- Diversidad de fuentes de proteínas para el consumo humano.
- Alimentos con alta densidad en nutrientes.

Los estudios realizados hasta la fecha indican que existe una infrarrepresentación de métricas robustas de relación nutrición/salud para apoyar el progreso de la nutrición y la salud pública. Abordar las limitaciones en los sistemas de modelización de la sostenibilidad de la dieta proporciona una oportunidad viable de reflejar con precisión las importantes contribuciones y compensaciones de las dietas en todos los ámbitos de la sostenibilidad para, en última instancia, apoyar la toma de decisiones basada en la evidencia para promover sistemas alimentarios saludables.

La FAO propone la escala de experiencia de inseguridad alimentaria (FIES) como la escala métrica oficial para evaluar la seguridad alimentaria. La aplicación de FIES ha marcado la gran diferencia a nivel mundial incrementando la capacidad de los gobiernos para supervisar el impacto de sus políticas en la seguridad alimentaria a nivel de los hogares. Esta escala realiza análisis más detallados de la situación en cuanto a inseguridad alimentaria según el nivel de ingresos, el sexo, la edad, la raza, el origen étnico, el estado migratorio, la discapacidad y la ubicación geográfica u otras características pertinentes para las políticas.

Aunque la FIES no proporciona información específica sobre el consumo real de alimentos, la calidad de la dieta o el estado nutricional, sí constituye un instrumento valioso para proporcionar a los expertos en nutrición y seguridad alimentaria más conocimiento en lo que respecta a la relación entre la experiencia de inseguridad alimentaria y los problemas revelados por los indicadores de la malnutrición, incluidos los resultados antropométricos. Las personas pueden encontrarse en una situación de inseguridad alimentaria y seguir satisfaciendo sus necesidades de energía alimentaria consumiendo alimentos hipercalóricos más baratos y de baja calidad, por ejemplo, o recortando otras necesidades básicas, lo cual puede tener consecuencias negativas para su salud y bienestar general. La información derivada del uso de la FIES resulta pertinente para diversos tipos de público, incluidos funcionarios gubernamentales y directores de programas de todos los niveles, así como activistas, líderes comunitarios e investigadores. FIES puede ser una herramienta valiosa para identificar de una manera exitosa las poblaciones con mayor probabilidad de verse afectadas por patologías crónicas como consecuencia de alimentación inadecuada e inseguridad nutricional.

Un estudio realizado por la Universidad de Barcelona con apoyo de la Fundación Carasso realizó una medición aplicando la metodología de la escala FIES. El estudio se enmarca en la iniciativa «Alimentando un futuro sostenible» y aporta evidencia científica sobre el problema de la inseguridad alimentaria en España antes y durante la pandemia de la COVID-19, con el fin de visibilizar la importancia de la alimentación para construir sociedades sanas, prósperas y justas. La encuesta muestra que, en el período julio 2020-julio 2021, un 13,3 % de los hogares españoles experimentaban algún nivel de inseguridad alimentaria, es decir, casi 2,5 millones de hogares y, por tanto, más de seis millones de personas. El 5,2 %

de los hogares españoles sufre inseguridad alimentaria moderada o grave: casi un millón de hogares, que representan alrededor de dos millones y medio de personas, han tenido que reducir su ingesta de alimentos por falta de recursos. El número de hogares que experimentan inseguridad alimentaria ha aumentado de un 11,9 % a un 13,3 % a raíz de la COVID-19. La inseguridad alimentaria grave se ha duplicado desde que empezó la pandemia. La inseguridad alimentaria está en parte paliada por prestaciones y ayudas que reciben los hogares. Casi dos tercios de los hogares con inseguridad alimentaria reciben alguna prestación y/o ayuda. Un 57 % las reciben de la Administración Pública y un 13 % de familiares, amigos o vecinos. España se encuentra lejos de alcanzar el Objetivo de Desarrollo Sostenible 2: Hambre cero. A la vista de los resultados obtenidos con este trabajo, se plantea la urgencia de incluir la medición de los niveles de inseguridad alimentaria en estadísticas de alcance nacional. Esto permitiría monitorear el estado de la inseguridad alimentaria y del derecho a la alimentación en nuestro país.

Erradicar la malnutrición es la única forma de garantizar la no vulneración al derecho humano de la alimentación. A su vez, se logrará una alimentación y salud sostenibles y el cumplimiento de otros derechos humanos fundamentales. Con tal fin, se requiere reforzar la legislación alimentaria, políticas comerciales más inclusivas respecto a consideraciones de salud, políticas fiscales dirigidas a incentivar a la alimentación saludable, restricción de la publicidad de alimentos pocos saludables y fortalecimiento de la salud preventiva a través de la alimentación. Una adecuada educación alimentaria y sistemas alimentarios sostenibles contribuyen al cumplimiento del derecho alimentario. Las políticas educativas deben dirigirse a mejorar la salud de las personas, revalorizar el trabajo agrícola y la conexión rural-urbano.

La academia es un actor esencial en la defensa del derecho a la alimentación. Es responsable de generar y difundir conocimiento, así como de asesorar y trabajar conjuntamente, especialmente, por la reforma y mejora de la gobernanza en este ámbito. En este sentido, el Observatorio del Derecho a la Alimentación de España, la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición y el CSIC tienen un papel fundamental. La Cátedra UNESCO TRIPTOLEMOS-UNED, Ciencia e innovación para el Desarrollo Sostenible: Producción Global de alimentos y Seguridad Alimentaria tiene un papel destacado en esta tarea.

Una dieta saludable y sostenible es un desafío prioritario de un mundo en el que globalización se combina con una creciente importancia de las cuestiones locales: «glocal». Por tanto, los enfoques basados en el lugar ofrecen un instrumento relevante para que los responsables políticos y los investigadores encuentren una solución efectiva a dicho desafío y en consecuencia una estrategia inteligente para una solución exitosa al problema basándose en políticas para la creación de ecosistemas de innovación «Estrategias de Especialización Inteligente (S3)». La Estrate-

gia Española de Ciencia, Tecnología e Innovación 2021-2027 (EECTI), junto al Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación, tiene como objetivo avanzar, con base en un sólido sistema de generación de nuevo conocimiento, hacia un tejido productivo basado en las fortalezas actuales, más innovador y dinámico con el último fin de incrementar la competitividad y, con ello, la generación de empleo de calidad y procurar la sostenibilidad de nuestro sistema social a largo plazo, invirtiendo en la calidad de vida de las generaciones futuras. Las prioridades estratégicas de S3 son:

- Salud, cultura.
- Creatividad y sociedad inclusiva.
- Seguridad para la sociedad.
- Mundo digital, industria, espacio y defensa.
- Clima, energía y movilidad.
- Alimentación, bioeconomía, recursos naturales y medio ambiente.

Son prioridades estratégicas en las 17 comunidades autónomas españolas:

- Cáncer y gerociencia: envejecimiento, enfermedades degenerativas.
- Cambio climático y descarbonización.
- Una cadena alimentaria inteligente y sostenible.

5. Conclusiones

Dados los problemas relacionados con malnutrición, inseguridad alimentaria y salud que afectan la población española es una necesidad el reconocimiento constitucional al derecho a la alimentación. Este derecho nuclear y transversal no se menciona en la vigente Constitución de 1978.

No se dispone de datos de mediciones estadísticas adecuadas para evaluar situaciones de malnutrición y seguridad alimentaria en toda España, quedando ocultas dentro del concepto de pobreza global. La aplicación de la escala FIES para obtener información sobre el grado de inseguridad alimentaria en ese nivel, el estudio de la interacción del binomio malnutrición-inseguridad alimentaria y la alta prevalencia de patologías crónicas relacionadas con la dieta constituye una Estrategia de Especialización Inteligente. Se requieren herramientas adecuadas además para medir el consumo de alimentos y nutrientes. Esta información es de utilidad para actualizar las recomendaciones dietéticas avanzando hacia una alimentación de precisión y una reducción efectiva de las patologías crónicas de alta prevalencia relacionadas con la dieta.

La reforma y modernización de los sistemas alimentarios es una necesidad urgente para la adopción de dietas saludables y sostenibles. Los sistemas alimentarios sostenibles proporcionan suficientes alimentos sanos y accesibles para todos, respetuosos con el medio ambiente, culturalmente aceptables, equitativos y a prueba de crisis. En última instancia, la elección de los alimentos saludables y sostenibles debe ser la elección más fácil para todos. La dieta mediterránea debe adoptarse como la pauta nutricional de preferencia. En esta se pueden incorporar nuevos alimentos con una alta densidad de nutrientes, que permitan adaptarse a las necesidades nutricionales de cada individuo y lograr los máximos beneficios para la salud. En consecuencia, reducir el riesgo de las patologías crónicas relacionadas con la dieta, responsables de morbilidad y mortalidad a nivel global. De este modo, la vulneración del derecho a la alimentación y de otros relacionados es evitable.

En conclusión, si bien estamos muy lejos de cumplir todas las metas para erradicar la malnutrición y la inseguridad alimentaria, las evidencias científicas indican que esta situación tiene solución adoptando una gobernanza que garantice una alimentación saludable y sostenible, a través de una transformación radical de los sistemas alimentarios, que si bien es compleja es posible con la colaboración de todos los facilitadores. A menudo los responsables de formular las políticas y de tomar decisiones en materia de *seguridad alimentaria* dan una mayor prioridad a la producción de alimentos no teniendo en cuenta los objetivos nutricionales *seguridad nutricional*. La solución es ir a estrategias que garanticen ambas, lo que significa la necesidad de políticas que faciliten poner a disposición de todos alimentos 5S: «saludable, seguro, salubre (inocuo), sabroso, sostenible y socialmente aceptado». La alimentación saludable nos ayuda a cubrir las necesidades nutricionales que requerimos para que nuestro cuerpo funcione correctamente. Una alimentación saludable nos ayuda a tener un buen estado de salud, a sanar o a realizar procesos de recuperación, a combatir enfermedades e infecciones y a evitar enfermedades crónicas degenerativas causantes de morbilidad y mortalidad a nivel global. Para resguardar la salud resulta fundamental asegurar la calidad e inocuidad de los alimentos que se consumen. Para facilitar la elección del consumidor en este sentido es necesario hacer un esfuerzo en educación. Para lograr este desafío es deseable la inclusión del conocimiento sobre *alimentación, salud y sostenibilidad* en los programas educativos desde edades tempranas.

Recomendaciones bibliográficas

Del Castillo Bilbao, María Dolores; Martínez Alvarez, Óscar (coord.) (2021). «Challenge F. For a healthy diet a global and sustainable world», in

E. Moyano Estrada; T. García Azcárate (coord.): *CSIC Scientific challenges: towards 2030. Volume 1: New Foundations for a Sustainable Global*, Madrid, CSIC.

Medina, Isabel; Martínez Álvarez, Óscar; del Castillo, M. Dolores; Moyano Estrada, Eduardo; Querol, Amparo; Moreno-Arribas, M. Victoria (2023). *Producir alimentos sin agotar el planeta*. Madrid, CSIC.

Medina, Isabel; del Castillo, M. Dolores; Martínez Álvarez, Óscar; Querol, Amparo; Moreno-Arribas, M. Victoria (2023). *Nutrición sostenible y saludable*, Madrid, CSIC.

Moragues-Faus, Ana; Magaña-González, Claudia R. (2022). *Alimentando un futuro sostenible: Estudio sobre la inseguridad alimentaria en hogares españoles antes y durante la COVID-19*, Barcelona, Universidad de Barcelona/Fundación Daniel y Nina Carasso.

Šucha, Vladimir; Sienkiewicz, Marta (ed.) (2020). *Science for Policy Handbook*. European Union/Elsevier, Amsterdam/Oxford/Cambridge.

GOBERNANZA PARA CONVIVIR CON LOS INCENDIOS FORESTALES

Javier Madrigal Olmo
Científico titular del Instituto de Ciencias Forestales del INIA (CSIC)
incendio@inia.csic.es/javier.madrigal@upm.es

Los incendios forestales son un elemento natural que ha convivido con las diferentes civilizaciones, ya que los causados por rayo o volcanes vinieron acompañados de aquellos procedentes del uso humano del fuego que, por otra parte, ha permitido la evolución y el desarrollo de culturas desde la Prehistoria hasta nuestros días. Las sociedades modernas viven el fuego forestal exclusivamente como una emergencia, cuando también ejerce un papel ecológico y de gestión de la vegetación para los habitantes que, en gran medida, ha modelado muchos de los paisajes que hemos heredado en la actualidad. Sin embargo, el cambio global, que en las sociedades industrializadas implica el abandono de áreas rurales en un contexto de cambio climático, ha agravado las consecuencias de algunos de los incendios que se convierten en catástrofes desde puntos de vista ecológico y socioeconómico. Las competencias administrativas del territorio forestal son de las comunidades autónomas, pero la ausencia de fronteras en el comportamiento del fuego hace necesario el desarrollo de políticas públicas a diferentes escalas y pactos de Estado para abordar de forma conveniente la gobernanza para poder coexistir con los incendios forestales.

1. ¿Por qué existen los incendios forestales en España?

Los incendios forestales han existido en la Tierra desde mucho antes de la aparición humana (más de 400 millones de años) siendo por tanto un elemento ecológico esencial que explica la existencia de muchos de los ecosistemas terrestres y sus adaptaciones a sobrevivir a estas perturbaciones. Sin embargo, es a partir del descubrimiento del fuego por parte de los homínidos (período Cuater-

nario, hace unos 500.000 años) cuando estos regímenes cambian sustancialmente y empieza una tendencia observada hasta hoy día en la que no existe una correspondencia entre los principales ecosistemas y los regímenes de fuego (frecuencia, intensidad, estacionalidad, tamaño) a los que las plantas están adaptadas. Este «desacoplamiento», la presencia de fuego en aquellos ecosistemas en los que los incendios no han sido un motor evolutivo (o viceversa), junto con las grandes transformaciones agrarias desde el Neolítico, ha hecho que heredemos los paisajes que tenemos hoy día.

Para que exista un fuego forestal es necesaria una fuente de ignición (natural o humana) en presencia de combustible vegetal disponible para arder. Esta disponibilidad la ofrece la presencia de oxígeno ambiental, que siempre existe en ambiente forestal, y una vegetación suficientemente fina y seca para poder iniciar la aparición y propagación de la llama (sequía ambiental). Por esta razón los ecosistemas mediterráneos son muy susceptibles a la presencia de incendios ya que siempre se cumplen las circunstancias potenciales para que aparezca el fuego: presencia de rayos o volcanes (incendios naturales) o fuentes de ignición humana (accidental, negligente, intencionada) en presencia de oxígeno y vegetación fina y seca, ya que el clima mediterráneo se caracteriza por la coincidencia de la estación seca y cálida durante el verano, época tradicionalmente con mayor peligro de incendios. Desde este punto de vista, los incendios forestales en el Mediterráneo en general y en España en particular se consideran una perturbación inevitable y en gran medida deseable en muchos de nuestros ecosistemas.

Desde un punto de vista social, la percepción del incendio forestal es diferente entre regiones, sociedades, culturas y ha cambiado sustancialmente a lo largo de la Historia. Hay multitud de documentos visigodos que prohibían el uso del fuego en áreas forestales (por ejemplo véase el Fuero juzgo) lo que denota que la regulación del uso del fuego ha sido un problema para la gobernanza desde la Edad Media. Los beneficios de La Mesta (siglos XII-XIX) a la explotación de la lana de oveja y las desamortizaciones llevadas a cabo en España (siglo XIX-XX), en las que el uso del fuego para obtener pastos y poner en cultivo muchas áreas forestales fue una práctica habitual, fueron en muchos casos una verdadera amenaza al patrimonio forestal. Esta fue una de las razones de la aparición a mitad del siglo XIX del cuerpo de Ingenieros de Montes (1853), que se convirtieron en el aval técnico de toda la legislación para la protección forestal en España. Estos profesionales se formaron en Centroeuropa, donde el fuego no era una perturbación habitual, por lo que veían este elemento como algo a evitar, excluyéndolo de la gestión forestal y aplicando por tanto procedimientos sancionadores, tal como hacían nuestros antepasados, desvinculando de la gestión forestal los usos culturales del fuego por parte de la población. Esta desafección social a la administración pública seguimos viviéndola hoy día en muchas regiones españolas y es

causa de multitud de conflictos que siguen condicionando el régimen de incendios forestales a pesar de las restricciones legales para su uso adecuado. Ejemplo de ello es el régimen de incendios presente en el Noroeste de España y Centro–Norte de Portugal, el más activo de Europa, debido a la cultura rural en el uso del fuego para labores agrarias y ganaderas, que acumulan más de un tercio de las fuentes de ignición y causas inmediatas de la aparición de incendios.

En los últimos años las circunstancias se están agravando por dos razones fundamentales: el abandono rural implica un aumento de las áreas forestales que potencialmente pueden ser quemadas en grandes incendios y el cambio climático está permitiendo que estos combustibles vegetales estén cada vez más disponibles para arder y durante mayor período a lo largo del año. Sendas circunstancias, junto con la aparición, cada vez con mayor frecuencia, de fenómenos meteorológicos extremos, hace que algunos de estos incendios superen la capacidad de extinción de los dispositivos de emergencia y bomberos forestales, convirtiéndose en desastres ecológicos y sociales, con potenciales afecciones a vidas humanas y la salud de los habitantes de la zona. De hecho, es solo el 0,5 % de los incendios los que generan más del 60 % de la superficie quemada con una tendencia al crecimiento del número, superficie y severidad (daño a los ecosistemas) de los incendios de mayor tamaño (más de 5000 ha). Además, se han producido más de 100 fallecimientos directos por incendios forestales en lo que llevamos del siglo XXI y aún hay pocos estudios en España de las afecciones respiratorias para la salud de los bomberos forestales y de la población en general, pero ya se advierte desde diferentes foros especializados que será un problema sanitario en los próximos años.

Por tanto la explicación de la presencia de incendios en España no tiene una respuesta fácil porque es un problema socioecológico complejo con antecedentes históricos, culturales y sociales que depende de los territorios pero con una raíz común: la presencia inevitable de fuentes de ignición en territorios con alta disponibilidad de vegetación susceptible de empezar a arder y propagarse por efecto del abandono rural, en una atmósfera cada vez más inestable por efecto del cambio climático.

2. La respuesta política a los incendios forestales

La Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes define en su artículo 6. k) incendio forestal como el fuego que se extiende sin control sobre combustibles forestales situados en el monte. La citada ley define el monte como todo terreno en el que vegetan especies forestales arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación, que cumplan o pue-

dan cumplir funciones ambientales, protectoras, productoras, culturales, paisajísticas o recreativas. En definitiva, es todo terreno que no se pueda catalogar como urbano o agrícola. Esta definición es mucho más amplia que en otros países en los que «lo forestal» se refiere exclusivamente a lo que en España denominaríamos «monte arbolado» o «bosque», esto es, aquella superficie con al menos un 10 % de cobertura de árboles, incluyendo por tanto nuestros territorios adehesados en los que se mezclan actividades agrícolas, ganaderas y forestales. Vemos por tanto la complejidad de objetivos y la multifuncionalidad que cumplen nuestros paisajes, que, por otra parte, son en su mayoría privados (entre el 60 y el 95 %, según la comunidad autónoma), con lo que el efecto legal de la legitimidad de la propiedad choca en muchos casos con las políticas públicas, dificultando también la gobernanza territorial.

Los cambios socioeconómicos que tuvieron lugar a partir de los años 1960 en España, con un abandono paulatino de la actividad agraria, generaron la aparición de incendios que empezaban a amenazar a las poblaciones y, sobre todo, aceleró un cambio en la percepción social del fuego como una amenaza, lo que puso en marcha políticas de exclusión del fuego y extinción de incendios en los últimos setenta años, pasando a considerarlo una emergencia (Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil y Real Decreto 893/2013, de 15 de noviembre que aprueba la Directriz básica de planificación de protección civil de emergencia en incendios forestales). La profesionalización paulatina de los medios de extinción por parte de los sucesivos ministerios y la cesión de competencias a las comunidades autónomas en los años 1990 ha tenido como consecuencia unos sistemas de extinción muy avanzados, con unas inversiones muy fuertes por parte de las administraciones, convirtiéndose España en uno de los países con más gasto en extinción de incendios en relación al PIB, no siempre acompañado de una mejora de las condiciones de bomberos/as forestales, que en muchos casos siguen teniendo precariedad al considerarse un trabajo estacional por parte de algunas comunidades. Estas fuertes inversiones en los dispositivos de extinción planificadas en los correspondientes planes INFO publicados anualmente en los boletines oficiales por las comunidades autónomas y coordinados técnicamente entre Gobierno y comunidades a través del CLIF (Comité de Lucha contra Incendios Forestales) no han venido acompañados, en general, de las adecuadas inversiones en prevención y restauración forestal. Por tanto, la respuesta política ha sido establecer un sistema operativo de emergencias muy eficaz que implica una reacción al problema cuando éste aparece (conato de incendio) pero que no va a la raíz del problema (uso del fuego y gestión de la vegetación). En realidad, es algo parecido a lo que ocurre con las políticas en otras materias como la salud: la reacción política es tecnificar la emergencia (corto plazo), olvidando en gran medida la prevención estructural del problema (largo plazo).

Ejemplos de reacciones políticas recientes a la aparición de incendios catastróficos fueron:

- El gran incendio de 1998 en Solsonés (Lleida), que promovió la creación de las GRAF (Grup de Recolzament d'Actuacions Forestals de Catalunya) como cuerpo de bomberos especializados en incendios forestales dentro de Bombers de la Generalitat de Catalunya
- El gran incendio de 2005 en Riba de Saelices (Guadalajara), que, entre otras medidas, desencadenó la creación de la UME (Unidad Militar de Emergencias)
- El gran incendio de 2021 en Sierra de la Culebra (Zamora), cuya reacción política fue el Real Decreto-ley 15/2022, de 1 de agosto, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de incendios forestales.

Este último decreto-ley introduce (título II) «modificaciones en la Ley de Montes en los tres ámbitos desde los cuales se han de abordar los incendios forestales: prevención, extinción y mantenimiento y restauración de los terrenos forestales afectados, y otorga a las comunidades autónomas un plazo de cinco meses para adaptar sus servicios de prevención, vigilancia y extinción a lo previsto en la norma»

En principio, el espíritu de la norma parece que pudiera corregir la tendencia reactiva de la legislación anterior, incidiendo también en cuestiones estructurales como la prevención y restauración. Sin embargo, al leer la finalidad de las medidas de exigido cumplimiento, se vuelve a incidir en la tecnificación de los dispositivos y en medidas de coordinación administrativa muy alejadas de la raíz del problema:

1) Intensificar la prevención del riesgo de incendios forestales, mediante la aplicación de recursos tecnológicos que faciliten la predicción del nivel del riesgo y la inmediata activación de las medidas y dispositivos de extinción
2) Reforzar la coordinación de las administraciones públicas, profundizando en el diseño de un sistema armónico e integrado que evite disfunciones que comprometan la acción frente a los incendios forestales
3) La colaboración interadministrativa en los trabajos de restauración forestal y medioambiental, en el marco de la planificación que corresponde a las comunidades autónomas

En definitiva, el desarrollo legal existente en materia de incendios forestales se sigue centrando exclusivamente en la emergencia y algo quizás en las medidas de restauración, ambas con alto impacto social, pero sigue huyendo de las causas estructurales del problema.

3. La respuesta científica: gestión integrada del fuego

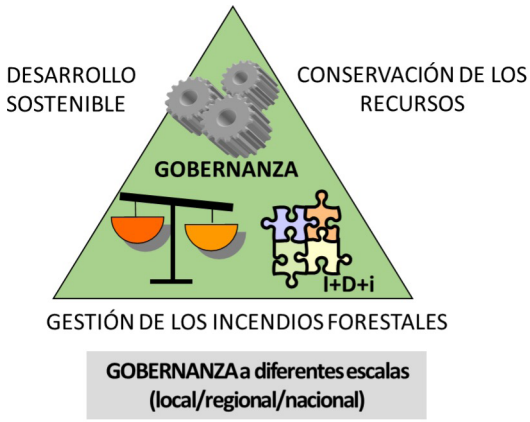
Desde principios del siglo XXI la comunidad científica en Europa viene advirtiendo de la tendencia descrita, común en los países industrializados con clima mediterráneo y que en los últimos años también se está extendiendo a otras zonas de centro y norte de Europa debido a los episodios extremos producto del cambio climático. Por esta razón, en las diferentes agendas de investigación científica que sirven de base para el desarrollo de los sucesivos programas I+D+i de la UE se advierte sobre la necesidad de apostar por el desarrollo de una política territorial que permita **convivir con el fuego** para mantenerlo en un «nivel aceptable». Esto implica desarrollar estrategias integradas y políticas que compatibilicen «razonablemente» los componentes ambientales, sociales y económicos y nos permitan «convivir» con los incendios. La definición de lo que es «aceptable» o «razonable» debe ser por tanto una labor consensuada asumiendo que en Europa lo que tenemos son sistemas socioecológicos, esto es, sistemas en los que las personas son parte integrante fundamental de los ecosistemas. Esto supone un conflicto con parte de la sociedad y sectores europeos que están demandando una «renaturalización» (*rewilding*), entendiendo con ello que lo mejor para los ecosistemas es que no intervengan las personas. La tendencia actual en la que hay alto nivel de consenso científico y técnico es que debe existir un equilibrio en estas áreas que presentan paisajes altamente inflamables en los que uno de los elementos de perturbación natural precisamente es la presencia de fuego, sin el cual muchas especies desaparecen o están en retroceso, tal como está ocurriendo localmente por la actual política de exclusión total del fuego.

En este contexto se entiende por tanto que la «vacuna» de los incendios es la gestión adecuada de la vegetación, ya que es el único factor de la aparición y propagación del fuego sobre el que podemos actuar. Actuar sobre la vegetación forestal implica unas decisiones políticas importantes a largo plazo que, basadas en criterio técnico mediante acciones de ingeniería forestal, pueden conseguir los objetivos perseguidos. No obstante, existen importantes obstáculos socioeconómicos y políticos por los que esto no se pone en marcha y que definen la dificultad de la gobernanza integrada de los incendios forestales.

Podemos definir la gestión integrada del fuego y los incendios forestales como todas aquellas actuaciones técnicas, socio-culturales y políticas necesarias para encontrar un balance eficaz entre el desarrollo sostenible, la protección de los recursos naturales y la gestión de los incendios forestales. Esto supone medidas de gobernanza a nivel local, regional y nacional y tomas de decisiones de políticas públicas activas a largo plazo.

El objetivo debe cambiar el foco en relación con los incendios para que la superficie afectada por los incendios deje de ser una prioridad. El objetivo prio-

Figura 1. Triángulo de la gobernanza para convivir con los incendios forestales usando el concepto de gestión integrada del fuego



ritario de la gestión integral del fuego se debe centrar en reducir la intensidad y severidad dentro del área quemada y no tanto en reducir la superficie afectada. Reducir la intensidad o energía producida por el fuego implica dar una oportunidad a los medios de extinción para trabajar con seguridad y eficacia. Reducir la severidad o daños producidos a los ecosistemas, sobre todo al suelo que será el sustento del futuro monte, implica dar una oportunidad a la vegetación para que regenere de forma natural y se recuperen más rápidamente las funciones de los ecosistemas. De igual forma las sociedades y áreas rurales que viven de los recursos forestales deben asumir que una parte de sus recursos serán afectados por el fuego (la protección total no existe), son altamente vulnerables y, de hecho, es adecuado que esto pueda ocurrir en un régimen asumible por ecosistemas y personas, tanto más si al reducir la cantidad de la vegetación disponible estos territorios se recuperan pronto de la perturbación. Efectivamente uno de los problemas sociales más importantes es el contacto cada vez más íntimo entre áreas urbanas (poblaciones, urbanizaciones, zonas industriales) y áreas forestales. La estructura del paisaje ha cambiado y las áreas agrarias en el entorno de muchas poblaciones rurales ha dado paso a vegetación forestal en contacto directo con las viviendas. Ello genera un alto número de incendios denominados de interfaz urbano-forestal. Existe evidencia científica de que la presencia de estas interfaces genera una alteración en el régimen de incendios, siendo zonas afectadas con mayor frecuencia y con mayor superficie. Esto se debe fundamentalmente a dos razones: (i) las causas negligentes y accidentales de los focos de ignición se producen en entornos con cada vez más vegetación forestal, lo que hace más fácil su propagación; (ii) la Directriz básica de Protec-

ción Civil obliga a priorizar personas y bienes frente a áreas forestales, con lo que los medios de extinción se centran en proteger a la población y se ven obligados a dejar de actuar en los frentes de fuego que avanzan sin control en áreas forestales, aumentando con ello la superficie afectada y la presencia de fenómenos de alta intensidad y severidad. Prueba de estos efectos y de la preocupación técnica y social que implican es la tendencia cada vez más frecuente a las evacuaciones de poblaciones completas para evitar atrapamientos, como los producidos de forma catastrófica en incendios como el de Mati en Grecia (2017) o en Hawai (2023). Por otra parte, los episodios más dramáticos de muertes por atrapamientos se han producido durante evacuaciones o más bien «huidas» poco ordenadas de la población, como la desgraciada muerte de 66 personas en el incendio de Pedrógrão en Portugal (2017).

Por tanto, el abandono rural y la concentración de la población en grandes ciudades está haciendo que el reto demográfico tenga una relación casi directa con el régimen de incendios, ya que la mayoría de la población en áreas rurales vive de la actividad agraria en sentido amplio (agrícola, ganadera y forestal). La decisión de ejecutar políticas públicas de inversión en áreas rurales para la atracción de personas o, al menos, evitar el éxodo rural existente, implicaría un mantenimiento de la inversión pública de necesidades básicas como la salud (centros de salud) y educación (colegios e institutos). Si se quiere incidir sobre un efecto significativo en el régimen de incendios por su efecto indirecto en la reducción de los combustibles disponibles, implica además una inversión coordinada de la política agraria y forestal con una nueva visión más tecnificada que motive a los/las jóvenes a trabajar en el medio rural. Estas viejas recetas con enfoques innovadores implicarían la creación de nuevos empleos en estas áreas y tejido productivo suficiente para revitalizar el sector que, por otra parte, ofrecería productos de mercado de alta demanda, como son todos aquellos procedentes de cultivo sostenible (agricultura, ganadería) o gestión forestal sostenible (ganadería extensiva, madera, frutos, corcho, resina y setas, entre otros). Los nuevos avances tecnológicos para la obtención de fibras procedentes de la madera que puedan sustituir a otros productos procedentes del petróleo (celulosa textil, materiales de construcción basados en madera, fibras lignocelulósicas sustitutivas del plástico y otras biorrefinerías) y el uso de la madera como fuente de energía (biomasa) hacen que el patrimonio forestal se pueda convertir en una fuente de riqueza hasta ahora sin explotar con unas altas perspectivas de futuro si existen políticas públicas para ponerlo en valor. Este ambiente empresarial activaría también a los propietarios privados, actualmente desincentivados para realizar mejoras en sus montes ante la ausencia de un sector forestal activo. La sociedad debe saber que todas estas propuestas, basadas en criterios de gestión forestal sostenible y ordenación territorial consensuada, serían en beneficio de las áreas forestales que se

seguirían viendo afectadas por incendios (no se quiere «vender humo») pero de menor severidad e intensidad. Esto también debería ser asumido por las empresas encargadas de realizar estos aprovechamientos y deben coparticipar socialmente, dedicando parte de sus beneficios a las mejoras no productivas de los montes, fundamentalmente en lo que se refiere a la protección y conservación de ecosistemas y a la prevención y mitigación de los efectos de los incendios. Ello implicaría un pacto social de país a largo plazo pero con beneficios para ecosistemas y personas. La responsabilidad política de estas acciones podría tener un impacto global, ya que los resultados podrán dar ejemplo a otros países de los itinerarios adecuados (incluidos los posibles errores) para conseguir ese balance eficaz que propone la gestión integrada.

4. Soluciones para la gobernanza de los incendios forestales

Como los cambios de «arriba hacia abajo», esto es, desde las políticas públicas hacia la ciudadanía, no se terminan de producir, se vienen proponiendo diversas acciones de «abajo hacia arriba» por parte de la ciudadanía, representados por sus diversas organizaciones sociales, así como por la comunidad científica y técnica. Algunas de estas acciones son ejemplo de la eficacia de las medidas propuestas y, de hecho, reciben el apoyo de instituciones públicas a través de los diferentes fondos y programas europeos y nacionales. Esto ha generado también un alto nivel de consenso en muchas de estas medidas que se debaten en foros nacionales e internacionales con el acuerdo unánime de la necesidad de inversión pública y mejora de las políticas públicas basadas en criterio científico y técnico.

De entre las diferentes iniciativas adoptadas o propuestas podemos destacar algunas de ellas por haber sido testadas en programas regionales como el proyecto Mosaico Extremadura y cortafuegos productivos, Ramats del Foc en Cataluña, Red de Áreas Pasto Cortafuegos de Andalucía (RAPCA), Proyectos Interreg POCTEP de colaboración España-Portugal, proyectos Interreg SUDOE y LIFE+ de la UE y programas marco de investigación de la UE. En todos ellos se suelen aportar propuestas en el mismo sentido:

- Aprovechar financiación de la UE ya existente: hay programas europeos de desarrollo rural, reto demográfico, movilización de recursos agrarios y conservación que deben reorientarse a la gestión integrada del fuego, ya que ello redundará en el beneficio de los sistemas socioecológicos. Las políticas orientadas al reto demográfico deben estar íntimamente coordinadas con las propuestas de gestión agraria y forestal en territorios inflamables.

- Política Agraria Común (PAC) orientada a la ganadería extensiva. Este es uno de los grandes retos hasta final de este siglo, ya que hemos pasado del sobrepastoreo en muchas áreas forestales, que tradicionalmente han puesto en peligro la regeneración de muchas especies, a su ausencia o disminución significativa, que está generando una aumento de las superficies de matorral con alto peligro de incendios. Esto se ha producido por el aumento de intensificación de la cabaña ganadera, que ha pasado a explotaciones de intensivo o semiextensivo, en gran medida incentivadas por subvenciones de la propia PAC. Por tanto, las políticas europeas de desincentivación de la ganadería extensiva están acabando con uno de nuestros sistemas tradicionales de gestión sostenible de los montes con bajo impacto de los incendios, los sistemas agroforestales. Ello va unido a la dificultad actual de compatibilizar una adecuada calidad de vida de los pastores con las exigencias actuales que lo puedan hacer comparable a un trabajo en la ciudad. De nuevo aparece el reto político de cómo integrar la tecnificación, la tradición, la calidad de vida y el poder adquisitivo de la población rural con los servicios disponibles en estas áreas y la gestión agroforestal. Los cambios de abajo hacia arriba han venido de la mano de las «escuelas de pastores» que han permitido divulgar y dignificar la profesión adecuándola a los tiempos actuales, así como la puesta en valor social de estos profesionales a la vez que se da una etiqueta de calidad a sus productos. La divulgación de estas iniciativas, muy bien recibidas por la sociedad, son prueba de que hace falta el impulso político final, que pasaría por orientar las propuestas de las subvenciones de la Política Agraria Común, así como el incentivo a los mercados para que llegue a los productores un precio más competitivo de la leche y la carne de pequeños rumiantes (cabra, oveja), que son los animales que actúan de forma más eficaz en grandes superficies para gestionar la vegetación.
- Los Fondos Europeos de Desarrollo Regional (FEDER) orientados a la selvicultura. En España, los fondos FEDER han supuesto en los últimos años un impulso importante en infraestructuras rurales, sobre todo orientadas al fomento del turismo de interior asociado a la filosofía, ya totalmente asentada, del turismo rural. Sin renunciar al mantenimiento de estas actividades del sector terciario, no debemos olvidar que los paisajes que disfrutan los visitantes se deben en gran medida al sector primario (gestión agraria) y secundario (industrias de primera y segunda transformación de productos agrarios). Si a ello añadimos que los grandes incendios ponen en peligro estos paisajes, al menos durante un tiempo, afectando con ello a la propia actividad turística, parece necesario centrar esfuerzos en reorientar gran parte de los fondos recibidos al fomento de la

selvicultura, esto es, el cuidado sostenible de los montes (pastos, matorrales y bosques) para la adecuada generación de servicios ecosistémicos, entre los que puede estar la obtención de productos de consumo, tal como se ha comentado anteriormente, pero que además asegure otros muchos objetivos, como la fijación de CO_2, la mejora de la calidad del agua y la mejora de las funciones ecológicas del sistema como la conservación de la biodiversidad, tanto específica como genética y estructural, contemplando la presencia de áreas de bajo nivel de manejo en las que se puedan restaurar procesos ecológicos, ahora englobadas en la Red Natura 2000. Junto con los conocimientos científicos obtenidos en los últimos años de grupos multidisciplinares del ámbito de la biología, la ecología, el medio ambiente, la geografía, la historia, la ingeniería y la ciencia de datos, entre otras, tenemos un cuerpo de doctrina importante para saber cómo funcionan nuestros ecosistemas y qué acciones se pueden tomar para compatibilizar la conservación con la gestión de los recursos para una correcta gestión de los incendios forestales. Esto incluiría el concepto de «rewilding», aún en experimentación, que podría ser compatible con la mitigación de los efectos de los incendios ya que imitar la estructura de estos teóricos ecosistemas similares a los existentes en Europa en la Prehistoria implican, por definición, espacios en mosaico y discontinuidad horizontal y vertical que es precisamente lo que reduce el peligro de incendios. De igual manera, el concepto de renaturalización en los ecosistemas mediterráneos implica introducir el fuego como perturbación natural en un régimen asumible.

- Pagos por servicios ambientales (PSA). Este sistema de pagos promovido por la UE intenta incentivar a los productores agrarios para que modifiquen sus sistemas hacia la economía circular y sostenible, en gran parte por la deriva comentada anteriormente hacia la agricultura y ganadería intensiva en Europa desde los años 1980. Por esta misma razón se está proponiendo por diferentes actores que se realicen pagos por servicio ambiental a actividades que ya de por sí son ecológicas y sostenibles por definición, como la ganadería extensiva y la selvicultura adaptativa.
- La biomasa forestal como recurso energético renovable. En tanto que se produzca la descarbonización energética, la biomasa forestal es un recurso renovable para obtener energía ya que, como máximo, solo se extrae de los bosques un volumen equivalente a aquello que está creciendo y en ningún caso se puede afectar a la capacidad de regeneración natural del bosque. Con todo, en España estamos muy por debajo de la posibilidad de corta de arbolado disponible y, de hecho, nuestras masas están muy necesitadas de selvicultura para mejorar su salud, vitalidad y economía hídrica, con graves riesgos de decaimientos generalizados por presencia de episodios de

sequía. Esto es especialmente crítico en todas las repoblaciones restauradoras que tuvieron lugar en el siglo xx y que actualmente no tienen planes de selvicultura adecuados por falta de inversión y rentabilidad. La demanda de biomasa para la obtención de energía podría ser una solución para una superficie importante de nuestros montes. Pero la extracción de arbolado (madera), que es lo que demanda la industria de la biomasa para la elaboración de pellets, no es suficiente para reducir el peligro de grandes incendios, ya que lo que realmente arde son los combustibles finos (hojarasca, ramas y matorral). Por tanto este sector debería contemplar inversiones de parte de sus beneficios en las mejoras necesarias para prevenir los incendios, esto es, actuar sobre los combustibles muertos (hojarascas) y vivos (matorral). Se están explorando sistemas para aprovechar también el matorral desde un punto de vista energético pero estamos aún lejos de que sea rentable de forma industrial. Por tanto la propuesta técnica es avanzar en la explotación sostenible para obtención de energía procedente de madera pero que las empresas y administraciones asuman que deben incidir en el resto del sistema para no comportarse de manera meramente extractivista. Obtener madera bajo criterios de gestión forestal sostenible (por ejemplo bajo certificación FSC o PECF) garantiza que se establezcan los trabajos de mejora necesarios para que las cortas sean compatibles con la prevención y mitigación de incendios, generando un cambio significativo en los paisajes para que sean resistentes y resilientes a los incendios.

- Las quemas prescritas como alternativa económica y eficaz para gestionar combustible: vacunar con fuego. Teniendo en cuenta lo comentado en las secciones anteriores, existe actualmente una corriente técnica y científica que propone el uso del fuego como elemento indispensable para la gestión de los ecosistemas y el mantenimiento de elementos culturales esenciales como su relación con los usos agrarios y en concreto con la renovación de pastos para el ganado, relacionado íntimamente con el concepto de trashumancia, actualmente una práctica Patrimonio Inmaterial de la Humanidad. Por otro lado, el uso del fuego técnico, que consiste en prescribir el fuego adecuado para cada ecosistema o lugar según unos objetivos propuestos, eligiendo la ventana meteorológica adecuada para hacerlo con seguridad y eficacia, es una técnica legal, puesto que es un fuego bajo control (recordemos la definición de incendio de la Ley de Montes) y se ha demostrado su compatibilidad ecológica si se aplica adecuadamente. Supone además un entrenamiento de alto valor para los bomberos/as forestales en comportamiento del fuego y uso del mismo durante la extinción de los incendios. Por tanto, parece necesario un desarrollo legal que avale estas actuaciones que a nivel administrativo se han recomendado

encarecidamente desde el ámbito europeo y otros organismos internacionales como la FAO. En España, el CLIF también eleva a las comunidades autónomas la conveniencia de establecer planes comarcales y regionales de quema para extender paulatinamente esta técnica y que se una a los tradicionales desbroces mecanizados y el pastoreo controlado. Entre las peticiones que suele hacer el personal técnico, es habitual pedir legislación o procedimientos administrativos que garanticen la protección legal del facultativo que firma los proyectos ante eventuales escapes de quema que generen un incendio forestal y que puedan suponer acciones civiles o penales contra dicho profesional o el servicio en el que trabaja. Esto facilitaría mucho el ambiente, algo hostil, hacia esta técnica en algunos servicios provinciales. Cambios administrativos que impliquen más flexibilidad en la ejecución de los trabajos y proyectos de ejecución (por ejemplo flexibilidad en los turnos de trabajo para poder quemar fuera de la jornada habitual, compatibilizar los permisos con las épocas de peligro donde se prohíba el uso del fuego) también serían deseables. La población pide habitualmente permisos de quema y muchas veces las comunidades autónomas ralentizan mucho este proceso o son inoperantes para adjudicar dichos permisos, lo que genera desafección de la población que termina quemando de forma ilegal, siendo un foco potencial de incendio forestal, criminalizando al propietario agrario. Este problema social en el uso del fuego se solucionaría en parte colaborando con la población en estas labores y facilitando al administrado el uso adecuado del fuego.

- Fomentar y facilitar a los propietarios forestales y empresas la explotación forestal sostenible de los recursos forestales. La gran mayoría de las políticas e inversiones públicas directas son de aplicación relativamente sencilla a terreno público, pero es necesario implicar a los propietarios privados que poseen la mayoría del territorio forestal. Se han hecho intentos tímidos por parte de algunas administraciones pero, en general, con poco éxito, porque no se ha realizado una apuesta decidida por movilizar recursos forestales, la única opción que tiene el propietario para que las potenciales inversiones en la finca obtengan rentabilidad, al menos a medio y largo plazo. Para ello necesita seguridad legal y continuidad de las medidas adoptadas. Para otros ámbitos de la protección ambiental se han usado fórmulas de gobernanza como los acuerdos de custodia del territorio que han sido poco explorados en la prevención y restauración de incendios forestales. Otras iniciativas como las etiquetas de calidad con referencia explícita a la contribución en la prevención de incendios son medidas que se están proponiendo con éxito en algunas comarcas, implicando a productores y propietarios privados.

- Autoprotección de comunidades en zonas de interfaz urbano-forestal y corresponsabilidad en la educación y gestión en emergencias. Los incendios forestales que afectan a zonas urbanas se están convirtiendo en uno de los mayores problemas en la gestión de emergencias durante la extinción. Aun existiendo un mandato legal a los Ayuntamientos para que se ejecuten los planes de autoprotección, la mayoría de ellos incumple por falta de acción o de presupuesto, lo que implica peligrosas evacuaciones que en otras circunstancias preventivas podrían ser confinamientos seguros para la población. Además, se han detectado comportamientos sociales durante las emergencias que denotan una falta de formación y educación de la población en este ámbito que la pone en peligro de sufrir accidentes graves que pueden resultar en pérdidas de vidas humanas. La administraciones, sobre todo comunidades autónomas y entidades locales, deben poner en marcha programas de autoprotección en todas las poblaciones susceptibles de ser afectadas por incendios, con especial atención en el tratamiento de la vegetación de la mesoescala (entorno del área poblada) y la microescala (dentro de las parcelas urbanizadas), así como en la necesidad de simulacros de evacuación anuales que sensibilicen y formen a la población en emergencias.
- Aval científico de todas las actuaciones propuestas que permiten divulgarlas (ciencia ciudadana, educación, concienciación). Actualmente España es una potencia mundial en producción científica y en el ámbito de incendios forestales se obtienen importantes resultados aplicables y que dan aval a muchas de las actuaciones propuestas, en general con ausencia de presupuesto para ejecutarlas. Este ambiente de conocimiento y colaboración científico-técnica ejerce también un ambiente de consenso social que tranquiliza a la población sobre cómo se invierten sus impuestos. Existen iniciativas de ciencia ciudadana para que colaboren también en este proceso común, aunque son necesarias más iniciativas que impliquen la idea de convivir con los incendios, inercia difícil de romper tras muchos años de asumir que todo fuego es malo. Los equipos EPRIF (Equipos de prevención de incendios forestales) del MITECO llevan 25 años haciendo esta labor en el ámbito rural pero es necesario reactivar iniciativas autonómicas como el Plan 42 de la Junta de Castilla y León para que la población no sólo vea campañas negativas sobre la aparición del fuego en verano sino los beneficios del uso del fuego si se utiliza de manera adecuada. De igual forma parece necesario mantener las inversiones en ciencia aplicada a los incendios forestales para seguir innovando, especialmente en enfoques holísiticos que impliquen la colaboración interdisciplinar entre ciencias técnicas y humanidades.

- Necesidad de generar nuevos protocolos para la participación del colectivo científico en la asesoría de emergencias, prevención, mitigación y restauración. Esta propuesta reciente del CSIC como consecuencia de la experiencia positiva en la gestión de la emergencia en el volcán de La Palma (2022) tiene la peculiaridad de que los eventos por incendios son habituales anualmente y que los dispositivos de extinción de las comunidades autónomas y del MITECO tienen ya unos avances importantes en gestión de dichas emergencias, incluida la figura del analista de incendios con recomendaciones de carácter científico-técnico. No obstante, parece necesario incorporar a personal científico también en labores preventivas y de restauración fuera del ámbito estrictamente de la emergencia, pero que condicionan el futuro de los montes y su comportamiento a potenciales incendios. El desarrollo administrativo necesario para que los científicos tengan la autorización de colaborar antes, durante o después de las emergencias debe desarrollarse para que estos profesionales ejerzan con garantías esta colaboración interadministrativa.
- Apuesta decidida por insertar la I+D+i para mejorar Gobernanza: Ciencia para la Políticas Públicas. Otra de las apuestas del CSIC es proponer los documentos Science4Policy, Ciencias para las Políticas Públicas, que puedan servir de acicate para que el desarrollo legislativo en cuestiones de Estado importantes como los incendios forestales dé un giro hacia la ciencia en el desarrollo de medidas legales y sobre todo en el fomento de la gobernanza a diferentes escalas, que implica una fuerte colaboración interadministrativa. La oficina C (Ciencia en el Parlamento) también se ha fijado en esta temática y ha dedicado uno de sus informes 2023 a los incendios forestales para que sus señorías lo tengan en consideración en sus propuestas legislativas. Incluir la ciencia en las políticas públicas nacionales es uno de los objetivos de los planes de investigación europeos, que permanentemente piden libros blancos o iniciativas al colectivo científico para ayudar a los decisores políticos. Este paso de transferencia del conocimiento de la ciencia hacia las políticas no termina de producirse, en gran medida por la necesidad de establecer medidas a largo plazo que implica abstraerse de resultados en la legislatura vigente y pensar en acuerdos de consenso para que los resultados se terminen viendo en un futuro no necesariamente gobernado por el partido que impulse estas medidas. Por tanto usar la ciencia en las políticas públicas implica la disponibilidad del colectivo científico para apoyar en su puesta en marcha y la decisión política valiente de establecer medidas cuyos resultados se verán tras varias legislaturas.

5. Conclusiones: políticas públicas para convivir con los incendios forestales

El documento Ciencias para las políticas públicas del CSIC sobre Incendios Forestales establece una serie de conclusiones y recomendaciones que resume gran parte de lo expuesto en apartados anteriores:

- Los incendios forestales son un elemento clave para el equilibrio de los ecosistemas. Cada ecosistema está adaptado a un régimen propio de incendios. Los seres humanos están alterando estos regímenes con cambios en el clima y en los usos del suelo lo que, tanto por exceso como por defecto de fuego, ocasiona consecuencias adversas.
- La combinación de cambio climático, aumento de la cantidad de combustible vegetal e igniciones humanas provoca que los grandes incendios sean cada vez más frecuentes y virulentos. Estos son los incendios más peligrosos, tanto desde el punto de vista humano como ambiental.
- La supresión total del fuego es imposible e insostenible. Un periodo largo de supresión puede llevar a futuros incendios más intensos y severos. Es necesario aprender a convivir tanto con los incendios como con el uso del fuego en ámbitos rurales para generar comunidades socio-ecológicas más resilientes.
- Es necesaria una gestión integral que genere regímenes de incendios sostenibles al considerar todos los aspectos que impactan y son impactados por el fuego, y al incluir medidas antes, durante y posteriores al incendio.
- Para una buena gestión se requiere una evaluación rigurosa y a largo plazo de los costes y beneficios, tanto económicos como ecológicos. Estas evaluaciones no se han realizado en la mayoría de ecosistemas, donde la gestión aún se basa en una visión a corto plazo y, a menudo, sin considerar aspectos ecológicos y económicos.
- Es fundamental la gestión de los paisajes inflamables. En función de los diferentes contextos socio-ecológicos, existen distintas herramientas para conseguir este objetivo, como tratamientos mecánicos, quemas prescritas o la potenciación de actividades rurales.
- El abordaje de los incendios debe basarse en el conocimiento. No solo en el científico-técnico sobre aspectos físicos y ambientales, sino también en el de las sociedades humanas que habitan paisajes inflamables.
- Una gestión del fuego integral y óptima requiere formar parte de las políticas forestales y agrarias. Este objetivo pasa por la inversión en el ámbito rural para movilizar recursos forestales estratégicos de manera ambiental y socialmente sostenible.

- La gestión de combustibles de superficie es uno de los grandes retos para reducir el riesgo de grandes incendios. Para su abordaje, es necesario aumentar la superficie anual tratada con quemas prescritas, ganadería extensiva y tratamientos mecánicos, sin olvidar la renaturalización de los paisajes.
- Controlar las fuentes de ignición es un gran desafío. A pesar de su compleja solución, es recomendable promover la educación y concienciación entre la población rural, fomentar las quemas prescritas y reducir un incendiarismo asociado a usos rurales tradicionales con medidas colaborativas y no solo sancionadoras.
- La colaboración entre administraciones es fundamental para la gestión integral del fuego. La participación y colaboración entre instituciones permite mejorar la gestión de los regímenes de incendios, el uso del fuego, de su extinción y de la restauración posincendio.
- La implicación de las entidades locales es clave en la gestión del interfaz urbano-forestal. Su papel es fundamental en la aplicación de los planes de autoprotección, en el manejo de la emergencia durante la extinción o en la concienciación del peligro de incendios para evitar accidentes.
- Los incendios forestales son un problema transfronterizo. Por ello se deben fomentar estrategias comunes y cooperativas basadas en criterios científico-técnicos, sin olvidar implicar a las comunidades rurales en la gestión.
- Un cambio de paradigma permitiría situar la prevención y mitigación de impactos en el centro de la gestión de los incendios. Además de la preocupación por suprimir los incendios, se debe tener en cuenta la mejora de sistemas de alerta y extinción, y áreas como la prevención y recuperación socio-ecológica.

Recomendación bibliográfica

Birot, Yves (ed.) (2009). *Living with Wildfires: What Science Can Tell Us*, Joensuu, European Forest Institute.

Madrigal Olmo, Javier (2017). «El arte de prevenir incendios», *Cuadernos de la SECF*, núm. 43.

Santín, Cristina; Madrigal, Javier; Cerdà, Xim; Pausas, Juli (2023). *Incendios forestales. Ciencia para las políticas públicas*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

VIII
ÉTICA PÚBLICA Y TRANSPARENCIA

LA INTEGRIDAD DEL SECTOR PÚBLICO EN ESPAÑA: AVANCES Y RETOS PENDIENTES[1]

Manuel Villoria Mendieta
Catedrático de Ciencia Política de la Universidad Rey Juan Carlos

Agradezco muy sinceramente la invitación que me hacen a participar en este conjunto de seminarios, un elenco que ofrece un panorama amplio y diverso de las reflexiones más avanzadas y rigurosas sobre temas de gran interés en ámbitos políticos y constitucionales; a este agradecimiento se une el honor de poder participar en diálogo con la hasta hace muy poco directora de este Centro, Yolanda Gómez Sánchez, persona por la que profeso honda admiración personal y profesional.

1. Aclarando conceptos: la integridad del sector público

Creo que, como académicos, no podíamos empezar esta reflexión conjunta de forma mejor que intentando aclarar conceptos. No se trata de crear conceptos nuevos, algo que está más reservado a la filosofía o, en mi campo, a la filosofía política, sino de clarificar los que usamos en este ámbito, para poder entender de qué hablamos en esta sesión y evitar confusiones y oscuridad analítica. Por ello, agradezco a Yolanda que me lance este reto y me permita aportar una propuesta. En ella, iremos de lo general a lo específico, siguiendo un método deductivo que nos permita una clasificación analíticamente útil. Mi opción es partir de los conceptos semánticamente más amplios como son los de gobernar y bondad. Partimos, así pues, del concepto de **gobernar** (en el sentido que la RAE ofrece, como acción de dirigir un país o colectividad política), mejor que el concepto de go-

[1] Esta publicación es parte del R&D project: PID2020-115869RB-I00, funded by MCIN/AEI/10.13039/501100011033/»FEDER A way to make Europe».

bierno, que es más específico o el de gobernabilidad, que es más estado-céntrico. Porque la forma de gobernar las sociedades actuales se realiza en forma de **gobernanza:** arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía (RAE). Es decir, que el Estado gobierna con el mercado y con la sociedad civil, buscando su colaboración y su implicación en la búsqueda de soluciones a los complejos problemas del mundo actual. Ciertamente, no vivimos en la gobernanza sin gobierno, pues el gobierno lidera la gobernanza y sus redes, pero ya no puede actuar solo, carece de capacidades cognitivas, tecnológicas y presupuestarias para ello. A partir de ahí, introducimos un calificativo vinculado a bondad, de modo que la **buena gobernanza** sería el concepto del que, esencialmente, partimos. Una **buena gobernanza** es, según el Banco Mundial, aquella que, gracias a sus instituciones y tradiciones, nos produce paz y estabilidad, transparencia, participación y rendición de cuentas, buenas regulaciones, Estado de derecho sólido, ausencia de corrupción y un gobierno eficaz. En la configuración de esta gobernanza «buena» la clave es la existencia de unas instituciones formales e informales que generan las reglas del juego adecuadas y unos actores públicos (gobierno, parlamento, poder judicial) y privados (empresas, fundaciones, asociaciones y ciudadanía) que respetan esas reglas y las adaptan sabiamente a los cambios sociales existentes (Kaufmann, Kraay y Zoido-Lobatón, 2000).

A partir de este concepto, nosotros nos tenemos que centrar en un actor de los muchos implicados, que es el **gobierno**. Nuevamente, la RAE nos da una definición clara: órgano superior del poder ejecutivo de un Estado o de una comunidad política, constituido por el presidente y los ministros o consejeros. ¿Pero qué es un buen gobierno? El buen gobierno, en este caso la definición es mía, sería aquel que genera y respeta las instituciones formales e informales adecuadas para asegurar imparcialidad y legalidad en su actuación, rendición de cuentas, transparencia, participación, equidad en el servicio público y todo ello guiado por una motivación profunda de integridad. Pero no olvidemos que el gobierno es también la cabeza de la Administración y que esta es el instrumento del gobierno para desarrollar e implementar sus políticas públicas y prestar los servicios públicos necesarios para el bienestar colectivo. De ahí que las instituciones que el buen gobierno genera le obligan a él mismo, pero también a su Administración. El buen gobierno es buen Gobierno y buena Administración. En su vertiente más específica de «**buena administración**» esto supone, además, la implementación de buenas prácticas de diligencia debida (Ponce Solé, 2022) para garantizar la eficaz prestación de servicios públicos a la ciudadanía, con sus requisitos de audiencia, resolución en plazo, motivación, tratamiento eficaz y equitativo de los asuntos y buena fe (ver STS de 15 de octubre de 2020, rec. 1652/2019).

Dentro del marco del buen gobierno**,** la **rendición de cuentas** (entre otros, Schedler, 1999) implica transparencia, en primer lugar; a partir de ahí, es esencial la explicación, o la capacidad de responder y dar cuenta de los éxitos y fracasos gubernamentales frente a las demandas de la ciudadanía; finalmente, es necesario asumir responsabilidades, lo cual requerirá, llegado el caso, hasta la posible dimisión o renuncia. En términos operativos, esta labor implica que los directivos de nuestras organizaciones deberían planificar estratégicamente, definir objetivos y metas, y organizar los datos de forma tal que pueda saberse, a través de programas de evaluación sistemáticos y completos, si la organización cumplió esos objetivos operativos y estratégicos y alcanzó los impactos previstos. Vinculado a la rendición de cuentas, creemos que es importante respetar el principio de buena administración, del que ya hablamos previamente, y cuyo incumplimiento debería generar responsabilidades e, incluso, indemnizaciones para los perjudicados. Por todo ello, la organización e implementación de una adecuada rendición de cuentas es la clave de la eficacia y eficiencia del gobierno.

Como acabamos de ver, el primer paso para la rendición de cuentas es la **transparencia.** Unida a la rendición de cuentas puede convertirse en una aliada muy importante de la eficacia y eficiencia en la gestión. Además, la transparencia ayuda a mejorar la confianza en las instituciones y a luchar contra la corrupción. Para que la transparencia cumpla sus objetivos es muy importante que sea tomada en serio y que la ciudadanía no perciba que existe un intento de engaño. Cuando existe ya desconfianza en las instituciones, como es el caso de España, falsear datos, ocultarlos, no dar respuesta a las demandas legítimas de acceso genera una reacción de rechazo que fortalece la desconfianza existente (Villoria, 2021). De ahí que los directivos públicos deban tener una actitud propositiva para colgar en las plataformas correspondientes toda la información que la ley demanda (**publicidad activa**) e, incluso, aquella que, sin demandarse, se estime que ayuda a que la ciudadanía conozca y controle; y todo ello de forma claramente comprensible y en formatos reutilizables. También es importante ayudar a las unidades de información existentes en las Administraciones a que respondan, en el plazo previsto, todas las peticiones de **acceso a la información** requeridas de acuerdo con la ley.

Pero la rendición de cuentas también debe facilitar la **participación ciudadana.** El concepto de **gobierno abierto**, en su esencia, implica, según la Alianza para el Gobierno Abierto, a la que pertenece España, la suma de transparencia, rendición de cuentas y participación/colaboración (a ello se ha sumado en nuestro país la integridad). La participación sirve para el desarrollo de las capacidades humanas y refuerza el compromiso moral de la ciudadanía con lo público y la legitimidad del sistema democrático, pero, además, si se hace bien, redistribuye poder en quienes no lo tienen formalmente, contribuyendo a la igualdad política

(Martín Delgado, 2021). Para desarrollar adecuadamente este compromiso es preciso seleccionar mecanismos de participación pensando en los destinatarios, ofrecer a los participantes la información que requieren para poder participar de forma significativa y comunicarles de qué forma sus aportaciones afectaron la decisión.

Ahora una breve reflexión sobre la **equidad** como componente del buen gobierno**.** Como nos recordaba Dahl (1989), en una democracia todos los miembros de la comunidad deben ser tratados, bajo las normas, como si estuvieran igualmente cualificados para participar en el proceso de toma de decisiones. Esto tiene su base en la propia idea de dignidad humana, de donde surge este principio de igualdad procedimental de las partes implicadas. En general, los gobernantes tienen que formular políticas y programas y, en ocasiones, generar normas (proyectos de ley, reglamentos…); pues bien, en su actividad preparatoria deben ser imparciales, creando las condiciones y espacios para que todos los afectados participen en condiciones de igualdad. Por esta razón, la regulación de la **actividad de lobby** es necesaria. No podemos dejar, en una democracia fiel a su nombre, que la toma de decisiones por nuestros representantes sea determinada por las desigualdades en riqueza, estatus o poder coercitivo. Esta regulación del lobby debe incluir la creación de registros, la definición de reglas éticas de funcionamiento, la transparencia e información sobre clientes, presupuestos y objetivos, sancionando la influencia indebida, bien en sus manifestaciones más graves, como el tráfico de influencias, bien en las más leves, como la entrega de regalos «menores» o los «seminarios» en hoteles de lujo para actores públicos. La transparencia en la actividad de influencia permite conocer quién actúa y se moviliza, con quién se reúne, qué intereses representa y, en definitiva, pone una luz sobre este complejo mundo ayudando a evitar comportamientos antidemocráticos y, en ocasiones, corruptos. Por ello, es muy importante que nuestros altos cargos tengan claras las obligaciones que se derivan de ella, sobre todo evitar los conflictos de intereses y tener **agendas transparentes** donde consten las reuniones con grupos de interés y su razón de ser.

Aunque la **calidad regulatoria** va más allá de la actividad gubernamental, sobre todo cuando hablamos de leyes, este componente de la buena gobernanza debe ser incorporado al día a día de la actividad del gobierno. La Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, ambas de 1 de octubre, en línea con los desarrollos internacionales y con el incentivo de la OCDE (como ambas confiesan en sus preámbulos), han introducido significativas referencias a la calidad normativa y a la buena regulación, elementos que no eran desconocidos en el ordenamiento jurídico español, pero que ahora cobran, con rango de ley, una importancia mayor. Cuando las regulaciones (sean leyes o reglamentos)

se hacen mal, los efectos económicos, sociales o medioambientales suelen ser perversos. Una mala regulación genera más daño que beneficio. De ahí la importancia de controlar la calidad de la regulación. La buena gestión de las normas implica toda una serie de medidas que deben adoptarse para controlar el stock y el flujo reglamentario, como indica De Benedetto (2021). Las medidas que afectan al stock normativo son esencialmente las de **simplificación.** La simplificación puede subdividirse en simplificación de la legislación (que incluye medidas como la codificación, la reducción de la legislación y la revisión) y simplificación administrativa (que incluye programas tendentes a disminuir el exceso de formalidades burocráticas y programas de reducción de cargas administrativas). También hay dos tipos de medidas que afectan al flujo reglamentario: la **calidad regulatoria en sentido estricto** (evaluación pre, evaluación de impacto, evaluación de implementación, mecanismos de consulta) y la **trazabilidad de intereses**, de la que acabamos de hablar.

Para muchos autores, la clave del buen gobierno está en garantizar la **imparcialidad y legalidad** de la Administración. Rothstein y Teorell (2008: 170) ofrecen la que probablemente sea la teoría más conocida sobre la imparcialidad de la burocracia. Para ellos, ésta constituye la clave de la calidad gubernamental y consiste en que: 1) a la hora de aplicar normas y políticas, los funcionarios no deben tener en cuenta nada sobre el ciudadano/caso que no esté estipulado de antemano en la política o la ley; 2) Todos los ciudadanos deben ser tratados por igual, por parte de los funcionarios, independientemente de su relación personal y de sus gustos y aversiones personales. La forma de medir esta imparcialidad sería a través de la autonomía de la burocracia con respecto a la política (Dahlstrom y Lapuente, 2018). Los partidarios de esta concepción aportan múltiples datos que demuestran que una administración profesional e impersonal se correlaciona con un mayor desarrollo económico y social (Evans y Rauch, 1999). Aquí, de nuevo, se puede comprobar cómo la eficacia depende de la existencia de un personal al servicio del gobierno que sea seleccionado por sus competencias y cuya carrera dependa de su rendimiento y honestidad, no de su lealtad partidista.

Finalmente, **la integridad** es preciso comprenderla como un rasgo de carácter. Huberts (2014) considera la integridad como una cualidad que poseen aquellas personas que actúan en su día a día de forma coherente con los principios, valores y normas que son relevantes en función del rol que ocupan. Añadiríamos que relevancia aquí se conecta con lo moralmente asumible, con lo que la razón y la deliberación nos marcarían como deseable. En consecuencia, en el ámbito público, sería la **disposición o virtud que permitiría a todos los sujetos afectados por la ética profesional propia del servicio público actuar de acuerdo con los principios, valores y normas relevantes definidos en la misma.** Pero no podemos presumir que las personas que trabajan en las Administraciones son

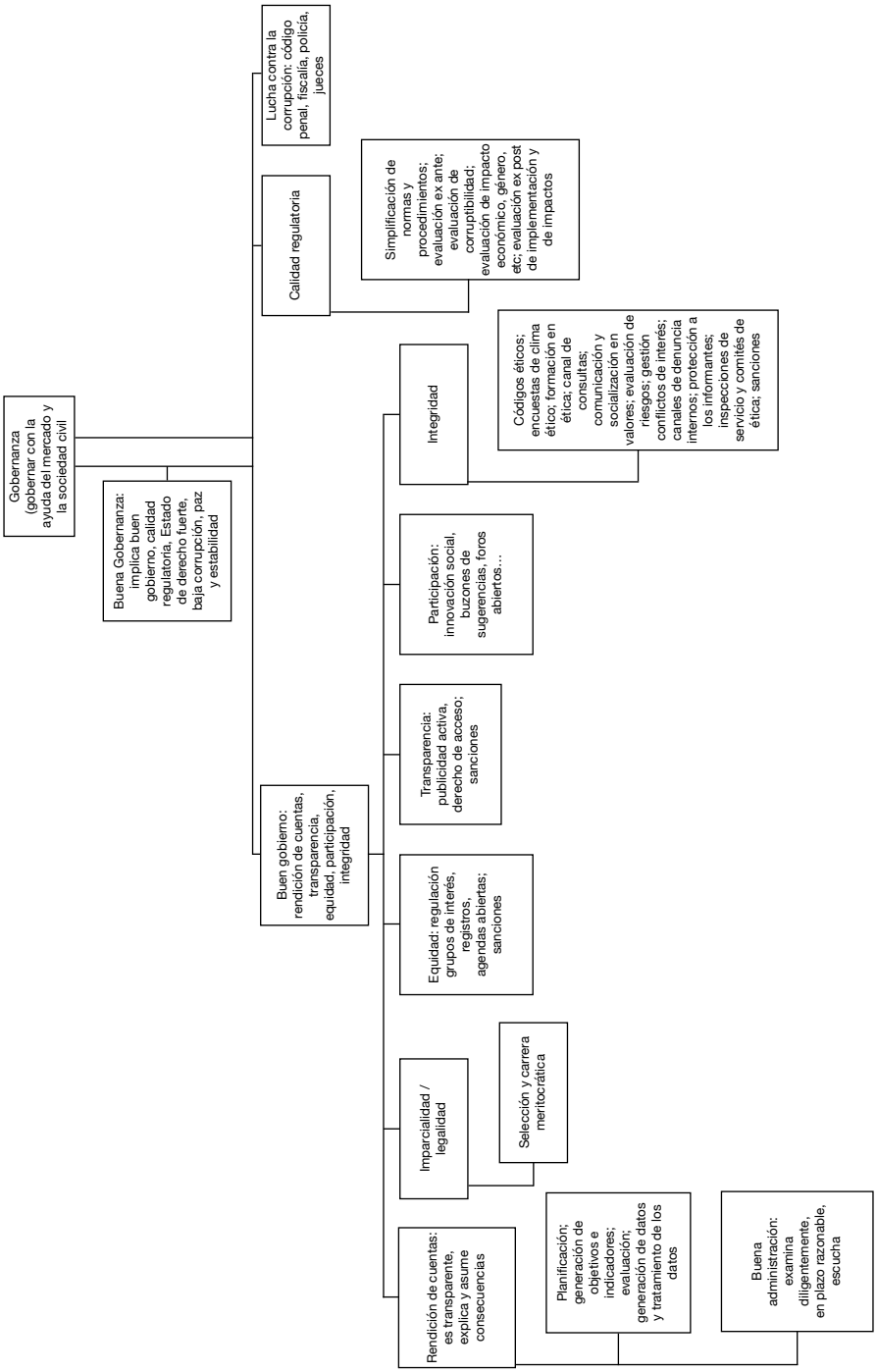
íntegras per se. Alcanzar la integridad exige un nivel elevado de desarrollo moral. De ahí la responsabilidad de los gobiernos de crear las instituciones apropiadas para fomentar el desarrollo moral y la integridad de sus empleados. En concreto, es fundamental crear los instrumentos, procesos y órganos que promocionen los comportamientos íntegros y desincentiven los comportamientos inmorales en las organizaciones. En palabras del informe Trust in goverment de la OCDE, «la integridad pública se refiere al constante alineamiento y apropiación de valores éticos, principios y normas compartidas, para proteger y priorizar el interés público sobre los intereses privados en el sector público». Pero esta alineación requiere una estrategia y un plan de trabajo riguroso para poder conseguir los impactos deseados. Y de esto es lo que hablaremos ahora.

En la figura 1 tratamos de sistematizar todos estos elementos para que puedan los lectores situar la integridad en el contexto global de referencia, en lo que llamaríamos el paradigma de la buena gobernanza.

Tras todo este *excursus,* que recoge sumariamente la visión de los organismos internacionales más importantes y de sus think tank, se entenderá mejor la respuesta a la pregunta de **cómo conseguir este buen gobierno**. De acuerdo con el paradigma expuesto, el buen gobierno se consigue si existe un diagnóstico completo de la buena gobernanza del país y, a partir de ello, se diseña una estrategia holística y completa de mejora de las instituciones formales e informales que guían la acción de todos los pilares del sistema social (los propios del Estado, como el parlamento, el poder judicial, los órganos de control y el propio gobierno) y los propios del mercado (empresas) y sociedad civil (partidos, asociaciones). Es decir, que es difícil conseguir resultados óptimos centrados sólo sobre una parte de los componentes de la gobernanza, más aún sobre uno sólo de los componentes del Estado (el gobierno). Para avanzar hacia el buen gobierno hay que avanzar hacia la buena gobernanza, pues dentro de la exigencia mutua de eficacia, integridad y rendición de cuentas es donde se encuentra la posibilidad de un desarrollo realmente productivo.

2. Análisis concreto de los avances y limitaciones existentes en la generación de buen gobierno en España

Dicho esto, entro en el **análisis concreto de los avances y limitaciones** existentes en la generación de buen gobierno en España. Para empezar, es importante destacar que no existe un plan nacional en la materia, tampoco un consenso interpartidista. Lo más cercano sería el IV Plan de gobierno abierto, que tiene dos características que lo hacen destacable: por un lado, en un país tan descentralizado como España, incorpora a los gobiernos autonómicos a la estrategia. De



Fuente: Elaboración propia

hecho, en el marco de la Conferencia Sectorial de Administraciones Públicas, que es el órgano de cooperación en materia de administración pública entre la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y las Administraciones locales, se ha creado una Comisión Sectorial de Gobierno Abierto para el debate, intercambio de experiencias y buenas prácticas en iniciativas relacionadas con la transparencia, la participación, la rendición de cuentas y otras cuestiones relacionadas con el gobierno abierto. España es, por tanto, un referente para otros países con una estructura federal o fuertemente descentralizada. Por otro lado, existe un órgano de cooperación con la sociedad civil para canalizar y promover propuestas de gobierno abierto, debatir el desarrollo de planes de acción de gobierno abierto e intercambiar buenas prácticas: el Foro de Gobierno Abierto y sus Grupos de Trabajo desempeñan un papel muy activo en el diseño de los planes y en el proceso de implementación y revisión de los avances en el cumplimiento de los compromisos e iniciativas, un foro que está funcionando con bastante eficacia.

En octubre de 2022, España tuvo que presentar el Informe de Autoevaluación para la revisión del IV Plan de Gobierno Abierto de España 2020-2024 tras su segundo año de implantación. Publicado en 2023, este informe señalaba que «el diseño y posterior puesta en marcha del IV Plan de Gobierno Abierto coincidió con circunstancias excepcionales. La crisis sanitaria mundial derivada de la COVID-19 y, en la actualidad, los devastadores efectos de la guerra en Ucrania, miembro de OGP, han determinado las prioridades gubernamentales en el desarrollo de políticas públicas para paliar los efectos negativos de estas circunstancias, impulsar el crecimiento económico y proteger a los colectivos más vulnerables a través de nuevas medidas sociales. Por el contrario, estas circunstancias no han dificultado el diseño participativo del IV Plan, coincidiendo con las medidas de contención sanitaria, ni han afectado a su proceso de implementación, que se viene desarrollando satisfactoriamente con la cooperación y colaboración de todos los actores implicados» (p.5).

En el primer trimestre de 2023 se inició un proceso de actualización del IV Plan basado en las conclusiones de la revisión. El Plan sigue conteniendo diez grandes compromisos desplegados ahora en 111 iniciativas, estructuradas en torno a cinco ejes: transparencia y rendición de cuentas, participación, integridad, sensibilización y formación e iniciativas regionales y locales. Según los últimos datos (de noviembre de 2023), de esas 111 iniciativas 44 (40 %) se han completado, 65 (58 %) están en fase de ejecución y dos iniciativas no se han iniciado. En cuanto a las 537 actividades incluidas ahora en las iniciativas, 297 ya se han completado (55 %), 172 están en ejecución parcial (3 %), 53 aún no se han iniciado (10 %) y 15 se han cancelado (3 %). En cualquier caso, los acontecimientos políticos en torno a las elecciones autonómicas y locales (mayo de 2023) y las

nacionales (septiembre de 2023), así como las dificultades para formar Gobierno, han provocado un retraso en la puesta en marcha de algunas de las iniciativas legislativas más importantes (como la nueva ley de transparencia o la ley de lobbies) y en la ejecución de algunos compromisos.

Pasemos a ver de forma muy resumida el estado de situación de los componentes fundamentales del buen gobierno.

a) Transparencia

En la reunión de 2 de noviembre de 2021 del Grupo de Trabajo de Transparencia y Rendición de Cuentas del Foro de Gobierno Abierto, la Dirección General de Gobierno Abierto presentó la constitución de un subgrupo de trabajo para la reforma de la Ley de Transparencia. Este grupo de trabajo se enmarca como una actividad del compromiso 1, Reforma del Marco Normativo, iniciativa 1.3 «Reforma de la Ley de Transparencia». El objetivo del grupo era reunir a un grupo de expertos, con perfil jurídico a ser posible, para colaborar con la Dirección General de Gobernanza Pública en la iniciativa de reforma de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, para adaptarla al contexto nacional e internacional en esta materia e introducir mejoras, cuyo alcance debería perfilarse en los procedimientos de consulta y audiencia pública previstos en el IV Plan de Gobierno Abierto. Las reuniones del subgrupo finalizaron el 27 de diciembre de 2022 y a continuación se exponen algunas de las principales conclusiones alcanzadas:

- Inclusión del Gobierno como sujeto obligado
- Inclusión expresa del Ministerio Fiscal y de la Junta Electoral
- La información debe publicarse en formato reutilizable, siempre que la naturaleza de la información admita este formato y sea técnicamente posible
- Introducir la obligación de publicar estadísticas sobre el ejercicio del derecho de acceso, incluyendo el número de solicitudes de acceso, el porcentaje de solicitudes concedidas y denegadas, un resumen de las solicitudes y respuestas, etc
- No será obligatorio que el solicitante utilice identificación electrónica ni que justifique su solicitud, pero deberá identificarse con nombre y apellidos
- Sobre los fondos europeos: el Grupo también considera necesario incluir una disposición transitoria sobre la publicación de información relativa a la gestión de la gestión de los fondos *Next Generation* de la UE

- Inclusión de nuevos contenidos referidos a la gestión de recursos humanos, altos cargos, huella normativa
- Inclusión de la posibilidad de aplicar multas coercitivas cuando se incumpla la obligación de información del art. 4 o cuando se incumplan las resoluciones del Consejo de Transparencia
- Incorporar un régimen sancionador completo que prevea infracciones en materia de publicidad activa y acceso a la información, ya sean muy graves, graves o leves
- En cuanto a la presidencia del CTBG, se añaden nuevos requisitos para su nombramiento, con mayor protagonismo del Congreso de los Diputados (los grupos parlamentarios podrán hacer propuestas, que también se podrán recibir de la sociedad civil).

Por el momento, aún no se ha elaborado el proyecto de ley que recogería estas conclusiones para su remisión al Parlamento y tampoco se ha redactado un reglamento de la Ley 19/2013. Mientras tanto, seguimos con un sistema que, aunque en su momento significó un avance importante, ahora mismo tiene graves problemas. Entre ellos, destacaría la sobrecarga del Consejo, cada vez mayor[2], lo que lleva a retrasos en las resoluciones cada vez superiores (tarda siete meses en contestar de media). El Consejo recibe ahora cuatro veces más denuncias que en 2015, cuando empezó a funcionar (la ley entró en vigor en 2014): de poco más de 500 al año a 2.091 en 2022 (y, al ritmo actual, podría superar las 2.300 en 2023). Sin embargo, la plantilla apenas ha variado. No obstante, recientemente se ha aprobado una nueva relación de puestos que va a paliar en gran medida este problema. Hay otra causa de esta sobrecarga: el derecho del Gobierno al silencio administrativo negativo, lo que significa que si no responde en el plazo de un mes la petición se considera desestimada. Esto da lugar a un gran número de recursos ante el Consejo, que podrían evitarse con una respuesta positiva a tiempo. En todo caso, el principal problema del Consejo es que no tiene capacidad sancionadora cuando se incumplen sus decisiones. De ahí la importancia de modificar la Ley de Transparencia de 2013 y dotarle de potestad sancionadora con posibilidad de imponer multas. En 2022, de las 450 reclamaciones estimadas, 150 permanecen incumplidas, es decir, un 33,33 %. En términos generales, se mantiene la tasa de incumplimiento de años anteriores. Además, habitualmente, el Gobierno impugna las decisiones del Consejo ante los tribunales cuando van en contra de sus intereses políticos. Aun así, el Consejo no cuenta con el apoyo de la Abogacía del Estado en esos casos. En consecuencia, el Consejo tiene que contratar abogados privados para defender sus decisiones. Hasta ahora, el Consejo ha gastado más de 300.000

[2] Como pone de manifiesto el Informe sobre la Justicia Administrativa 2023 del Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa.

euros en estos procedimientos judiciales. A 20 de julio de 2023, en el total acumulado, 668 resoluciones dictadas por el CTBG constan como no conformes, de un total de 2.535, lo que supone una tasa de no conformidad del 26,35 %[3].

Vinculado a este apartado, es importante destacar que España firmó el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos (Convenio de Tromsø) el 23 de noviembre de 2021, aunque solo el 27 de septiembre de 2023 el representante permanente de España depositó el instrumento de ratificación del Convenio (STCE 205). El Convenio entró en vigor para España el 1 de enero de 2024.

En cuanto a la Ley de Secretos Oficiales, que significaba una verdadera marcha atrás en el camino hacia una mayor transparencia del gobierno, parece que será retirada y se propondrá una nueva.

b) Rendición de cuentas

De los muy numerosos temas que podríamos tratar aquí, me centraré solo en uno de ellos: el programa Cumpliendo de la Presidencia del Gobierno. El control vertical sobre el presidente está claramente garantizado en la Constitución española, aunque en la práctica existen algunos componentes legislativos que lo debilitan, como las listas cerradas y bloqueadas, el sesgo mayoritario del sistema electoral o la falta de reconocimiento del derecho a la transparencia y al acceso a la información pública como derecho fundamental. También es de carácter político el control parlamentario sobre el gobierno y su sector público (art. 66.2 de la Constitución: «Las Cortes Generales... controlan la acción del Gobierno»), con sus diferentes instrumentos reconocidos constitucionalmente (art. 76.2: Comisiones de investigación; arts. 109-113: preguntas, interpelaciones, comparecencias, moción de censura, etc.). Ahora bien, se tiende a configurar estos instrumentos en el marco tradicional del conflicto inter-orgánico entre el Legislativo y el Ejecutivo, ignorando su nueva significación en el seno de la relación mayoría-minorías: parece necesario otorgar a las minorías parlamentarias mayores derechos, en el sentido que la Constitución portuguesa establece, por ejemplo (Sánchez Navarro, 1995: 253ss). Finalmente, es también control político el que realiza la dirección del partido sobre sus representantes en los distintos puestos públicos y, en gobiernos de coalición, el que realizan los miembros de la coalición sobre el presidente en relación con el cumplimiento de los acuerdos pactados. En suma, el presidente tiene que rendir cuentas a electores, parlamentarios y dirigentes del propio partido y de los partidos de la coalición.

[3] *Idem*.

Dicho todo esto, la pregunta obvia es: ¿qué añade el programa Cumpliendo a todo este sistema? Para empezar, como se puede ver en los análisis comparados, es fundamental en el Gabinete de la Presidencia (centro de gobierno) una unidad que se encargue de recopilar la información de los distintos ministerios y trate de dar a quien presida el Gobierno los datos y análisis necesarios para mantener la agenda política con coherencia y sin perder de vista el conjunto de los problemas. Esto, idealmente, exige contar con líneas de comunicación fluidas e interlocutores claros en los departamentos ministeriales y con expertos capaces de procesar la información y analizar las opciones y los problemas que surgen día a día en el Gabinete (Arenilla y Paramio, 2011: 148). Por otra parte, una parte significativa del trabajo sostenido del Gabinete está relacionado con compromisos presidenciales, unas veces en la interlocución con otros actores políticos y sociales, otras en actos públicos o en el curso de intervenciones parlamentarias o de otro tipo. Los compromisos presidenciales explícitos tienen un valor sobreañadido sobre los asumidos genéricamente por el Gobierno y exigen, por parte del Gabinete, una atención, seguimiento y coordinación con los ministerios implicados igualmente acrecentada (Guerrero, 2013). El ejercicio de la presidencia también es juzgado por sus compromisos poselectorales y posprograma de gobierno. Es necesaria una unidad que dé seguimiento al cumplimiento de los compromisos y que incentive la cooperación ministerial para ello.

Por otra parte, el modelo de democracia representativa ha ido generando, sobre todo a partir de los años 80, una sensación de cierta lejanía entre representantes y representados que, recientemente, han aprovechado los movimientos populistas, gracias sobre todo a las redes sociales, para atacar los fundamentos de la democracia liberal. En general, existe una cierta crisis de responsividad (en el sentido de capacidad de aportar respuestas a las complejas demandas de la sociedad) en nuestras democracias, una crisis que se basa en la percepción ciudadana de que sus intereses no están siendo canalizados o atendidos en su debida forma. De ahí la necesidad de reforzar la apertura y la explicación por parte de los gobiernos de lo que hacen y no hacen, de lo que pueden y no pueden hacer. Si a esta tendencia tan generalizada en las democracias occidentales le añadimos la fuerte presidencialización y personalización de la política, entonces entenderemos mejor la prioridad por incorporar en la actividad de los gabinetes presidenciales sistemas de *accountability* de la presidencia. Es en este marco en el que surge el programa Cumpliendo y se crea la Unidad de Rendición de Cuentas (con 6 personas) dentro de los órganos que sirven directamente al presidente español.

Los rasgos fundamentales del sistema se sistematizan en la tabla 1:

Tabla 1: *Cumpliendo*, componentes y rasgos de actuación

Componentes fundamentales	**Rasgos de actuación**
INICIATIVA. Parte del presidente del Gobierno	COMPLEMENTA. Viene a sumarse a los instrumentos de control de la labor del poder ejecutivo ya existentes, tanto por sus fines como por su objeto.
EJECUCIÓN. El proceso de rendición de cuentas se lleva a cabo desde el Gabinete de la Presidencia del Gobierno y es impulsado por la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, a través de la URC, con la colaboración activa de todos los departamentos ministeriales.	GLOBAL Y COMPARTIDA. Comprende la acción del conjunto del Gobierno de España
OBJETO DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS. Analiza el grado de cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Gobierno de España y ejecutados, principalmente, por la Administración General del Estado.	OMNICOMPRESIVA. Aspira a incluir todos los compromisos asumidos por el presidente del Gobierno y los titulares de los departamentos ministeriales, desde el momento de la investidura y a lo largo de toda la legislatura.
ÁMBITO TERRITORIAL. Abarca el conjunto del territorio del Estado. Se realzan informes por territorio también.	DINÁMICA. Atiende a la evolución continuada de los acontecimientos y pretende hacer un seguimiento integral de los compromisos, desde que se adquieren hasta que se cumplen o, en su caso, se reformulan o decaen, conociendo su estado en todo momento y las razones que motivan los cambios que se producen.
DESTINATARIOS/AS. Se dirige al conjunto de la ciudadanía y también a las Cortes Generales, los partidos políticos, la academia, los medios de comunicación, la sociedad civil y cualquier intermediario social interesado	TRAZABILIDAD. Permite conocer el estado de cumplimiento de los compromisos en cada momento de la legislatura
	METODOLOGIA CONTRASTADA. Se realiza tomando como referencia los mejores estándares empleados a nivel internacional, en experiencias comparables, y sometiendo el diseño a un ejercicio de contraste llevado a cabo por el Grupo de Apoyo Metodológico
	PÚBLICA. Los resultados se plasman en distintos productos que se presentan públicamente a la ciudadanía y pueden ser consultados
	PRESENTADO PARA EL ESCRUTINIO DE CIUDADANÍA. Se articulan a lo largo de la legislatura diversas actividades y foros que permitan, tanto a la ciudadanía en su conjunto, como a los actores y *stakeholders* más representativos, conocer en profundidad y debatir
	CONTINUADA Y PERIÓDICA (cada 6 meses). El ejercicio se desarrolla a lo largo de toda la legislatura, contribuyendo a sentar las bases para su futura permanencia.
	PERSPECTIVA DE GÉNERO. Se ha tenido en cuenta el principio de igualdad entre hombres y mujeres tanto en el diseño de los procesos metodológicos, como en la composición de los equipos.
	COSTES DE TRANSACCIÓN DE LA INFORMACIÓN REDUCIDOS. Se procura que la solicitud de información a los departamentos ministeriales y organismos públicos sobre compromisos e iniciativas llevadas a cabo para su cumplimiento no sea excesiva
	LIMITAR EL EFECTO «TRINQUETE» O *RATCHET*. Este efecto consiste en reducir las metas, objetivos o resultado exigido (en el presente caso el número de compromisos) para obtener unos resultados más favorables o una tasa de rendimiento mayor.
	EVITAR EL EFECTO *GAMING* en el que las unidades responsables alteren su conducta o los resultados reales logrados

Fuente: Unidad de Rendición de Cuentas de la Presidencia

c) Imparcialidad

Sobre este tema apenas existen cambios. Nuestro sistema meritocrático pivota sobre dos extremos que, a veces, coinciden en el tiempo, dañando todas sus posibilidades: por una parte el corporativismo, por otra el clientelismo. El Estatuto Básico afrontaba alguno de estos problemas, como la evaluación del rendimiento o la función directiva profesional, aunque nunca se implementó. Cuando se escriben estas líneas se ha aprobado el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. Las medidas incorporadas sobre función pública recuperan normas ya existentes en el Estatuto básico y las desarrollan levemente. Veremos si esta vez se implementan.

d) Lobbies

El IV Plan de Gobierno Abierto (2020-2024) (eje 3, proyecto 5.2) incluye el establecimiento de un registro obligatorio de grupos de interés. Aunque inicialmente estaba previsto que el proyecto se pusiera en marcha en 2022, el Gobierno decidió adelantarlo a 2021. Por ello, el 28 de abril de 2021 se inició un proceso de consulta pública que concluyó el 28 de mayo de 2021 con un informe de síntesis. En junio de 2021, el proyecto fue objeto de debate en el Grupo de Trabajo sobre Integridad del Foro de Gobierno Abierto. Siguieron reuniones adicionales con las partes interesadas en junio y julio de 2021 para aumentar el número y la calidad de las propuestas y aportaciones. En octubre de 2022 se aprobó un anteproyecto de ley que fue sometido a la preceptiva consulta con los órganos responsables del Estado y la ciudadanía; posteriormente, debería haberse sometido a debate parlamentario. Sin embargo, la disolución de las Cortes impidió que la ley saliera adelante. El anteproyecto de ley contemplaba los siguientes aspectos: definición de grupos de interés; regulación del registro obligatorio y acceso público; deberes y obligaciones de los miembros y representantes de los grupos de interés; código de conducta aplicable a los grupos de interés; limitaciones de las puertas giratorias entre altos cargos y empleados públicos, por un lado, y grupos de interés, por otro; responsabilidad de la gestión del registro, que recaería en la Oficina de Conflictos de Intereses (OCI); sanciones.

Según Transparencia Internacional, el proyecto de ley presentaba numerosos inconvenientes. Los más importantes eran que se limitaba exclusivamente a la Administración General del Estado sin incluir al legislativo (quizá la razón sea que el anteproyecto de ley «respeta la autonomía normativa» del Parlamen-

to, que está avanzando en su propia regulación de los lobbies); tampoco aporta criterios suficientes para su integración con las normas y registros ya existentes a nivel autonómico; asigna a la OCI, un organismo no independiente, la tarea de aplicar la ley y gestionar el registro. Según Rubio Núñez (2022), también son preocupantes estas ausencias en el anteproyecto de ley: «Tras definir a los grupos como «las personas físicas y jurídicas, cualquiera que sea su forma o régimen jurídico, así como las agrupaciones de personas que se constituyan en plataformas, foros, redes u otras formas de actividad colectiva, sin personalidad jurídica, que trabajen por cuenta propia o ajena y cualquiera que sea su forma o régimen jurídico, que vayan a realizar actividad de influencia» (art. 4), el anteproyecto deja fuera, por su relevancia constitucional, a los partidos políticos, sindicatos u organizaciones empresariales (art. 4.3), una decisión habitual en la legislación autonómica pero de difícil explicación. Además, excluye a las Administraciones Públicas y a su sector público, a los organismos y entidades públicas internacionales, así como a las entidades de defensa y promoción de intereses económicos y sociales que les sean propios (art. 4.4), en una definición genérica que puede convertirse en fuente de potenciales conflictos. Por último, la legislación excluye a las personas físicas que actúen de forma autónoma sin estar asociadas a otras, «siempre que sus objetivos no impliquen intereses económicos o sociales individuales significativos» (art. 4.5). El texto también excluye distintos tipos de actividades, entre las que llaman la atención «las actividades relacionadas con la prestación de asesoramiento jurídico o profesional directamente vinculado a la defensa de intereses afectados por procedimientos administrativos».

e) Integridad

En la Administración del Estado se está generando un sistema de integridad que va incluso más allá del establecido para los fondos europeos. Todo este trabajo ha dado como resultado el Sistema de Integridad de la Administración General del Estado, un documento que tendrá que aprobar y desarrollar el nuevo Gobierno. En este documento de más de 300 páginas se nos dice que es consecuencia de los compromisos del IV Plan de Gobierno Abierto 2020-2024 sobre Integridad, ya que uno de ellos era construir un sistema de integridad pública, reforzando los valores éticos y los mecanismos para fortalecer la integridad de las instituciones públicas y reforzar la confianza de los ciudadanos. Por otro lado, la aprobación del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia ha establecido la obligatoriedad de que todas las entidades que decidan o ejecuten fondos dispongan de un plan antifraude, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Orden

HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

El Sistema de Integridad de la Administración General del Estado, descrito en el citado documento, pretende incluir elementos tan esenciales como un Código de Buena Administración para los empleados públicos, un Código de Buen Gobierno para los altos cargos, una estructura organizativa del propio Sistema de Integridad, canales de información interna y buzones éticos institucionales, sin perjuicio de otros elementos no menos esenciales como un Sistema de Gestión de Riesgos de Integridad, actividades de formación y difusión, así como los mecanismos de planificación, seguimiento, evaluación y revisión del propio Sistema. El Sistema de Integridad no tiene carácter normativo: su finalidad es proporcionar a los órganos de la Administración General del Estado (AGE) directrices para promover y consolidar una cultura de integridad y valores éticos en la actuación de todo el personal de la organización.

En cuanto a los códigos de conducta, se ha desarrollado un Modelo de Código de Buena Conducta Administrativa dirigido a los empleados públicos, con el fin de proporcionarles pautas que les animen a comportarse de acuerdo con elevados estándares de integridad. En cuanto a las directrices y recomendaciones para la elaboración de mapas de riesgos, tras la revisión de los trabajos realizados en este campo por la Secretaría General de Fondos Europeos y el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, el documento recoge los factores comunes y específicos ya desarrollados, que pueden servir como buenas prácticas a difundir, y complementa los mapas de riesgos con otros ámbitos en los que pueden darse estos riesgos, como los recursos humanos o las tecnologías de la información, entre otros. En cuanto a la formación del personal del sector público en materia de ética e integridad, se trata de una actividad permanente a lo largo de la vida del Plan. El sistema de integridad pública incluye también, entre otros aspectos, el diseño de un marco general de formación en integridad pública y la definición de canales de comunicación y programas de difusión de los distintos instrumentos de integridad, con especial referencia al portal de transparencia.

El documento que se presenta como Sistema de Integridad de la AGE contiene una serie de instrumentos interrelacionados que se corresponden con los nueve capítulos en los que se estructura:

1. Definición, elementos y alcance del Sistema de Integridad GSA.
2. Código de buen gobierno.
3. Código ético.
4. Gestión del riesgo de integridad.
5. Diseño organizativo del sistema de integridad de la AGE.
6. Actividades y herramientas de formación y difusión.

7. Protocolo de canales de información interna.
8. Directrices para la gestión de los buzones institucionales de ética.
9. Mecanismos de planificación, seguimiento, evaluación y revisión de la integridad pública en la AGE.

En todo caso, el avance más importante en la prevención de la corrupción y en la consolidación de un buen sistema de integridad ha sido la aprobación de la Ley 2/2023, de protección al informante, que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que denuncien infracciones del Derecho de la UE. Según la ley:

- El sistema de información interno se articula en torno a tres ejes: canal interno, responsables del sistema de información y procedimiento de gestión de la información. Los canales deben permitir la comunicación con el Sistema para la información o denuncia de conductas ilícitas o delictivas contrarias al derecho europeo o interno. Se admiten canales electrónicos, telefónicos, postales o presenciales. En todo caso, cualquiera de los canales garantiza la confidencialidad y permite el anonimato de las denuncias
- El sistema debe estar diseñado: 1. Con atención rápida y sin intermediarios innecesarios; 2. con canales directos y especializados; 3. con medidas de protección de la identidad; 4. con un amplio abanico de canales (online, call centers, líneas directas, entrevistas discretas, etc.); 5. con procedimientos sencillos; 6. con sanciones para los responsables de represalias; 7. con castigo para las denuncias de mala fe; 8. con personal y medios materiales suficientes: 9. con procedimientos bien establecidos, donde quede claro cuándo comienza la protección cuando se entiende que se ha presentado una denuncia, duración de la protección y aclaración de sus fases, recursos, inversión de la carga de la prueba en el lugar de trabajo en casos de represalias
- «Responsable» del Sistema y procedimiento de gestión: deberá crearse una unidad administrativa específica para la gestión del Sistema Interno y sus respectivos canales de información, al frente de la cual habrá una persona responsable de garantizar la confidencialidad o anonimato de las denuncias y su gestión, mediante el establecimiento de un procedimiento y protocolos de actuación, para su posterior traslado a las autoridades competentes.

Todo el sistema debería haber estado implantado antes del 1 de diciembre de 2023.

Por último, el artículo 42 establece la creación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante como autoridad administrativa independiente de las

previstas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actuará en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con plena autonomía orgánica y funcional e independencia del Gobierno, de las entidades integrantes del sector público y de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones. Por su parte, dentro de cada organización, el Responsable de Información deberá desempeñar sus funciones con independencia y autonomía respecto de los demás órganos de la institución u organismo, no podrá recibir instrucciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones y deberá disponer de todos los medios personales y materiales necesarios para el desempeño de las mismas.

Los sujetos obligados facilitarán información adecuada, de forma clara y fácilmente accesible, sobre la utilización de los canales internos de información que tengan establecidos, así como sobre los principios fundamentales del procedimiento de gestión. Si disponen de un sitio web, esta información se colocará en la página de inicio en una sección separada y fácilmente identificable.

Es necesario destacar que las personas cuya denuncia o información sea admitida quedan, a partir de ese momento, protegidas frente a cualquier represalia; tal y como se recoge en la Ley (art. 36): «se entiende por represalia toda acción u omisión prohibida por la ley, o que, directa o indirectamente, suponga un trato desfavorable que coloque a las personas que la sufran en una situación de especial desventaja con respecto a otra en el ámbito laboral o profesional, por el mero hecho de tener la condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública». Además de la prohibición expresa de las represalias, cuyo incumplimiento acarrearía graves sanciones para los responsables de las mismas, la Ley prevé medidas específicas de apoyo a los denunciantes o reveladores, como información y asesoramiento completos e independientes sobre los procedimientos y recursos disponibles, asistencia eficaz por parte de las autoridades contra las represalias, asistencia jurídica, etc.

Existen ya numerosas críticas a algunos aspectos de esta ley que no puedo detallar en este momento: por ejemplo, dejar fuera a las Fuerzas Armadas o de Seguridad o las informaciones vinculadas a la Ley de Secretos Oficiales; no proteger a todo denunciante, en general, independientemente de su relación de trabajo con la organización; que la ley proteja frente a denuncias o informaciones sobre acciones u omisiones que puedan constituir una infracción penal o administrativa grave o muy grave, lo que deja fuera las infracciones leves, pero ¿cuáles son? Además, si alguien denuncia un despilfarro de fondos públicos que no es delito, no está protegido. Por último, ¿cómo se tratan las infracciones de los códigos éticos? En general, los códigos éticos de las organizaciones son soft law, por lo que el denunciante está desprotegido. En todo caso, dejemos para su implementación el análisis más profundo del sistema.

3. Los retos específicos en la gestión de los Fondos Next Generation

España está recibiendo y recibirá más de 163.000 millones de euros en transferencias y préstamos del MRR europeo. Este hecho ha supuesto un cambio importante en los mecanismos de prevención de la corrupción de nuestro sistema. Podemos hablar de una europeización del sistema español de control del fraude y la corrupción. Por ahora sólo afecta a los fondos de Nueva Generación, pero es probable que el efecto se generalice. Así, según el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo , de 12 de febrero de 2021, en su artículo 22, «los Estados miembros deben adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y corregir el fraude, la corrupción y los conflictos de intereses definidos en el artículo 61, apartados 2 y 3, del Reglamento Financiero que afecten a los intereses financieros de la Unión y emprender acciones legales para recuperar los fondos que hayan sido objeto de apropiación indebida, incluso en relación con cualquier medida de aplicación de reformas y proyectos de inversión en el marco del plan de recuperación y resistencia».

La consecuencia de estas normas europeas es que el Ministerio de Hacienda y Función Pública ha aprobado la Orden HFP/1030/2021, según la cual toda entidad, decisor o ejecutor (prácticamente todos los organismos públicos españoles) que participe en la aplicación de las medidas del PRTR debe disponer de un «Plan de Medidas Antifraude» que le permita garantizar y declarar que, en su respectivo ámbito de actuación, los fondos correspondientes se han utilizado de acuerdo con la normativa aplicable, en particular sobre prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses (art. 6.1). Entre otras actuaciones obligatorias, cada organización debe realizar una evaluación del riesgo de fraude, obligar a cumplimentar a los gestores de estos fondos una Declaración de Ausencia de Conflicto de Intereses (DACI) y articular un procedimiento para abordar los conflictos de intereses que puedan surgir en la gestión de los fondos del RETC. Las Administraciones Públicas receptoras de fondos disponían de menos de 90 días desde la entrada en vigor de la Orden para aprobar dichas medidas.

Hemos realizado una evaluación preliminar de la aplicación de estas medidas, con resultados desiguales. Por un lado, se han generado miles de planes antifraude. Sin embargo, por otro lado, viendo cómo se hacen, podemos decir que los códigos éticos suelen ser una copia de las normas sobre la materia, las evaluaciones de riesgo se basan en las alertas rojas emitidas por la Intervención (incluye sólo riesgos en contratación pública y subvenciones) y las DACIs se han rellenado sin ningún control de su veracidad. La mayoría de las organizaciones evaluadas se acercan a la estrategia de marcar la casilla. No obstante, en relación con los

DACIs, la disposición adicional segunda de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, prevé un análisis sistemático del riesgo de conflicto de intereses en los procedimientos administrativos de ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), basado en una herramienta de minería de datos (MINERVA) ubicada en la Agencia Tributaria, sin perjuicio de las auditorías realizadas por la Autoridad de Control. La implantación de este sistema ha sido difícil, pero ahora funciona bien.

Quedarían muchas otras cosas por decir pero espero con este resumen haber podido situar el marco general y las líneas generales del desarrollo del buen gobierno y, con más detalle, de la integridad en el sector público de España.

Referencias bibliográficas

Arenilla, Manuel; Paramio, Ludolfo (2011). «Propuestas para el diagnóstico de demandas, información y comunicación en y para el Alto Gobierno», en Cunill, N.; Fernández Toro. J.C. (coord.): *Fortalecimiento del alto gobierno: aproximaciones conceptuales*. Caracas, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.

Dahl, Robert (1989). *Democracy and its critics*. New Haven, Yale University Press.

Dahlstrom, Carl; Lapuente, Víctor (2018). *Organizando el Leviatán. Por qué el equilibrio entre políticos y burócratas mejora los gobiernos*, Barcelona, Deusto.

De Benedetto, Maria (2021). *Corruption from a Regulatory Perspective*. Cumnor Hill, Oxford, Hart Publishing.

Guerrero, Enrique (2013). *Desarrollo de capacidad estratégica y plan de gobierno. Mecanismos de seguimiento y evaluación: el caso del gabinete de presidencia español*. Caracas, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.

Huberts, Leo (2014) *The integrity of Governance. What it is, What we Know, What is Done and Where to go*, London, Palgrave McMillan.

Kaufmann, Daniel; Kraay, Aart; Zoido-Lobatón, Pablo (2000). «Governance Matters. From Measurement to Action», *Finance & Development*, 37(2).

Martín Delgado, Isaac (coord.) (2021). *Guía de Gobierno Abierto. IV Plan de Gobierno Abierto*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ponce Solé, Juli (2022). *Manual de Fondaments del Dret Administratiu i de la Gestió Pública*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Evans, Peter; Rauch, James, E. (1999). «Bureaucracy and Growth: A Cross-National Analysis of the Effects of Weberian State Structures on Economic Growth», *American Sociological Review*, 64(5).

Rothstein, Bo; Teorell, Jan (2008). «What Is Quality of Government? A Theory of Impartial Government Institutions». *Governance*, 21(2).

Rubio Núñez, Rafael (2022). «¿Ha llegado la hora de regular el 'lobby'? Comentario (precipitado) al Anteproyecto de Ley de Transparencia e Integridad en las Actividades de los Grupos de Interés», *Blog del CEPC* (14 de noviembre de 2022).

Sánchez Navarro, Ángel (1995). «Control parlamentario y minorías», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 88.

Schedler, Andreas (1999). «Conceptualizing Accountability», en Schedler, A.; Diamond, L; Plattner, M.F (ed.): *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Boulder and London, Lynne Rienner Publishers.

Villoria, Manuel (2021). «¿Qué condiciones favorecen una transparencia pública efectiva? Artículo de revisión», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 194.

LA TRANSPARENCIA PÚBLICA: ALGUNOS RETOS PARA SUPERAR SUS DÉFICITS

Joaquín Meseguer Yebra
Secretario ejecutivo del capítulo español de la Real Académica de Gobierno Abierto Internacional

1. Introducción

2023 acaba con dos celebraciones importantes para la transparencia en nuestro país. Podríamos decir también que festejamos un cumpleaños con un regalo muy esperado. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública (en adelante, LTAIBG) cumple su primera década de existencia y qué mejor homenaje que la ratificación y entrada en vigor el 1 de enero de 2024 del Convenio del Consejo de Europa 205, de 18 de junio de 2009, sobre acceso a documentos públicos, conocido también como Convenio de Tromsø.

No hemos sido los más raudos, pero tampoco los últimos, ya que aún restan por hacerlo dos terceras partes de los miembros que forman parte de dicha organización —solo 15 del total de 46 que la conforman lo han hecho—. Para un buen número de los que lo habían hecho, el Convenio no suponía un avance significativo por cuanto su posición nacional de partida era, como mínimo, tan aperturista como la que el texto internacional suponía. Entre ellos, países tan involucrados con el acceso a la información pública como Suecia, Finlandia, Noruega o Islandia, el *arco nórdico* que en transparencia siempre nos gana por la mano. Recordemos que Suecia es conocido como el país con una norma de transparencia más antigua: en 1766, hace más de 250 años, su rey Adolf Fredrik ya firmaba una Ley para la Libertad de Prensa y del Derecho de Acceso a las Actas Públicas, dinamitando así la censura previa existente hasta aquella fecha.

Para otros países, como el nuestro, el Convenio ya supuso en 2009 un punto de inflexión real, aun no siendo ratificado en aquella fecha. Sin norma que regulara con carácter general el acceso a la información pública, el Convenio

constituía un verdadero reto para nuestro país, ya que debía decidir si aprobar una norma de derecho interno que recogiera la mayor parte del contenido del texto internacional antes de que este entrase en vigor o, por el contrario, ratificar directamente el Convenio, pero sin prisas, dejando entrever una escasa voluntad de avanzar en la apertura de la información pública. Esto es: tomar las riendas o seguir arrastrando los pies, el clásico dilema.

Curiosamente, y aun pasando entonces desapercibida para la mayor parte de la sociedad, fue mayor la trascendencia del Convenio en el momento de su adopción que la que tendrá a partir de 2024. De hecho, sirvió de acicate para que en 2011 tuviéramos ya un texto bastante maduro con el que trabajar para aprobar la que sería nuestra primera norma estatal de transparencia en la historia. Algunos dirán que para ese viaje no hacía falta tal alforja y que para ese propósito ya teníamos el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, un artículo que bajo el título «derecho de acceso a los archivos y registros» abocaba, paradójicamente, a todo lo contrario. Para muestra, dos afirmaciones que, en buena medida, están aún ancladas en el ideario de muchos empleados públicos, creyentes de que alguna norma aún las mantiene vigentes: que para acceder a documentos que contengan datos personales de terceros hay que acreditar un interés legítimo y directo o que no es posible acceder a información pública relativa a procedimientos no finalizados.

Mucho nos esforzamos algunos en explicar que esto no es defendible desde hace ya casi una década y quizá para esta cruzada sí pueda sernos de gran utilidad, a modo de efecto secundario, la referencia al Convenio. Tampoco deberíamos pensar que el valor de este Convenio queda en estos momentos en un mero gesto simbólico, sin querer desmerecer, por otra parte, el significado que tienen estas señales en el terreno de la transparencia.

Además de la mayor protección para el derecho de acceso a la información pública que se deriva de los mecanismos de tutela asociados a los incumplimientos de cualquier convenio del Consejo de Europa (protección relativa, dada la actual falta de reconocimiento legal en España de este derecho como fundamental), el texto supone la inclusión del Gobierno como sujeto obligado y la posibilidad de formular solicitudes anónimas, cuestiones ambas que, a la vista de las conclusiones elaboradas por el grupo de trabajo creado dentro del Foro de Gobierno Abierto de España para el debate sobre la modificación de la actual LTAIBG, coinciden con las propuestas remitidas entonces al Ministerio de Hacienda y Función Pública para la redacción del futuro anteproyecto de ley.

También ha sido propuesto al Gobierno el diseño de una vía jurisdiccional preferente y sumaria, similar a la existente para la protección de los derechos fundamentales de la persona, para recurrir posibles vulneraciones del derecho de

acceso. El Convenio simplemente hace referencia a un procedimiento rápido y de bajo coste, sin requerir que este tenga que sustanciarse ante una autoridad judicial, por lo que la actual reclamación administrativa ante el consejo o comisionado de transparencia de turno ya cumpliría con tal exigencia.

Lo cierto es que, vistos los plazos que se manejan, ha llegado antes la entrada en vigor del Convenio que la modificación de la ley que, puede o no, acogerá las propuestas que hemos formulado las personas que hemos integrado el citado grupo de trabajo. De momento, en el Plan Anual Normativo para 2024 no aparece previsto que la modificación se vaya a poner en marcha, aunque el presidente del Gobierno, en su comparecencia para exponer su «Plan de Regeneración Democrática» de julio de 2024, avanzó la aprobación de un proyecto de ley de administración abierta.

Más interesante puede ser la falta de previsión expresa en el Convenio sobre la exclusión de la «información auxiliar o de apoyo» del concepto de información pública o información cuyo acceso puede solicitarse. Esperemos que sobre esta causa de inadmisión prevista expresamente en nuestra ley (y que nunca he llegado a comprender del todo bien) el Convenio despliegue algún efecto práctico positivo. Si la información existe, prejuzgar su relevancia a efectos de conceder el acceso abre la puerta a decisiones arbitrarias y hace imposible el conocimiento de documentos preparatorios de singular valor.

El Convenio también ha venido acompañado de reservas y declaraciones por parte de nuestro país. Algunas previsibles, como el recordatorio del secreto estadístico o las comunicaciones con los miembros de la Familia Real y la Casa de S.M. el Rey como posibles limitaciones al acceso. También las reticencias que se establecen sobre la información de trascendencia tributaria o los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones, siempre que el acceso pueda afectar —y creo que esto es relevante— a los siguientes límites: la prevención, la investigación y la persecución de actividades delictivas, las misiones de tutela, la inspección y el control por la administración, y la vida privada y los demás intereses privados legítimos. La reserva, por tanto, ha de interpretarse en todo caso con carácter finalista y no en términos absolutos.

Finalmente, tampoco han perdido la ocasión nuestras autoridades para recordar que una de las causas de inadmisión más frecuentes, la relativa a solicitudes de información para cuya divulgación es necesaria una acción previa de reelaboración, debe poder equipararse al rechazo de solicitudes manifiestamente poco razonables a los efectos del Convenio.

2. La transparencia como actitud o como rasgo de la personalidad pública

Si pudiéramos trazar una línea de tiempo, de edad, nuestro país no habría alcanzado ni siquiera la adolescencia en transparencia y rendición de cuentas. Y aunque esto es cierto, también debemos reconocer que hemos pegado un buen estirón, con algún que otro dolor de huesos, cierto, y con ese acné que revela aún nuestra menoría. Todavía parecemos enclenques y canijos si nos medimos con algunos vecinos de puerta como los países nórdicos a los que antes nos hemos referido, a los que en esto nos gustaría parecernos un poquito más superando la evidencia de nuestros rasgos y cultura tan divergentes en este ámbito.

Aterrizar el debate sobre la transparencia pública en el rígido y estrecho corsé del Derecho siempre es complicado. O, al menos, hacerlo única y exclusivamente en el terreno de lo jurídico, cuando lo cierto es que las connotaciones políticas, sociológicas, éticas, culturales, etc. que entran en juego cuando abordamos esta materia tienen un peso específico más que significativo. Quizá por nuestra condición de primerizos en la materia, aún no hemos conseguido despegarla de la literalidad de las normas y esto, aun desde la óptica de un jurista, es un verdadero hándicap. Es muy difícil hablar de derecho de acceso a la información pública sin que alguien espete la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común u otra similar. Confieso mi perplejidad siempre que esto sucede.

La transparencia, en el contexto de las organizaciones públicas, debe ser entendida como una actitud, como un rasgo de su personalidad, de su forma de ser corporativa y de cómo desea que la sociedad la perciba. Es un principio de actuación que bien merecería en una hipotética reforma constitucional ocupar un puesto en el altar del artículo 103.1 de la Constitución junto con la objetividad y la eficacia, hermanas con las que comparte algo de su identidad.

También hay que preservarla de las no pocas amenazas y ataques a las que se ve sometida, alejándola del terreno partidista e impidiendo que sea un arma arrojadiza en el debate político, en el que gobiernos y partidos de la oposición se alternan en rigurosa cronología a la hora de exigirla o de negarla. Y quienes antes fueron defensores acérrimos se convierten en olvidadizos patológicos en un eterno bucle.

Debemos incorporar la transparencia a la cultura de nuestras administraciones. Inocularla como si fuera un cromosoma más, situarla en la raíz y no como una imposición tardía. Pero también hay que inculcarla en la ciudadanía como el valor que es. En esa ciudadanía que, asustada y noqueada por los debates cotidianos que desbordan cada día los límites de lo previsible y deseable, ha situado sus prioridades en aquellas cuestiones de cuya necesidad, estratégicamente, les hemos convencido, girando el foco hacia el pan y el circo. Es bajísimo el reproche social

que alcanzan las conductas que denotan una ausencia galopante de transparencia y de responsabilidad. Como una dolencia endémica, nos hemos acostumbrado a ella convencidos de que no existe otra alternativa. ¿En qué nos estamos equivocando? ¿Qué estamos descuidando?

Los planes de enseñanza tienen que ser más permeables a esta realidad, incorporando contenidos relacionados con la transparencia pública en la formación de las futuras generaciones. Solo conseguiremos ciudadanos más activos y comprometidos si educamos desde edades tempranas en actitudes cívicas y mostramos a los jóvenes el valor añadido que aportan los proyectos colectivos. Y es que, aunque las leyes nos lo reconozcan desde antes mismo de ser conscientes de ello, nadie nace ciudadano. En el empleo público, el reclutamiento de nuevos efectivos debe asegurar que quienes se incorporan a él conocen cuáles son las exigencias de transparencia y el deber de trasladarlas a sus respectivos puestos de trabajo. Esto no es algo que solo ataña a quienes prestan sus servicios en las unidades responsables de impulsar y coordinar los esfuerzos por abrir las administraciones. Todos, subrayo, todos dentro del sector público tenemos alguna tarea que llevar a cabo cuando se trata de poner a disposición de la ciudadanía la información que generamos en el ejercicio de las competencias y la prestación de los servicios públicos.

Este deber general que concierne a quienes trabajamos en las organizaciones públicas debe tener una mayor concreción e intensidad para aquellas personas que ocupan puestos de especial responsabilidad. Aún nos sorprendemos, después de una década, cuando descubrimos a directivos que ignoran el contenido de la normativa de transparencia y los deberes que comporta o que, conociéndolos, los menosprecian y los sacrifican bajo la bandera de una pretendida eficacia de la que, por supuesto, nunca pueden hacer gala porque no son, precisamente, sus observantes más ejemplares. Siempre irrumpe la consabida infinita lista de excusas, solo hay que esperar a que alguien la ponga encima de la mesa.

Y sí, aún hay que seguir haciendo esfuerzos por mejorar nuestras herramientas informáticas de gestión para que la transparencia no se perciba como una carga pesada. La tecnología aporta certidumbre, eficiencia y crecimiento económico, y por ello es también un ingrediente imprescindible de la transparencia. Llevamos ya más de una década de retraso «oficial» y quién sabe cuántas más de hecho en la plena implantación de la administración electrónica en nuestro país y todo parece indicar que malgastaremos, al menos, otra más hasta conseguirlo. Sin ella es imposible dar el empujón definitivo que necesita la reutilización de la información pública, con su puesta a disposición en formatos abiertos que permita un periodismo de datos más serio y crítico y, a la vez, constructivo y no dirigido.

3. Un nuevo horizonte normativo para la transparencia.

Descartada la opción de tramitar un reglamento de desarrollo de la LTAIBG ante las reiteradas sugerencias que reclamaban la necesidad de concentrar las energías en modificar la propia ley, a inicios de 2022 se constituyó un grupo de expertos conformado por representantes de administraciones, academia y sociedad civil con la tarea de formular propuestas de mejora de la ley para avanzar en mayor transparencia.

Durante un año, como si se tratase de un gabinete médico al que le encargan la elaboración de un bebedizo para fortalecer el crecimiento de una ley aún impúber, una docena de personas hemos trabajado arduamente para ofrecer al Gobierno esa fórmula para seguir creciendo en transparencia de la gestión pública. Un encargo que asumimos con el compromiso tácito de defender las conquistas logradas en este tiempo y de protegerlas ante los caprichos de quienes se sienten incómodos ante la mirada colectiva y panóptica que les observa. Y lo hicimos conscientes de que no hay nada que sea inmune a estos ataques y para muestra la situación por la que atraviesa el que creíamos inexpugnable INAI mexicano, al que hemos visto estos meses atrás batallando en los tribunales por su supervivencia ante los envites del ejecutivo.

Es cierto que la pandemia, a pesar de sus efectos devastadores en todos los ámbitos, trajo algo bueno consigo: situar en un primer plano, traer a la palestra, la importancia de la información como una medicina más. Marcó un antes y un después. De una ausencia prácticamente absoluta de trabajos de periodismo de datos, de investigación elaborados partiendo del ejercicio del derecho de acceso a la información, a un presente en el que no hay edición diaria de ningún gran periódico que no dé cuenta de alguna noticia relacionada con la transparencia que no sea fruto del derecho de acceso a la información. Cierto es que muchas de ellas son «necrológicas».

Del debate colectivo del grupo de trabajo, echando la mirada atrás, han resultado cosas muy importantes que ahora el Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública debe trasladar al papel de esa futura —parece ser— Ley de administración abierta. Hemos hablado de la inclusión de nuevos sujetos obligados, del Ministerio Fiscal, de la Junta Electoral Central y del Gobierno que, como ya advertimos, no aparece en la relación del actual artículo 2.1, a pesar de que el Convenio de Tromsø ya lo incorporaba. La administración que dirige sí, pero el Gobierno no. Otros órganos deben salir de la lista de aquellos cuya actividad solo en parte está sujeta a la ley. El Consejo Económico y Social y el Banco de España son dos de ellos. En cualquier caso, de todos, también de aquellos de los que puede predicarse un estatus especial, debería poderse conocer la información que se genera en el ejercicio de sus funciones de administración,

con independencia de la naturaleza de la norma que rija aquellas (actualmente solo está sometida a transparencia la actividad sujeta de estos órganos a Derecho Administrativo). Y debe enunciarse con claridad la obligación de los contratistas del sector público de suministrar la información que le sea requerida sin mayor condicionamiento y prever la imposición de multas coercitivas para el caso de que se incumpla.

La información, para ser realmente transparente, debe responder a los atributos enunciados en el artículo 5 de la ley: ser más comprensible, actualizarse con mayor frecuencia (trimestral, por defecto) y garantizarse su reutilización exigiendo su puesta a disposición en formatos abiertos. Importa, sí, la publicación de la información que la ley exige, pero aún mucho más su calidad y las condiciones en que se divulga. Hay que apostar decididamente por los proyectos de lectura fácil y lenguaje claro y consagrar los catálogos/inventarios de información pública como una herramienta eficaz para identificar otros contenidos cuya publicidad, aun no siendo obligada por norma, se ofrezca voluntariamente por los órganos y unidades. Es importante cumplir con las normas, por supuesto, pero también fomentar más allá de este mínimo, la excelencia y el compromiso de cada uno. En estos catálogos se debería identificar cada contenido, la periodicidad de su actualización, el responsable de suministrarla y de asegurar su calidad y los formatos disponibles.

Es más fácil desterrar la arbitrariedad en el ejercicio del poder público cuando las decisiones son trazables y es posible hacer una radiografía completa del procedimiento de aprobación de las normas o el diseño de las políticas públicas que a todos nos importan y que soportamos con los tributos que pagamos. Por ello resulta imprescindible seguir avanzando en visibilizar las aportaciones de todos los actores que intervienen en estos procesos mediante iniciativas como la huella normativa, la accesibilidad de las agendas de trabajo de los dirigentes públicos y el registro de los grupos de interés.

La regulación de un régimen básico y general de acceso a la información pública es del todo compatible con la existencia de regímenes jurídicos específicos de acceso. Esto, además de estar contemplado en la ley, está totalmente aceptado. Sí que es preciso incorporar algunas precisiones que la jurisprudencia se ha encargado de concretar: la necesidad de regulación de estos regímenes por ley y la posibilidad, en virtud de la supletoriedad a que hace referencia el apartado 2 de la disposición adicional primera LTAIBG, de interponer la reclamación administrativa previa ante el consejo o comisionado de transparencia que corresponda. En este ámbito, también será relevante la declaración expresa de la sujeción a la LTAIBG del acceso a los archivos tras una década en la que se ha recurrido para dar respuesta al acceso, en un buen número de los casos, a la normativa de patrimonio histórico.

Pero buena parte del trabajo del grupo lo ha acaparado la discusión sobre la naturaleza de este derecho, bien por la trascendencia de esta cuestión, bien por los importantes «efectos secundarios» que despliega. Sin una propuesta en firme sobre la recalificación de este derecho a fundamental, el debate ha sido de gran interés y, en mi percepción, ha transitado desde una posición mayoritaria a negar el encaje de este derecho de acceso en el derecho a recibir información veraz del artículo 20.1 d) o a participar en los asuntos públicos, ambos de la Constitución, a ser una opción a valorar.

Para los creyentes de esta vía no deja de ser un logro. No hablamos de la construcción de un nuevo derecho, sino del encaje en alguno ya existente, tal como hizo el legislador de 2013 al identificarlo con el de acceso a archivos y registros del artículo 105 b) de la Constitución. No es otro esfuerzo el que se reivindica. Esta alternativa debe explorarse por el legislador a la vista de los textos internacionales que así lo recogen ya y de la amplia experiencia comparada, antes mejor que esperar a un eventual pronunciamiento del Tribunal Constitucional que, siguiendo la experiencia del derecho fundamental a la protección de datos personales, se pronuncie sobre esta cuestión.

Hablábamos de los importantes «efectos secundarios» que se derivarían de este reconocimiento y tres son los más relevantes: la necesidad de regulación de su contenido esencial por ley orgánica, la reducción consiguiente de la competencia normativa de las comunidades autónomas en la materia (lo que, indudablemente, pesó en contra del apoyo a esta cuestión por parte de los partidos autonomistas o nacionalistas en los debates parlamentarios para la aprobación de la ley) y la superprotección jurisdiccional que aplica a los derechos fundamentales (recurso especial contencioso-administrativo y posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional en vía de amparo).

Las conclusiones del grupo condenan cualquiera de estas posibilidades, si bien, a modo de premio de consolación, se propone la creación de una vía jurisdiccional especial similar a la ya mencionada en el orden contencioso-administrativo para los derechos fundamentales, basada en los principios de preferencia y sumariedad, que pueda utilizarse ante posibles vulneraciones del derecho de acceso a la información. Esto es clave: el tiempo es el factor vital que puede conferir efectividad a este derecho. Si no le prestamos tutela con la mayor celeridad posible, de nada habrá servido reconocerlo y regularlo. La información es tanto más útil cuanto más ágil es el acceso a la información que necesitamos y por ello es vital dar este paso.

La atribución universal de este derecho a cualquier persona debe permitir dar un paso más: reconocer capacidad de obrar en este ámbito a grupos de afectados o a entidades sin personalidad jurídica, algo que con carácter general prevé la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en su artículo 3 c). Se trataría de un gran avan-

ce dependiendo de la situación de partida de cada administración, ya que mientras algunas siguen exigiendo acreditar la identidad electrónicamente a quien ejerza el derecho, cada vez son más las que dispensan de este requisito habida cuenta de que la LTAIBG, como ley especial que es frente a la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, solo pide tener constancia de quién pide acceso, pero no acreditar la identidad conforme establece la norma básica procedimental.

Si estamos ante un derecho universal, estas exigencias formales, comprensibles en el contexto de otros procedimientos administrativos, aquí deben ceder ante la necesidad de garantizar en cualquier caso que el derecho pueda ejercitarse. Dos leyes autonómicas de transparencia, la valenciana y la madrileña, ya se expresan claramente por la dispensa de acreditar electrónicamente la identidad a la hora de ejercer este derecho mediante el empleo de DNIe o certificados digitales; otras muchas más han se han interpretado para poner en práctica que deba ser así.

El subgrupo de trabajo para la reforma de la LTAIBG así ha propuesto que se explicite con claridad e, incluso, da un paso más siguiendo el modelo de la Ordenanza de Transparencia de la Ciudad de Madrid de 2016 y otras normas locales que han seguido su ejemplo: articular una vía que no exija identificación para el acceso a información que no se vea afectada por ningún límite legal ni causa de inadmisión. Bastaría en estos casos con facilitar un mero correo electrónico al que poder enviar la respuesta. Bien es cierto que esta alternativa exprés, que permitiría el acceso a contenidos que bien podrían estar publicados en cualquier portal sin previa petición y, por ello, estar disponibles en espacios web públicos y accesibles sin necesidad de identificación, no tiene o tendría una tutela tan reforzada como la que corresponde al ejercicio formal del derecho según procedimiento contemplado en la ley: la falta de respuesta en plazo no generaría un silencio administrativo frente al que poder reaccionar y la respuesta expresa o tácita denegatoria no permitiría, por tanto, su impugnación en vía administrativa ni jurisdiccional. Esta consecuencia es menos grave, sin embargo, en la medida que pedir acceso de esta forma no es incompatible ni condiciona el ejercicio del derecho según el procedimiento contemplado en la LTAIBG. La recién aprobada ordenanza tipo de transparencia pública, aprobada por la Junta de Gobierno de la Federación Española de Municipios y Provincias el 28 de noviembre de 2023, sigue también este modelo.

Sobre el concepto de información pública no se añade nada nuevo, salvo aclarar, como ya lo hizo el Tribunal Supremo en sentencia de casación de la de la Audiencia Nacional de 23 de octubre de 2017, que información pública es todo aquello que se define en la ley sin que importe su fecha de *datación*, esto es, la fecha en la que aquella se produjo o se adquirió por cualquier sujeto obligado, fuera antes o después de la entrada en vigor de la LTAIBG.

Los límites al derecho de acceso deben interpretarse restrictivamente, algo que ya es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, y se abre el camino al establecimiento de *plazos de vida* concretos para ciertos límites. Es decir, la posibilidad de que, transcurrido un determinado tiempo, haya límites que ya no apliquen para el acceso a determinada información, algo que se asume naturalmente por vía interpretativa con respecto a algunos de ellos, como los relativos a la prevención, investigación y sanción de los ilícitos administrativos o penales y las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control. Esta opción, por otra parte, está contemplada también en el citado Convenio de Tromsø.

También hemos propuesto que se subsane una de las carencias más inexplicables de nuestra norma estatal, la regulación de un régimen sancionador o de ejecución forzosa, donde las responsabilidades pasen de ser institucionales a personales. Mientras sea la administración con su propio presupuesto y no el incumplidor con su nómina quien soporte los incumplimientos de sus máximos responsables, no calará el mensaje. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, como autoridad independiente y experta, además, debe asumir el protagonismo en este sistema correctivo. Este déficit debe solventarse con urgencia, al mismo tiempo que se dota a los comisionados de mayores recursos y facultades para ejercer esta nueva responsabilidad con suficiencia. Su personal, cada vez más escaso y con mayor carga de trabajo, lo que merma sus capacidades, debe tener garantizadas condiciones de regreso a sus puestos de origen, una vez finalicen su cometido en los órganos de control, con garantías de no ser represaliados por haber ejercicio durante un tiempo como flagelo de autoridades y otros sujetos de obstinada resistencia a la transparencia. La situación administrativa de servicios especiales puede ser una solución a barajar.

A estos órganos hay que reconocerles directamente competencia sancionadora o atribuirles la propuesta de apertura de los procedimientos de esta naturaleza con carácter vinculante para los sujetos que deben instruirlos y pronunciarse preceptivamente sobre las propuestas de sanción a fin de asegurar que la instrucción, sí, ha sido todo lo objetiva e imparcial que debe ser. El sistema debe reforzarse, también, con otras garantías para que las resoluciones firmes de estos órganos no sean una y otra vez ignoradas por aquellos que incumplen (multas coercitivas), algo a lo que desafortunadamente asistimos cada vez con mayor frecuencia, cuando debería ser algo insólito. Menos mal que el Tribunal Supremo, y esta vez con afortunada sorpresa, se ha convertido en uno de los cabecillas de la transparencia frente a la labor francamente entorpecedora de algunos ministerios y otras administraciones.

El estatuto de independencia del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (y de otros comisionados y consejos autonómicos) debe reforzarse mucho más

de lo que prevé su reciente nuevo estatuto, aprobado por Real Decreto 615/2024, de 2 de julio. Los parlamentos deben tener un papel de mayor peso en la designación de sus miembros. Eligiendo o proponiendo, garantizando que en aquellos sistemas donde la mayoría parlamentaria corresponde a una única fuerza no actúe como un rodillo implacable convirtiendo a los órganos de control en sumisos siervos obedientes a las instrucciones de a quien más incomoda la transparencia: los ejecutivos y su aparato administrativo. La sociedad civil, tan reivindicativa en esta materia, debería poder también ejercer su propuesta o entrar a ocupar un asiento en aquellos órganos de control con composición colegiada. No es tan raro verla representada en órganos que toman decisiones con efectos frente a terceros en otros ámbitos de la actividad pública. Lo extraño es su falta de presencia aquí y su nula influencia en la designación de sus miembros.

Otras dos propuestas creo que son importantes: en primer lugar, la previsión de un procedimiento de mediación como alternativa a la clásica reclamación administrativa, una vía ya experimentada con éxito en Cataluña y ahora en la Comunidad Valenciana gracias a su nueva ley de transparencia de 2022. En un ámbito como este, se imponen soluciones de esta naturaleza que refuercen el diálogo y el acuerdo entre las partes en conflicto, la ciudadanía y los poderes públicos, bajo la dirección de los órganos de control.

La experiencia catalana también nos deja otra lección y es la intervención preceptiva de las autoridades en materia de protección de datos en la resolución de las reclamaciones sobre acceso a información pública en aquellos casos en los que el asunto en liza está relacionado con la protección de datos. Si las normas no obligan a la comunicación de ambas autoridades es difícil que se produzca espontáneamente, aunque ambas sean conscientes de las muchas intersecciones en su actividad de supervisión. Si no surge naturalmente, la ley debe imponerla. De esta manera, serán más frecuentes los necesarios criterios conjuntos de los dos supervisores, lo que mejorará la interpretación de este límite y un mayor alineamiento de sus respectivas doctrinas. La LTAIBG les invitaba a hacerlo en su disposición adicional cuarta, pero las poquísimas veces que lo han conseguido en esta década de transparencia demuestra que es preciso un mayor grado de vinculación. Esta puede ser una solución.

4. La transparencia en el tintero.

Algunas cuestiones importantes nos hemos dejado por el camino, en mi opinión. Seguimos excesivamente encorsetados en la técnica, en la formalidad de los procedimientos, lo que nos hace olvidar que este derecho, mal que guste a quien posee y ejerce el poder, debería formar parte del kit de supervivencia básica

ciudadana que todos sin excepción deberíamos proteger. La realidad demuestra que, por el contrario, al margen de ciertos colectivos entre los que se encuentran los profesionales de los medios de comunicación, pocos conocen este «derecho a saber», pura trilita cívica, y muchos menos aún lo ejercen. Ante tal pobre inquietud, la de quienes deberían ofrecer la información y la de quienes tendrían que demandarla, seguimos prefiriendo la intuición y el rumor, despreciando el valor de los datos y la evidencia que aportan.

Estamos ante un derecho de eminente naturaleza política y no podemos equipararlo ni darle un trato similar a la tramitación de una subvención o de una licencia, la instrucción de un expediente sancionador o la licitación de un contrato, pero seguimos empeñados en hacerlo como si esto fuera un seguro para no molestar más de lo debido. No somos pocos —cada vez más, diría yo— los que estamos convencidos de la naturaleza fundamental de este derecho; tampoco son pocas las normas nacionales y cartas internacionales que así lo declaran. Mimbres suficientes hay en nuestro ordenamiento para que esta confirmación se produzca sin dejar pasar otro siglo. Ahí están, en nuestra Constitución, los derechos fundamentales a recibir información veraz y a participar en los asuntos públicos. No podemos pasar de largo por ellos y creer que nada tienen que ver con este derecho.

No vale tampoco descargar sobre el Tribunal Constitucional la responsabilidad de tener que expresar en alguno de sus pronunciamientos que, en efecto, estamos ante un derecho de esa naturaleza, trayendo a nuestros días la experiencia pasada del origen del reconocimiento del derecho a la protección de datos personales como derecho fundamental. Ya lo hemos dicho. Si el legislador cree firmemente que este derecho tiene encaje suficiente en alguno o ambos derechos fundamentales mencionados, ¿por qué no dar ya el paso?

Concienciar de la necesidad de mayor transparencia en la gestión pública sigue siendo un reto. Las leyes no se bastan por sí solas para introducir en nuestras cabezas este concepto que, sin embargo, entronca directamente con los valores democráticos. La exigencia de transparencia no es algo ridículo, fútil ni caprichoso. No debe situarse por encima y a toda costa de cualquier otro derecho o interés digno de protección, pero tampoco debe ser siempre la perdedora en el resultado de todas las ecuaciones. No podemos cejar en el empeño de seguir haciendo pedagogía y cultura de la transparencia. Necesitamos construir otros paradigmas en nuestro país que, además de consolidar nuestras instituciones, nos permita evolucionar hacia una democracia más abierta y participativa.

UNA NUEVA GOBERNANZA PARA EL SIGLO XXI. Este libro recoge las ponencias que se presentaron en las sesiones del seminario organizado con ese mismo título por el Consejo de Estado y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, con el objetivo de contribuir al diseño y formulación de un nuevo modelo de gobernanza, abierta a la participación de múltiples actores, en un proceso colaborativo y horizontal que dé lugar a sistemas de gobierno y de gestión más eficaces y que generen mayor confianza de la ciudadanía. Son textos de procedencia muy diversa, con formatos y estilos también diferentes, que procuran explicar contextos, detectar problemas y plantear posibles alternativas desde perspectivas multidisciplinares.

Coordinado por:
Emilio Pajares Montolío. *Subdirector de Publicaciones y Documentación. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*
Mayte Salvador Crespo. *Subdirectora de Estudios e Investigación. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*
Luis Herrera Díaz-Aguado. *Director técnico del Gabinete de la Presidencia del Consejo de Estado*

Alberto Penadés de la Cruz
Profesor titular de Sociología de la Universidad de Salamanca

Irene Delgado Sotillos
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Ana Carmona Contreras
Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla

Maribel González Pascual
Profesora agregada de Derecho Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra

Francisco Caamaño Domínguez
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidade da Coruña

Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín
Letrado Mayor del Consejo de Estado

Andrés Jiménez Rodríguez
Director del Área de Seguridad y Justicia del Defensor del Pueblo

Mª Dolores Genaro Moya
Presidenta de la Sección de Fiscalización del Tribunal de Cuentas

Alberto López Basaguren1
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco

César Colino
Profesor titular de Ciencia Política de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Sandra León Alfonso
Profesora ayudante doctora de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Autónoma de Madrid

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid

Juan F. López Aguilar
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Belén Becerril Atienza
Profesora titular de Derecho de la Unión Europea de la Universidad San Pablo-CEU, CEU Universities

Ignacio Molina Á. de Cienfuegos
Profesor de Ciencia Política y Relaciones Internacionaes de la Universidad Autónoma de Madrid

Iliana Olivié
Profesora titular de Economía Aplicada de la Universidad Complutense de Madrid

Ana Ruiz Martínez
Vocal asesora en el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

José María Jover Gómez-Ferrer
Letrado del Consejo de Estado

Beatriz Belmonte Acero
Diseñadora de servicios para políticas públicas. Better Public Services

Ignacio Moral-Arce
Vocal asesor en evaluación de políticas públicas. Instituto de Estudios Fiscales

Luis Miller
Investigador científico del Instituto de Políticas y Bienes Públicos-CSIC

Cristina Ares Castro-Conde
Profesora titular de Ciencia Política y de la Administración de la Universidade de Santiago de Compostela

María Teresa Gómez Condado
Directora general. CEOE Campus

Juli Ponce Solé
Catedrático de Derecho administrativo en la Universitat de Barcelona

Francisco Rojas-Martín
Presidente de la Fundación NovaGob

Daniel Terrón Santos
Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca

Mónica Domínguez Martín
Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid

Herenia Gutiérrez Ponce
Profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad Autónoma de Madrid

Ricard Martínez Martínez
Profesor de Derecho Constitucional de la Universitat de València

Eva Mª Menéndez Sebastián
Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo

Borja Adsuara Varela
Abogado y consultor

Ignacio Alamillo Domingo
Grupo de investigación iDerTec de la Universidad de Murcia

Carles Ramió Matas
Catedrático de Ciencia Política y de la Administración en la Universitat Pompeu Fabra

Jorge Crespo González
Profesor de Ciencia Política y de la Administración en la Universidad Complutense de Madrid

Carmen Blanco Gaztañaga
Funcionaria del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado

Mikel Gorriti Bontigui
Exresponsable de Recursos Humanos. Dirección de Función Pública. Gobierno Vasco

J. Javier Cuenca Cervera
Profesor de Ciencia Política y de la Administración de la Universitat de València

Vincenzo Pavone
Director del Instituto de Políticas y Bienes Públicos (IPP-CSIC)

María Dolores del Castillo Bilbao
Investigadora científica del Instituto de Investigación en Ciencias de la Alimentación (CSIC-UAM)

Javier Madrigal Olmo
Científico titular del Instituto de Ciencias Forestales del INIA (CSIC)

Manuel Villoria Mendieta
Catedrático de Ciencia Política de la Universidad Rey Juan Carlos

Joaquín Meseguer Yebra
Secretario ejecutivo del capítulo español de la Red Académica de Gobierno Abierto Internacional

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

CONSEJO DE ESTADO
REINO DE ESPAÑA