

LA RECONSTRUCCIÓN DEL PROGRAMA DE GOBIERNO

Crónica política y legislativa del año 2010

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

I. EL NUEVO PARADIGMA: LA ESTRATEGIA DE ECONOMÍA SOSTENIBLE: 1. *Sus fundamentos*. 2. *La viabilidad política del Gobierno como condición previa para el desarrollo del nuevo programa: crisis de deuda soberana, confianza presupuestaria y remodelación del Consejo de Ministros*. 3. *Las medidas estructurales del programa (i): la reforma de las cajas de ahorro*. 4. *Las medidas estructurales del programa (ii): la reforma del mercado de trabajo*.—II. RESCOLDOS DEL VIEJO PARADIGMA: LA POLÍTICA DE DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. *Una nueva lectura de la jurisprudencia constitucional: el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo*. 2. *La Ley General de la Comunicación Audiovisual*.—III. LOS DÉFICIT DEL SISTEMA INSTITUCIONAL: 1. *La renovación del Tribunal Constitucional*. 2. *El estado de alarma*.

Seguramente, el dato constitucional más llamativo del año 2010 haya sido la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional. Su importancia, sin embargo, debe dejar espacio para resaltar otros muchos acontecimientos que a corto y medio plazo están llamados a configurar —incluso con mayor intensidad que la citada decisión— nuestra realidad constitucional. Creo, y así lo intento reflejar en estas páginas, que el año 2010 supone un punto de inflexión en la narrativa política del Gobierno del Presidente Rodríguez Zapatero. Sin duda, la virulencia de la crisis ha sumergido la acción gubernamental (también, en parte, la de la oposición) en un zona gris de dudas e incertidumbres ante problemas inéditos. Con todo, el Gobierno, a la vez que daba respuestas inmediatas, ha intentado proyectar un nuevo paradigma para el futuro, el de la economía sostenible, a cuya explicación se dedica el primer apartado de esta crónica. En el segundo, se traen a la luz dos medidas de relevancia constitucional innegable —el reconocimiento del derecho a la interrupción del embarazo y una nueva

ley sobre la comunicación audiovisual—, que todavía conservan el hábito que ha de marcar la historia del Gobierno Rodríguez Zapatero: la extensión del concepto de ciudadanía mediante la atribución de nuevos derechos. Finalmente, en la parte tercera se da cuenta de dos fenómenos —la renovación del Tribunal Constitucional y la declaración del estado de alarma— que muestran algunas dificultades operativas de nuestro sistema.

I. EL NUEVO PARADIGMA: LA ESTRATEGIA DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

1. *Sus fundamentos*

La comprensión político-conceptual que funda el programa de gobierno del segundo tramo de la legislatura lo hallamos en la Estrategia para la Economía Sostenible (<http://www.economiasostenible.gob.es/estrategia-economia-sostenible/>) y en la comparecencia a petición propia del Presidente del Gobierno ante el Pleno del Congreso para informar sobre el citado documento (2 de diciembre de 2009, DSCD, núm. 129). El punto de partida es claro: los desequilibrios estructurales de la economía española lastran su desarrollo. Esas asimetrías se manifiestan, según el Presidente (pág. 4 de su comparecencia), en una baja productividad, posiciones rezagadas en investigación, desarrollo e innovación, una educación pobre y con altas tasas de abandono, un mercado laboral ineficiente, costes energéticos excesivos y un despliegue en el sector de la construcción que ha generado un endeudamiento difícilmente enjugable. De acuerdo con el Presidente, el diagnóstico es independiente de la crisis, la cual sólo ha acelerado el ajuste.

La respuesta a los desequilibrios pasa por transformar «el patrón de crecimiento». El Gobierno considera que el futuro social y económico de España se ha de estructurar sobre tres pilares. El primero, una economía sostenible y competitiva. Para ello se anuncian reformas que deben conducir a la modernización de la justicia (actualizando el registro civil, el procedimiento concursal y el laboral), potenciar la eficiencia de la administración (básicamente liberalizando la prestación de servicios), la transformación del sistema financiero (medida que ya se ha puesto en marcha y se discutirá en los siguientes epígrafes), la lucha contra el fraude y la economía sumergida, garantía de la independencia de los organismos reguladores, impulso de la innovación (con la anunciada Ley de la Ciencia), desarrollo del sector agroalimentario y privatización parcial de la gestión aeroportuaria. El segundo pilar, la sostenibilidad medioambiental, se sustanciaría a través de una ley de eficiencia energética, la reforma del régimen

del comercio de CO₂, un programa para el transporte sostenible y la profundización de la protección del medio ambiente (con acento en la gestión del agua, tratamiento de los residuos, medio marino y fiscalidad verde). Finalmente, el tercer pilar, la sostenibilidad social, remite a una mejora de la educación (de la que una vez más se espera que conjugue la equidad, la calidad y la formación continua), el refuerzo del sistema de seguridad social (centrado básicamente en la prolongación de la vida laboral y la adecuación entre cotización y vida laboral), la reforma del mercado de trabajo (con la intención de reducir la temporalidad, modificar la negociación colectiva, la regulación de empleo y la intermediación —cuestiones que se verán más adelante—) y el fortalecimiento del Estado de bienestar (inclusión social y potenciación de la ley de dependencia).

La amplitud y generalidad de las medidas convierte la Estrategia de Economía Sostenible en un nuevo programa de gobierno. Es más, el propio Presidente afirmó que se trata de un esfuerzo que trasciende a una sola legislatura. Consciente de las limitaciones que conlleva toda planificación, el Ejecutivo ha diseñado un procedimiento para su logro, que alcanza a varios interlocutores. Puesto que el desarrollo de la Estrategia explícitamente se construye sobre un extenso paquete legislativo, la negociación con los grupos es un imponderable. En el siguiente epígrafe desarrollaremos este punto capital, que sólo al final del año ha encontrado apoyo claro en la aprobación de los presupuestos. Entiende el Gobierno que su programa, además, necesita la participación de los interlocutores sociales. En la práctica, este camino ha estado desacoplado de la discusión en las Cámaras. Así, durante gran parte del año, la quiebra del liderazgo en el ámbito empresarial dificultó la negociación empresarios-trabajadores, circunstancia que provocó una reforma unilateral del mercado de trabajo por parte del Gobierno. De esa decisión surgiría una huelga general, cuyo moderado seguimiento no empujó cambios políticos, pero sí la reapertura de las negociaciones, tras la sustitución de la cúpula empresarial, que ha dado lugar ya en el 2011 al Acuerdo Social y Económico para el Crecimiento, el Empleo y la Garantía de las Pensiones. Sin embargo, el pacto se ha construido al margen de las Cortes Generales, volviendo a bifurcar las dos sendas del acuerdo político que el Gobierno tiene por imprescindibles. A su vez, el Gobierno considera que la concertación debe abrirse también a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales, pues al fin y al cabo a ellas corresponderá gran parte de la ejecución del programa de economía sostenible. En el primer caso se toma la Conferencia de Presidentes como punto de encuentro, si bien esta vía lleva tiempo sin dar frutos. Y más peliaguda se presenta la integración de las entidades locales, puesto que el propio Gobierno asume que antes se hace preciso un proyecto de ley del gobierno local y de sus haciendas. Finalmente, en el documento relativo a la Es-

trategia de la Economía Sostenible es patente el engarce internacional y, sobre todo, europeo. El año 2010 ha subrayado con nitidez el significado de la integración europea en el diseño y viabilidad de los programas políticos estatales. Si nadie dudaba ya de que el Derecho europeo condicionaba al ordenamiento estatal, ahora es igualmente indiscutible que la Unión al menos excluye determinadas respuestas políticas. En este sentido, la moneda única ha puesto fin al uso de las devaluaciones, instrumento clásico de la económica española para afrontar las pérdidas de competitividad internacional. Pero, además, el diseño en el seno de la Unión de un plan de rescate, ha supuesto una novedad económica e institucional cuyas consecuencias definitivas están aún por valorar, pero que ha servido para condicionar la dirección política de diversos países, entre ellos España.

2. La viabilidad política del Gobierno como condición previa para el desarrollo del nuevo programa: crisis de deuda soberana, confianza presupuestaria y remodelación del Consejo de Ministros

Los Estados Miembros y la propia Unión han mostrado serias dificultades para frenar los devastadores efectos a corto plazo de la crisis de deuda soberana: un Estado incapaz de generar liquidez es simplemente una institución en quiebra técnica. El año 2010 ofreció un acontecimiento ya de por sí excepcional, como fue la contribución de España con cerca de 10 mil millones de euros al Fondo de Apoyo a la República Helena para atender las necesidades de este país, mediante el Real Decreto-ley 7/2010, de 7 de mayo. Esta actuación ofrecía los perfiles de los nuevos estados de excepción, si entendemos por éstos aquellas situaciones en las que el funcionamiento normal de la vida estatal está en entredicho. Y, además, situaba a la Unión Europea en el centro de la solución, impulsando un embrionario pero irrefrenable proceso de unificación de políticas económicas, siquiera con las formas de una dirección europea dúctil o informal. Sin embargo, en lo atinente a esta crónica, la semana final del mes de mayo fue para España de alto voltaje. Nadie sabe con certeza las admoniciones que recibió el Presidente Rodríguez Zapatero en la reunión extraordinaria del Eurogrupo, celebrada el 9 de mayo de 2010, pero debieron ser seriamente graves en la medida que el propio Presidente reconoció meses después (entrevista a *El País* de 21 de noviembre) que «fue una noche de insomnio». Se trataba, básicamente, de reducir inmediatamente un 1,5 del déficit público para aminorar las tensiones sobre la deuda pública. El dilema político consistía, por tanto, en elegir las partidas de gasto que habrían de eliminarse. La comparecencia extraordinaria del Presi-

dente ante el Pleno del Congreso, del 12 de mayo (DSCD, núm. 162) enmarcó las dificultades en un contexto general, afirmando que «[...] estas fechas se juzgarán decisivas para la unión monetaria, para el gobierno económico europeo y para el futuro mismo de Europa como comunidad política [...]», ante «[...] circunstancias que carecen por completo de precedente [...], fruto de una economía insuficientemente gobernada, regulada» (pág. 4).

La comparecencia del Presidente presentó con claridad las acciones que días después se articularon en el Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Consistieron en una reducción de un 5 por 100 de media de las retribuciones del personal del sector público, congelación de las pensiones y eliminación de la jubilación parcial, derogación de la prestación por nacimiento, reducción de los gastos de farmacia (esta medida arbitrada por el Real Decreto-ley 4/2010, de 26 de marzo, de racionalización del gasto farmacéutico con cargo al Sistema Nacional de Salud), supresión de la retroactividad de las prestaciones por dependencia y recorte de la inversión pública en 6.045 millones de euros.

El Decreto-ley 8/2010 fue convalidado en el Congreso con un respaldo muy importante. Sin embargo, la responsabilidad ante la difícil situación de la economía española no ocultó la debilidad con la que el Gobierno, y en especial su Presidente, habían salvado el obstáculo. La crítica de los grupos parlamentarios durante la comparecencia se centró básicamente en dos puntos. El reproche al Gobierno de una falta de capacidad política para afrontar la realidad y de actuar improvisando (intervenciones de los representantes de los grupos de PP, CIU, PNV), así como el sustancial recorte de derechos sociales (PP y CIU).

La severa restricción de gasto público puso en discusión uno de los pilares sobre los que se había construido la narrativa de la Presidencia Rodríguez Zapatero, a saber, la extensión de los derechos de ciudadanía, y en especial los derechos sociales. En estas circunstancias, la discusión y aprobación de los presupuestos se convirtió en el momento álgido del año, pues habría de constatarse la capacidad del Presidente para reconstruir los apoyos parlamentarios que le permitirían desarrollar el nuevo programa que había quedado esbozado en la Estrategia de Economía Sostenible. La defensa política de los presupuestos se construyó sobre dos ejes, austeridad y reformas estructurales, queriendo además compatibilizar el mantenimiento de la cohesión social (pág. 3 del Debate de totalidad del proyecto de ley de presupuestos, DSCD del 19 de octubre, núm. 197). En palabras de la Ministra de Economía y Hacienda, el presupuesto se sostenía sobre un «[d]iagnóstico económico realista, cumplimiento de los compromisos, capacidad para acometer reformas ambiciosas y afrontar decisiones valientes y apoyo a los más afectados por la crisis, manteniendo nuestro estado

de bienestar. Éste, señorías, es el balance de la política económica del Gobierno en el último año y esos son los mismos principios que caracterizan los presupuestos para 2011, que ahora debatimos» (pág. 4). Y era consciente de que el reto político-económico residía en «[...] hacer compatible esa reducción del 15,6 por 100 con el incremento del gasto social, así como el mantenimiento de aquellas partidas que contribuyen a la mejora de la productividad sin renunciar a mantener la calidad de nuestros servicios públicos» (pág. 7), más aún cuando en la propia presentación de los presupuestos se explica que, al margen de la subida del IVA, el sistema tributario se mantiene en sus estructuras básicas.

El significado político que sostenía el debate presupuestario lo hizo evidente el líder de la oposición, Mariano Rajoy, en la defensa de la enmienda de devolución de su grupo cuando, nada más comenzar su intervención criticando duramente el apoyo al presupuesto del PNV y Coalición Canaria, afirmó: «[t]odo este agravio al consenso, al interés general y a la igualdad lo pagamos para que el señor presidente del Gobierno pueda aparentar que dispone de una mayoría parlamentaria, que su situación es sólida y, consecuencia lógica, que puede seguir alargando el otoño de su decadencia en perjuicio de todos durante doce meses más» (pág. 11). La réplica, lógicamente, la hallamos en Coalición Canaria y el PNV, destacando el orador de este último grupo —señor Azpiazu Uriarte— que justificó el apoyo parlamentario en la intención de «[...] ofrecer al Gobierno la estabilidad institucional, política y económica que el momento económico precisa. Es un acto de responsabilidad que lanza un mensaje positivo a los mercados, a las instituciones europeas, a los agentes económicos y sociales, y en definitiva al conjunto de los ciudadanos».

Fue este apoyo parlamentario a los presupuestos, el que abrió paso a la intensa remodelación gubernamental realizada el 20 de octubre y que supuso el cese de M. T. Fernández de la Vega como Vicepresidenta Primera y Ministra de la Presidencia, quien fue sustituida por A. Pérez Rubalcaba como Vicepresidente Primero y Portavoz y por R. Jáuregui Atondo como Ministro de la Presidencia. T. Jiménez García-Herrera sustituyó en la cartera de Exteriores a M. A. Moratinos Cuyaubé y, a su vez, L. Pajín Iraola sustituyó a la primera en Sanidad y a B. Aído Almagro en Igualdad. C. Corbacho Chaves cesó, y su puesto lo ocupó V. Gómez Sánchez como Ministro de Trabajo e Inmigración. Tras la salida de B. Corredor Sierra, las competencias del extinto Ministerio de Vivienda fueron asumidas por Fomento. Y, finalmente, E. Espinosa Mangana dejó su lugar a R. Aguilar Rivero (Reales Decretos 1.314 a 1.329 de 2010).

El nuevo Gobierno, dado el incremento competencial de A. Pérez Rubalcaba y su creciente presencia mediática, ha disparado los rumores sobre su futura candidatura en sustitución de Rodríguez Zapatero. A este respecto es oportuno

tener en cuenta que el relevo de Presidentes en ejercicio se ha demostrado en nuestra reciente historia constitucional una de las asignaturas pendientes de los partidos políticos, capaces de conformar liderazgos sólidos cuando son alternativa de gobierno, pero responsables de fracasos rotundos en aquellos momentos donde se emprendieron cambios personales desde posiciones de poder (recuérdese la sustitución del Presidente Adolfo Suárez, con golpe de estado incluido; o la derrota que cosechó el Partido Popular, pese a haber controlado al milímetro el relevo del Presidente Aznar). Seguramente, el año 2011 nos deparará en este sentido acontecimientos sobre los que reflexionar, pero ahora, centrados en el año 2010, conviene volver a las reformas estructurales que motivaron en parte la renovación programática y personal del Gobierno Rodríguez Zapatero.

3. Las medidas estructurales del programa (i): la reforma de las cajas de ahorro

La dificultad más relevante a la que se está enfrentando el Gobierno es, claramente, el saneamiento del sistema financiero. La historia de su actuación recuenta una serie de medidas que van evolucionando guiadas por la regla de la prueba y el error. Inicialmente se comenzó con un incremento de la garantía de los depósitos bancarios; más adelante se aumentó la intensidad potenciando la agrupación de cajas mediante el incentivo del préstamo de dinero público destinado a la capitalización. Sin embargo, tales intervenciones no lograron que los prestamistas mayoristas considerasen saneado el sistema financiero español. El escaso éxito de las entidades de crédito en la búsqueda de capital privado mostró a todas luces que la crisis de deuda privada era ya una crisis de deuda soberana en la medida que se trasladaba al Estado la prima de riesgo generada por el mercado crediticio privado. Esto, como ya hemos visto, obligó a significativas medidas de ahorro. Pero, a su vez, impulsó una reforma estructural de las cajas de ahorro, entidades que el Gobierno ha distinguido como responsables de la debilidad financiera española.

La reforma que introduce el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorro, puede estructurarse en dos bloques. El primero está destinado a realizar algunos cambios en el gobierno de las cajas, para lo que se introducen una serie de modificaciones en la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las cajas de ahorro. El fin evidente es trazar una separación entre «política» y «profesionales», aminorando la presencia de personas ligadas a los poderes públicos. Así, desaparecen los cargos políticos

electos (nuevo art. 1.3 de la Ley 31/1985, y que plantea la duda de constitucionalidad sobre su oportuna regulación por decreto-ley), y los representantes de las Comunidades Autónomas en la comisión de control (fruto de una curiosa eliminación en la exposición de motivos del Real Decreto-ley). Por otro lado, se reducen los consejeros elegidos por entidades públicas hasta el 40 por 100 de la Asamblea General (nuevo art. 2.tres de la Ley 31/1985). Y, finalmente, se exige una cualificación profesional de cinco años a la mayoría de los miembros del consejo de administración y de la comisión de control (nuevos arts. 15 y 22 de la Ley 31/1985), que a su vez podrán ser retribuidos (nuevo art. 25 de la Ley 31/1985).

El segundo bloque de reformas está orientado a facilitar la entrada de capital privado en las Cajas, con la finalidad clara de lograr de este modo su saneamiento. En este sentido, se dota de derechos políticos —desde el voto hasta la participación en los órganos de gobierno— a los titulares de las cuotas participadas, que, además, ya no estarán limitados a la tenencia de un 5 por 100, ni necesitadas de autorización para su emisión (nuevo art. 7 de la Ley 31/1985). Por tanto, se introduce el principio de vinculación entre propiedad y dirección de negocio como criterio que ha de guiar el gobierno de las Cajas. Para potenciar esta ligazón, inédita hasta ahora, pues primaba la conexión entre fundación pública y fines sociales, se diseñan dos vías destinadas a lograr la transformación de las cajas en bancos. La primera, relativa a la constitución de un Sistema Institucional de Protección, había sido avanzada en el artículo 25 del Real Decreto-ley 6/2010, y, en principio, consistía en un acuerdo contractual entre varias cajas que daba lugar a una entidad central con potestad para determinar de manera vinculante «sus políticas y estrategias de negocio». La clave residía en que tal Sistema Institucional era de «protección» porque conllevaba un «compromiso mutuo de solvencia y liquidez [...] que alcance como mínimo el 40 por 100 de los recursos propios [...]». No obstante, merced al impulso dúctil del Banco de España, cuando se escriben estas líneas lo que aparentemente se definían como «fusiones frías» se han caldeado con el tiempo, dado que la mutualización se ha reconducido al 100 por 100 y los activos de las cajas se han elevado a la entidad central, de suerte que en términos de gestión se ha producido una fusión real. En esta línea, el artículo 4, del Real Decreto 11/2010, clarifica ya la naturaleza de sociedad anónima de la entidad central (esto es, un banco) y obliga a la transformación de las Cajas de Ahorro en fundaciones de carácter especial si pierden el 50 por 100 de participación en la entidad común. En el mismo sentido, para las cajas que no se hayan integrado en un sistema institucional de protección, el artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2010 permite que utilicen un ente instrumental bancario, al que pueden trasladar todos sus activos, para la gestión del

negocio financiero. Del mismo modo, si la participación de la caja se reduce en el 50 por 100 sobre el ente instrumental habrá de transformarse en fundación de carácter especial.

El capítulo final, por ahora, del saneamiento del sistema financiero español se escribió en los comienzos del año 2011 y ha fructificado en el Real Decreto-ley, de 19 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero. Básicamente, la intención es doble. De un lado, en conformidad con el artículo 1, elevar la cuota de capital principal desde el 6 al 8 por 100, e incluso al 10 por 100 cuando la dependencia del mercado mayorista sea superior al 20 por 100 y la participación de «terceros» en su capital social no sea superior al 20 por 100. De otro, precisamente por esa llamada a terceros, se pretende nuevamente lograr la recapitalización financiera apelando al capital privado. En su defecto, se habilita una nueva intervención del FROB, si bien ahora directamente mediante la adquisición de acciones.

4. *Las medidas estructurales del programa (ii): la reforma del mercado de trabajo*

El otro gran mal que aqueja a nuestra economía, el desempleo rampante, ha aparecido durante el año 2010 en todos los debates políticos de calado. Sin embargo, el tratamiento más interesante no lo encontramos en la discusión parlamentaria que convalidó el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, sino en el propio debate presupuestario. En él, la Ministra Salgado definió las singularidades del mercado laboral español: «[d]urante la crisis el ajuste se ha realizado vía número de ocupados en lugar de vía costes laborales u horas trabajadas, como en otros países [...]», e importa subrayar la razón que se identifica como causa: «las rigideces del mercado» (pág. 5, debate de totalidad) (1). Un mercado laboral que se ajusta a toda velocidad mediante los despidos, se debe, según la exposición de motivos del Real Decreto-ley 10/2010, al predominio de contratos laborales,

(1) Creo que es importante atender a la lectura alternativa que realiza Apiazu Uriarte, cuando señala cómo el País Vasco, que posee la misma organización jurídica del mercado laboral que el resto de España, sin embargo, y pese a padecer un incremento del paro, se mantiene en cifras de un sólo dígito. Según el citado parlamentario, esto es así porque el desempleo no se debe a la rigidez del mercado laboral; afirma que «[...] en realidad, lo que la economía española tiene que afrontar es un gran desplazamiento de la actividad y recursos desde el sector no comercializable hacia el sector comercializable en el exterior» (pág. 5) —se olvida, no obstante, de las peculiaridades tributarias y financieras del País Vasco—.

sobre todo, en el grupo de trabajadores más jóvenes; la escasa flexibilidad interna para enjugar la pérdida de beneficios en horas de trabajo o costes laborales antes que en amortización de puestos; la ineficiencia de los servicios públicos de colocación; y, finalmente, la discriminación de mujeres, trabajadores de edad y trabajadores con discapacidad.

Atento a esta evolución, el Capítulo I del Real Decreto-ley 10/2010 pretende paliar la llamada dualidad en el mercado de trabajo. Para ello se limita la duración de los contratos de obra y servicios, el encadenamiento de contratos temporales y se fija una nueva indemnización por terminación del contrato. Respecto a la contratación indefinida se amplían los colectivos que pueden acceder a ella, se reduce el período de desempleo necesario para encajar en la figura contractual y se incorpora al Fondo de Garantía Salarial en las indemnizaciones por despidos económicos. Más difícil de clasificar como una medida que pone coto a la temporalidad, resulta la decisión del Gobierno de clarificar las causas económicas y productivas del despido, incorporando la interpretación judicial que había intentado marcar una frontera entre esta causa y el despido por motivos disciplinarios.

El Capítulo II quiere introducir instrumentos que adecuen la organización laboral de la empresa y sus condiciones productivas. Dentro de este paquete la medida estrella pretende ser la suspensión del contrato de trabajo y, sobre todo, la reducción de la jornada laboral por causas económicas. La política de promoción del empleo fijo de grupos especialmente afectados por la temporalidad, se construye en el Capítulo III básicamente a través de la técnica de la bonificación. Finalmente, en el Capítulo IV, se abre a la iniciativa privada la actividad de intermediación del empleo. Es una apertura en términos de colaboración con los servicios públicos de empleo, pues las empresas privadas necesitarán autorización para el desempeño de su actividad y la necesaria suscripción de convenios.

II. RESCOLDOS DEL VIEJO PARADIGMA: LA POLÍTICA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. *Una nueva lectura de la jurisprudencia constitucional: el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo*

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo encierra uno de los dilemas clásicos de la teoría constitucional: lograr que la norma suprema mantenga su vigencia

en el tiempo. Esta tarea requiere instrumentos que salven la eficacia de las disposiciones constitucionales, a la vez que aseguran su adaptación a los cambios sociales, convirtiendo así a la Constitución en mecanismo de organización para el presente. La nueva regulación de la interrupción del embarazo, plantea directamente este oximoron. Sobre él pesa la STC 53/1985, que ha marcado la comprensión jurídico-constitucional de la interrupción del embarazo durante toda la democracia constitucional. Recordemos que esa decisión admite una lectura en dos partes. La primera delinea los principios generales que han de estructurar el tratamiento jurídico del no nacido. En este sentido, el fundamento jurídico cuarto declara que las disposiciones que reconocen derechos fundamentales, además de establecer derechos subjetivos y garantías institucionales, estipulan deberes de protección a cargo del Estado. Más adelante, en el fundamento jurídico quinto, el Tribunal afirmó que el no nacido es «[...] un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta y que si bien no era titular del derecho a la vida, [...] en cuanto éste [el no nacido] encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional». Es en el fundamento jurídico séptimo donde se trazan con carácter general las obligaciones del Estado para con el *nasciturus*: abstenerse de interrumpir u obstaculizar el embarazo; «establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales». Finalmente, en el fundamento jurídico octavo, el Tribunal señala que junto a ese deber, el legislador ha de ponderar «la autodeterminación consciente y responsable» de la mujer, manifestación de la dignidad humana y los derechos fundamentales a la integridad física y moral, la libertad ideológica, el honor, la intimidad y la propia imagen.

Deber de protección del no nacido y autodeterminación de la mujer son veinticinco años después los polos necesitados de armonización. Sin embargo, existen dos datos de la realidad política que, en mi opinión, delimitan y dirigen el debate constitucional en España. El primero es el propio valor que los actores políticos dan a la jurisprudencia constitucional. Esto es evidente en la exposición de motivos de la ley, donde expresamente se considera que el legislador está realizando una ponderación entre los dos bienes en conflicto, siguiendo así las directrices fijadas por el Tribunal Constitucional (pág. 21003 del BOE). Pero las referencias explícitas o implícitas a los argumentos contenidos en la STC 53/1985 durante el debate de totalidad del proyecto son permanentes. Por tanto, la mayoría de los actores políticos acepta que la jurisprudencia constitucional marca el terreno de juego, sin que ninguno de los partidos considere necesaria

una alternativa a esa interpretación constitucional, sino más bien una variación que la actualice. Es más, antes de la elaboración del proyecto de ley, el Gobierno constituyó un grupo de trabajo y la Comisión constitucional del Congreso una subcomisión, cuyos análisis siempre tuvieron bien presentes las líneas marcadas por el Tribunal Constitucional.

El segundo dato que vertebra el debate político tiene que ver con la necesidad de actualizar la política de derechos fundamentales. De las intervenciones parlamentarias surge un consenso espontáneo: el número de abortos al margen de la ley demuestra que ésta carece de una efectiva aplicación, de modo que el Estado no está cumpliendo con su deber de proteger al no nacido. En este sentido son contundentes las palabras de la Ministra Aído cuando afirma que «[...] una situación caracterizada por el incremento de embarazos no deseados en nuestro país y el creciente número de abortos a lo largo de los últimos años; una realidad preocupante, puesto que deja al descubierto un marco jurídico que ha quedado obsoleto al no dar respuesta a la realidad de la sociedad española. Basta recordar como ejemplo que el 97 por 100 de las interrupciones voluntarias del embarazo en nuestro país son realizadas bajo el supuesto de salud psíquica de las mujeres, que no tiene limitación temporal en la regulación [...]».

Desde este punto de vista, ha de sostenerse que la Ley Orgánica 2/2010 pretende renovar el equilibrio de los bienes constitucionales en juego, no en vano su exposición de motivos declara que: «[l]a ponderación que el legislador realiza ha tenido en cuenta la doctrina de la STC 53/1985 y atiende a los cambios cualitativos de la vida en formación que tienen lugar durante el embarazo, estableciendo, de este modo, una concordancia práctica de los derechos y bienes concurrentes a través de un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación» (pág. 21003 del BOE). Efectivamente, la tutela gradual se convierte en la balanza entre protección del no nacido y autodeterminación de la mujer. El artículo 14 de la ley reconoce en las primeras catorce semanas la facultad de la mujer para solicitar la interrupción del embarazo mediante la manifestación de una voluntad informada y razonada. Razonada porque la interrupción no se producirá hasta tres días después de que la mujer muestre su voluntad inicial de someterse a la citada intervención [art. 14.b)]. E informada porque, de acuerdo con el artículo 17, debe reafirmarse tras el conocimiento de las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento; los datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro; y los datos sobre los

centros en los que la mujer puede recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo. Además, si la mujer es de 16 o 17 años, se deberá informar a un tercero de entre los recogidos en el artículo 13.4 (representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores). No obstante, es claro que el consentimiento corresponde en exclusiva a la mujer menor de la edad citada, que incluso podrá prescindir del deber de información cuando «[...] alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo».

Entre las 14 y 22 semanas se mantiene un sistema de indicaciones, sin olvidar, lógicamente, que con la nueva ley ya no se trata de supuestos despenalizados sino del ejercicio de facultades. Así, de acuerdo con el artículo 15, la mujer podrá solicitar la interrupción del embarazo cuando médicamente esté determinado el grave riesgo para la vida o la salud de la madre o riesgo de graves anomalías en el feto (en este caso con doble informe médico). Y, en tercer lugar, se reconoce la posibilidad de la interrupción del embarazo sin límite temporal cuando médicamente se establezca que el feto padece anomalías incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento de diagnóstico y así lo determine un comité clínico compuesto por al menos dos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra (art. 16). Por último, se ha de subrayar que la disposición final primera suprime las penas privativas de libertad en aquellas mujeres que abortan fuera de los supuestos previstos en la ley.

Ahora bien, el derecho de la mujer reconocido en la ley para solicitar la interrupción del embarazo se introduce legislativamente en el marco más amplio de la salud sexual y reproductiva. A ello le dedica la Ley el Título I, donde destaca el artículo 5, que realiza una proclamación amplia sobre los principios que han de guiar las políticas públicas para la salud sexual y reproductiva; pero también, el artículo 7, que establece deberes concretos a los servicios públicos de salud. Esta integración de la interrupción voluntaria del embarazo en el ámbito de los servicios sanitarios, incide sobre problemas anquilosados. El primero tiene que ver con la efectiva asistencia pública a la interrupción del embarazo. Es generalmente aceptado que se trata de una prestación pública, que se obtiene en centros privados. De alguna manera, el artículo 19 de la ley da carta de naturaleza a esta situación habilitando la prestación subsidiaria en establecimientos acreditados. El definitivo desplazamiento al sector privado de la realización de la interrupción del embarazo, no es por sí mismo problemático, en la medida que la prestación está incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. Sin embargo, existe una dificultad histórica en

algunas Comunidades Autónomas que carecen absolutamente de centros públicos o privados competentes para efectuar la interrupción del embarazo, pese a que les corresponde la gestión y ejecución al tratarse de una prestación sanitaria. A esta preocupación atiende el artículo 4, que establece la garantía de la igualdad en el acceso, o el artículo 19.1 que habilita al Gobierno para establecer unos contenidos básicos.

La intensidad constitucional del debate parlamentario, donde, como ya hemos visto, la interpretación del Tribunal Constitucional se convirtió en un punto de referencia, explica que diputados del grupo parlamentario popular recurriesen la ley ante el Tribunal Constitucional, con la expectativa de que definitivamente se cierre la disputa sobre la correcta valoración de la interpretación constitucional. Aunque en el objeto de esta crónica no se encuentran los comentarios jurisprudenciales, es digno de mención el Auto 90/2010 que resuelve la pretensión de los recurrentes de suspender cautelarmente la aplicación de la ley. La decisión de la mayoría rechazando esta posibilidad se sustenta sobre la literalidad del artículo 30 de la LOTC y la exigencia de que la hipótesis de suspensión de la ley esté expresamente prevista en la Constitución (FJ 2). Y, ante la supuesta duda de constitucionalidad del citado artículo 30, la mayoría subraya la impertinencia de la cuestión interna de inconstitucionalidad en el proceso que resuelve un recurso de inconstitucionalidad, que, además, en todo caso sólo produciría la suspensión que da lugar al incidente, pero no la aplicación de la ley. No obstante, es llamativo que este auto cuente con cuatro votos particulares suscritos por cinco magistrados, una división del Tribunal que anticipa, incluso tras la reciente renovación, la continuación del disenso ahora en sede jurisprudencial. La línea argumental de los cuatro votos tiene una estructura muy similar. Niegan la premisa mayor: la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no excluye taxativamente la potestad del Tribunal para suspender cautelarmente la ley. Existe, según estos magistrados, una laguna que ha de rellenarse con la intercalación armónica de principios constitucionales. En este sentido, aunque efectivamente existe una presunción de constitucionalidad de la ley, consideran que cede ante el riesgo de daños irreparables. Y es aquí donde vuelve a surgir el peso de la STC 53/1985 y su mandato de una efectiva protección de la vida. En definitiva, la Ley Orgánica 2/2010 ha puesto sobre la mesa el debate sobre la estabilidad y cambio de la interpretación constitucional.

2. *La Ley General de la Comunicación Audiovisual*

La organización jurídica de la comunicación audiovisual siempre ha estado condicionada por su conexión con la formación de la opinión pública y la singularidad económica del servicio. El primer dato continúa siendo un lugar común, incluso cuando hoy cobran terreno nuevas formas de comunicación; emergen escenarios inéditos, pero es demasiado pronto para minusvalorar el lugar central que todavía desempeñan los formatos tradicionales de televisión y radio en la construcción del discurso público y, por tanto, en la propia delimitación del *demos*. El segundo dato, relativo a la forma de prestación de los servicios de comunicación audiovisual, es también capital puesto que determina los actores que han de seleccionar (o, directamente, configurar) las voces que forman la opinión pública. Ocurre, sin embargo, que siendo en la mayoría de los casos un servicio económico entre el prestador (medio de comunicación) y el espectador, no existe una relación jurídico-económica de naturaleza sinalagmática, a excepción de las televisiones de pago, de tal suerte que la financiación se encontrará en un mercado paralelo, el de la publicidad.

En nuestra historia constitucional contemporánea, estos dos condicionantes se resolvieron básicamente con varios criterios. El principal fue la consideración de la comunicación audiovisual como un servicio público, pues, dada la escasez del espacio radioeléctrico, se entendía que tal forma de organización lograba garantizar una opinión pública de cierta calidad. Otro criterio fue el tratamiento diferenciado de la televisión y la radio. Mientras que en la segunda, la existencia de medios para todo el Estado respondía a la emisión en cadena de radios que habían surgido en ámbitos locales o autonómicos, la televisión pivotaba sobre la cobertura estatal y solo por el impulso de las Comunidades Autónomas fue creándose paulatinamente un cierto espacio autonómico y local, que sería ocupado por holdings informativos de estructura estatal. Esa falta de homogeneidad se proyectó también en la regulación de las distintas tecnologías que fueron habilitándose para la comunicación audiovisual. Aunque en los últimos años se produjese una cierta convergencia liberalizadora y, sin duda, en la delimitación de los contenidos, lo cierto es que la fragmentación normativa (basta con ojear la disposición derogatoria de la Ley 7/2010), reflejaba la construcción de un régimen jurídico por impulsos.

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, es el primer texto legislativo que pretende ordenar, o al menos sentar los elementos comunes (una ordenación completa resulta imposible a la luz de la distribución competencial), del fenómeno de la comunicación audiovisual. Esto supone ya un esfuerzo digno de análisis, al

superar la fragmentación normativa existente, fuese por la naturaleza del medio —televisión o radio— o por la tecnología utilizada. Pero, a mi parecer, en la Ley 7/2010 late un cambio de perspectiva sustancial, que consiste en situar los derechos fundamentales en el centro de la organización jurídica del fenómeno audiovisual. Esto no supone la desaparición del servicio público, pero sí la reconducción a unos márgenes que ciñan su verdadera tarea, abriendo espacios a los prestadores privados. Ciertamente, la definición de servicio público realizada por el artículo 40 se mueve en términos muy amplios; no obstante, una correcta articulación de los objetivos de servicio público en los contratos programa (art. 41) y la adecuada separación contable de actividades (art. 43) debería impulsar, al menos, un esfuerzo por determinar qué elementos componen inexorablemente la tarea de servicio público. Sin olvidar que, por ejemplo, el apartado 3 del artículo 5, intensifica la obligación de financiación de obra europea; o la disposición transitoria quinta aumenta el deber de los prestadores del servicio público de atender a las personas con discapacidad.

El eje de la ley, es, como se decía anteriormente, el juego gravitatorio de dos actores —el público y los prestadores—, cuyas posiciones jurídicas se consideran derivadas directamente de la Constitución. En nuestra norma suprema, el público aparece como titular del derecho a recibir una información veraz y la ley remacha este derecho (art. 5.5). Pero, sin duda, la clave en la posición jurídica del público, radica en la articulación del pluralismo, valor superior de nuestro ordenamiento (expresamente reconocido para el espacio audiovisual en el art. 11 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión). La ley dota al pluralismo de una dimensión cultural y lingüística que se concentra en el artículo 5, donde se prevé, por impulso de la normativa europea, la reserva de emisión a la obra europea (apartado 2); siguiendo la legislación anterior, se mantiene la discutida técnica de la financiación anticipada (apartado 3). Sin embargo, la raíz del pluralismo se halla en la efectiva existencia de una variedad de medios con diversas direcciones editoriales («Todas las personas tienen el derecho a que la comunicación audiovisual se preste a través de una pluralidad de medios, tanto públicos, comerciales, como comunitarios, que reflejen el pluralismo ideológico, político y cultural de la sociedad [...]», art. 4.1).

La creación de medios se convierte así en el pilar central de la Ley 7/2007. De este modo, el artículo 22, superando la tímida interpretación del Tribunal Constitucional, concibe la actividad de establecer y mantener medios de comunicación como el ejercicio de tres derechos fundamentales: la libertad de expresión, la libertad de información y la libertad de empresa. Emerge así un derecho central —la prestación del servicio de comunicación audiovisual—, del que el texto legislativo deriva toda una serie de derechos: el derecho a la

dirección editorial de esos medios (art. 10); el derecho a acceder a los servicios de comunicación electrónica (art. 11); el derecho a la autorregulación de contenidos (art. 12); el derecho a las comunicaciones comerciales (Sección 2.^a, Capítulo II del Título II); el derecho a la emisión en exclusiva de contenidos audiovisuales (Sección 3.^a, Capítulo II, Título II); la libertad negocial sobre los canales (art. 29), y el uso privativo del dominio público (art. 24.2).

Desde el momento que la prestación del servicio ocupa un lugar nuclear en la nueva organización constitucional de la comunicación audiovisual, la pregunta primordial consiste en conocer los principios que van a ordenar el funcionamiento del mercado en el que se desenvuelven esos prestadores. Pienso que la Ley articula esa libertad en torno a dos ejes: la prohibición de monopolios y la apertura permanente del mercado. Comencemos con el primer aspecto, la prohibición de monopolios. Para asegurar que la comunicación audiovisual posee siempre unas dosis mínimas de pluralismo, el legislador impide que los prestadores de titularidad pública participen en el capital social de los prestadores privados (art. 42.1) y obliga, en el ámbito de cobertura estatal, a que la reserva o adjudicación a prestadores públicos no supere el 25 por 100 para el ámbito televisivo y el 35 por 100 en el caso de la radio (art. 42.4). Pero la Ley está igualmente atenta a los riesgos de constitución de monopolios privados. Es ésta una de las grandes novedades del texto legislativo, que a la par que levanta el veto de participaciones cruzadas (art. 36.1), utiliza, para el espacio televisivo de cobertura estatal, inspirándose claramente en la regulación alemana, tres reglas que deberían garantizar un mínimo de pluralidad: la participación significativa en el capital social no puede acumular en el momento de la adquisición más del 27 por 100 de audiencia; la participación significativa no debe acopiar más de dos canales múltiplex (uno para la cobertura autonómica); y como regla de cierre, las participaciones cruzadas han de dejar siempre en pie al menos tres prestadores privados de ámbito estatal (art. 36). En el supuesto de las radios se juega con el número de licencias, de manera que un mismo operador no poseerá más del 50 por 100 en un mismo ámbito de cobertura (40 por 100 en el espacio autonómico, cuando además sumen licencias únicas), siendo la cláusula de cierre un tercio de licencias del conjunto del Estado (art. 37).

El segundo eje en torno al cual la Ley organiza la creación de medios es la apertura permanente del mercado. La regulación legislativa estipula una serie de reglas que pueden ordenarse en un conjunto de principios que trazan el esquema general del mercado audiovisual. Así, un criterio sería el de neutralidad tecnológica. Se admite cualquier vía para la creación de medios y la emisión se realiza a través del instrumento que el operador considere más oportuno para su estrategia de negocio. Es cierto que la exigencia de licencia cuando se escoge el

soporte de ondas hertzianas ha de entenderse como una excepción a este principio, puesto que para el resto de tecnologías basta la comunicación. Sin embargo, también es factible leer esa diferencia en la intensidad de la intervención administrativa como un intento de reequilibrar las posibilidades de los operadores en un mercado donde las ondas hertzianas han sido y son el soporte más relevante. Un segundo principio sería la preferencia legislativa por la comunicación fehaciente como condición para el ejercicio de la creación de medios (art. 22.2), en el bien entendido que es la técnica administrativa más liviana para la persona que ejerce el derecho; la comunicación basta para habilitar la libertad de emisión. El aseguramiento del acceso al mercado de la comunicación audiovisual cuando la emisión se realiza por ondas hertzianas, supuesto en el que la ley requiere licencia, se construye también sobre el principio de apertura permanente del mercado. Para evitar su fosilización, se impide favorecer a los prestadores que accedieron en un momento histórico determinado y se sortea el riesgo de que la autoridad correspondiente utilice el otorgamiento de licencias con la intención de construir un mercado a medida. La Ley dispone una serie de reglas que responden a esa lógica. La primera tiene que ver con la salida simultánea a concurso de las licencias disponibles (art. 27.2), condición que debería excluir el racionamiento de las licencias y con él la desviación de poder en su otorgamiento. Un segundo tipo de reglas ordena el mandato de convocatoria automática de concursos al realizarse una reserva de dominio público radioeléctrico (art. 27.4) o en el caso de que una licencia haya quedado liberada (27.2). Por otro lado, cuando el espacio radioeléctrico está agotado, la apertura permanente del mercado se logra con una tercera regla, prevista en el artículo 28.3, que fuerza el concurso, sin renovación automática de los prestadores existentes, en el supuesto de que exista una persona con intención de incorporarse al mercado. La apertura del mercado carecería de sentido si no se preserva la permanencia en él. La Ley General de Comunicación Audiovisual avanza sustancialmente en este aspecto. Por un lado, estipulando en el artículo 28.2 la renovación automática de las licencias siempre que se conserven las condiciones iniciales de ejercicio. Por otro, reduciendo al máximo los tipos de infracción que conllevan la pérdida de la licencia, esto es, el cierre del medio.

III. LOS DÉFICIT DEL SISTEMA INSTITUCIONAL

1. *La renovación del Tribunal Constitucional*

La dilación en la renovación del Tribunal Constitucional es, en primer lugar, un problema de aplicación de la Constitución que, en términos puramente abstractos, refleja las dificultades del sistema político creado por la Constitución para dar vida efectiva a las instituciones que lo definen. Aleja al Tribunal de la composición querida por la Constitución, que en su mandato de renovación parcial en el tiempo, junto a las mayorías cualificadas exigidas en el Congreso y Senado, pretende recoger a juristas que integren sensibilidades diversas o, al menos, aspira a evitar el dominio de una mayoría coyuntural. En concreto, cuando se prolonga más allá del plazo prescrito a los magistrados, se corre el riesgo de utilizar al Tribunal Constitucional como instrumento de oposición frente a la actividad legislativa de la mayoría de gobierno. E incluso se perturbaría la garantía de independencia que supone el nombramiento a plazo, al ofrecer a los magistrados incentivos para mantener posiciones de parte ante la expectativa de que la ausencia de renovación prolongase su mandato más allá de lo estipulado por la Constitución.

Es indudable que el régimen vigente hasta la Ley Orgánica 8/2010, de 4 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, era incapaz de ofrecer respuestas que favoreciesen la renovación en tiempo, quedando todo a la lealtad constitucional de los dos partidos mayoritarios. Se trataba, incluso, de un modelo que potenciaba una suerte de potestad de bloqueo del partido que habiendo estado recientemente en el Gobierno, pasa a la oposición, siendo capaz de mantener en el órgano a magistrados elevados al cargo bajo su auspicio. Pero no se ha de olvidar que, en todo caso, el régimen anterior salvaba, pese a dilaciones llamativas, su composición íntegra. Sin embargo, en el debate político (DSCD, Comisión constitucional, núm. 620, 6 de octubre de 2010) y académico (véanse las contribuciones de Santamaría Pastor y Aguiar de Luque en esta revista, núms. 84 y 85) se ha planteado una reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que propugna el cese de los magistrados tras el cumplimiento del tiempo de desempeño del cargo. Se entiende por sus defensores que este mecanismo daría una efectividad a dos reglas constitucionales: el mandato de nueve años de los magistrados y la renovación escalonada en el tiempo, evitando así que un partido bloquease la renovación con la intención de mantener a determinados magistrados. Este modelo, en el

peor de los casos, provocaría una disminución del número de magistrados, pero no la inoperatividad del Tribunal, pues a día de hoy, su pleno y sus salas funcionarían con la presencia «de dos tercios de los miembros que en cada momento lo compongan».

La solución ofrecida por la reforma que introduce la Ley Orgánica 8/2010 se limita a detraer del cómputo de nueve años de los nuevos magistrados el tiempo de retraso en el nombramiento: «[s]i hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación» (segunda oración del nuevo apartado 5 del art. 16). La exposición de motivos de la citada Ley no da las razones que alimentan este modelo, si bien parece evidente que su pretensión última es salvar la composición escalonada en el tiempo del Tribunal, incluso a costa de chocar, al menos aparentemente, con la literalidad del artículo 159.3 de la Constitución. Entre la designación por un período de nueve años y la renovación por tercias partes, el legislador ha privilegiado el segundo elemento, dissociando el cargo —nueve años— de su efectivo ejercicio —nueve años menos el retraso en la renovación—. Es indudable que esta solución estuvo animada por el impulso que se logró con la designación por el Senado de los magistrados Francisco J. Hernando Santiago, Adela Asua Batarrita, Luis I. Ortega Álvarez y Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (nombrados por Reales Decretos 1.784 a 1.787, de 29 de diciembre de 2010). Sin embargo, pese a que la reforma, así como su peculiar y veloz tramitación, parecía integrar también un acuerdo en torno a la renovación de los magistrados elegidos por el Congreso, el pacto se ha demostrado demasiado frágil y, en todo caso, el nuevo instrumental legislativo ha sido inoperante para alcanzar la debida renovación de los magistrados que fueron nombrados por la Cámara Baja.

2. *El estado de alarma*

El largo conflicto sostenido entre los controladores aéreos frente a Aena y el Ministerio de Fomento, provocó algunas intervenciones normativas destacadas, como el Real Decreto-ley 1/2010, de 5 de febrero, por el que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo, que tuvo su prolongación en la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. Pero el colofón lo encontramos en el Real

Decreto 1.673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. Este decreto hace patente un vacío institucional que viene alegándose desde antaño, referido a la pobre regulación del derecho fundamental a la huelga. Las escasas respuestas que el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, prevé frente a la huelga ilegal, ha demostrado ser una laguna altamente perturbadora. Es claro que la regulación del servicio público de transporte aéreo había otorgado a uno de sus actores, los controladores, una capacidad de influencia superlativa, hasta el punto de estar en condiciones de poner en jaque la prestación del servicio. Situación todavía más paradójica cuando se presta directamente por una empresa pública. Evidentemente, se ha fracasado en la gestión y se impone una reforma de calado. Todo parece indicar que las correcciones irán encaminadas hacia una privatización (al respecto, se han dado los primeros pasos en el Capítulo primero del Título II, Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre), la cual, de no hacerse con atención a los riesgos para el interés general, significará trasladar la responsabilidad a los empresarios privados, o dejar latentes los problemas que condujeron a la crisis del mes de diciembre.

Centrados en el análisis del Real Decreto 1.673/2010, e intentando unir el esclarecimiento de las dudas de política-constitucional con las de validez jurídica, se atenderá a la delimitación del supuesto de hecho y a las medidas concretas que se arbitraron. La parquedad del Real Decreto obliga a una lectura pegada al debate de autorización de la declaración del estado de alarma (DSCD, núm. 210, 9 de diciembre de 2010). Así, respecto a los contornos del supuesto de hecho, el Presidente se esfuerza en fijar la necesidad de reunir poderes extraordinarios, tanto por la gravedad de la situación como por el fracaso de las actuaciones ordinarias. Subraya que el espacio aéreo se cierra «[...] como consecuencia del abandono súbito, masivo y simultáneo de sus puestos de trabajo en torres de control y aeropuertos por la mayor parte de los controladores aéreos en ese momento de servicio o llamados a incorporarse al mismo» (pág. 3); «[...] la consecuencia inmediata —debo recordar a esta Cámara— fue el colapso de los aeropuertos de nuestro país [...]», y por el modo de realización «en abierta rebeldía con el Estado de Derecho [...] suponía una afrenta al orden público constitucional y como tal había que abordarla» (pág. 5). El Presidente del Gobierno se vale de una sentencia de la Audiencia Nacional para remarcar que «[...] la negociación colectiva en fraude de ley no constituye un estado de normalidad, sino un estado de excepción permanente, que ninguna Administración responsable debe tolerar» (pág. 4). Y termina afirmando que «[...] es el momento de recordar, señorías, que las medidas adoptadas en el marco del estado de alarma han dado resultado y han conseguido lo que no había sido posible con las facultades

ordinarias del Gobierno» (pág. 5). Esas actuaciones comunes son expuestas minuciosamente en la intervención del Presidente: el Real Decreto-ley 13/2010, que pretendió fijar concretamente el modo de cuantificación de la jornada laboral de los controladores aéreos y la revisión médica inmediata; información para paliar las consecuencias del paro; el diseño de medidas alternativas de transporte; reunión con los representantes sindicales de los controladores; la intervención del fiscal provincial de Madrid, siguiendo instrucciones del fiscal general del Estado, que abrió diligencias penales ante la gravedad de los hechos por presuntos delitos de sedición de los artículos 20 y 21 de la Ley penal y procesal de la navegación aérea; y, por último, la encomienda transitoria al Ministerio de Defensa de las facultades de dirección del servicio de control del tránsito aéreo de acuerdo con el apartado 3 de la disposición adicional segunda el Real Decreto-ley 13/2010. Todo esto conduce, finalmente, a una justificación del supuesto de hecho del artículo 4.c): «[l]a Ley de 1981, señorías, reguladora de los estados excepcionales, prevé la declaración del estado de alarma en el supuesto de paralización de los servicios públicos esenciales, sin respeto a lo previsto en el artículo 28.2 de la Constitución, y específicamente cuando esa paralización implique una situación catastrófica o el desabastecimiento de productos esenciales. Ambos elementos concurrían en la situación del pasado fin de semana, tanto por el carácter esencial del transporte aéreo, no discutible, paralizado por completo en España, como por la inobservancia radical y contumaz de cuanto prevén la Constitución y el decreto-ley de relaciones laborales, huelga en servicios esenciales para la comunidad, como, en fin, por el número de ciudadanos afectados y las consecuencias resultantes para los sectores del transporte, el turismo y los servicios en España, así como para la imagen de nuestro país» (pág. 5).

La insuficiencia de las medidas ordinarias alegadas por el Gobierno trasladan el peso del análisis a las extraordinarias incorporadas por el Real Decreto. Y, en palabras del Presidente, «la conclusión es sencilla»: «el artículo 3 del Real Decreto 1.673/2010 no contempla la extensión de la jurisdicción militar a personas o hechos no comprendidos en el Código Penal Militar —como sí puede ocurrir bajo el estado de sitio—, sino la aplicación del Derecho penal, procesal y disciplinario militar a quienes, en virtud de una disposición amparada por el artículo 116.1 de la Constitución y de la Ley Orgánica 4/1981, tienen temporalmente la condición de militares a tales efectos». Parece evidente, por tanto, que los poderes extraordinarios reunidos por el Gobierno fueron simplemente la «militarización» de los controladores, que no del espacio aéreo, que siguió desempeñándose con los instrumentos técnicos y personales comunes. Es decir, las Fuerzas Armadas nunca asumieron la responsabilidad del espacio aéreo, sino

que sus prestadores civiles se sometieron al régimen militar, conclusión que a la luz del artículo 117.5 de la Constitución no resulta demasiado «sencilla».

Es la del Presidente una interpretación singular de los poderes extraordinarios del artículo 9 de la Ley Orgánica 4/1981, mucho más cercana a las posibilidades que ofrece el artículo 35 para el estado de sitio. Por lo demás, poco sentido parece tener el recurso al derecho militar cuando su eficacia decae tan pronto como tenga fin el estado de alarma (art. 1.3). Y también plantea interrogantes la movilización de quienes realmente tendrían que desempeñar los puestos de trabajo de forma ordinaria. En definitiva, todas estas dudas seguramente surgen porque se utilizó el estado de alarma para tratar un fenómeno extraño a su finalidad. Sea como fuere, el primer intento de ceñir los límites jurídicos de la declaración del estado de alarma ha sido frenado por el Tribunal Supremo al inadmitir mediante el auto de 10 de febrero de 2011 el recurso contencioso-administrativo presentado contra el Real Decreto por la Unión Sindical de Controladores Aéreos. Según el Tribunal Supremo, carece de jurisdicción desde el momento que el Congreso de los Diputados ha autorizado la prórroga, y por ello afirma en el fundamento jurídico cuarto que «[l]a conclusión final tiene que ser, pues, que esa decisión asumida por la Cámara no es una actuación administrativa que pueda ser controlada por este orden contencioso-administrativo: porque está fuera del genérico ámbito delimitado para el control jurisdiccional en el artículo 106.1 CE, y tampoco tiene encaje dentro del concreto ámbito de conocimiento que para la jurisdicción contencioso-administrativa delimitan los artículos 1 y 2 de la LJCA».

A estas alturas difícilmente ha de discutirse la adecuación de las medidas extraordinarias para reponer el servicio, por más que su proporcionalidad suscite interrogantes serios. Curiosamente, no fue ésta la posición del Gobierno, que antes del vencimiento del plazo solicitó una prórroga hasta el 15 de enero «[...] porque las circunstancias que generaron la declaración del estado de alarma aún no han sido superadas, persisten problemas que no han podido ser resueltos todavía y la recuperación de la normalidad en la navegación aérea ni es total ni está plenamente garantizada» (intervención del Ministro de la Presidencia, pág. 3, DSCD, núm. 214). La afirmación citada se sostiene sobre los procedimientos sancionadores abiertos y, lo que es todavía más llamativo, en atención a «[...] que la sociedad no ha recuperado una percepción de normalidad en el tráfico aéreo [...]», o a la subsistencia de las «causas subyacentes que provocaron el chantaje» (pág. 3), para concluir, y quizá aquí esté el verdadero argumento «[e]n nuestro caso, los riesgos se multiplican y una situación semejante a la sufrida a primeros de diciembre sería realmente catastrófica» (pág. 3). Es, por tanto, el riesgo, la razón última que promueve la decisión

gubernamental de prorrogar el estado de alarma. Pese a que la prórroga sería concedida por la Cámara, la fragilidad de la argumentación que sostuvo la solicitud encontró duras críticas. Es el caso, por ejemplo, del Grupo Popular, que acusó al Gobierno de «[...] convertir el primer estado de alarma de nuestra democracia en un mero trámite administrativo» y afirmó que «[...] el gobierno ha perdido la capacidad, la autoridad y el tiempo, para resolver este conflicto dentro de la normalidad constitucional» (pág. 5). El señor Ridao, de Esquerra Republicana afirmaría que el Gobierno adopta «[...] una medida además harto dudosa desde el punto de vista constitucional [...] El único argumento real pero no explícito, señorías, que tiene este Gobierno es que no sabe qué hacer para evitar una nueva huelga salvaje» (pág. 10). El señor Llamazares, de Izquierda Unida, declararía tajantemente «[p]ero en estos momentos el Gobierno no tiene base legal para lo que piensa decidir en el día de hoy» (pág. 11). Jorquera Salas sostuvo que «[h]abiendo terminado lo que el decreto llama calamidad, restablecida la normalidad, no se puede prorrogar el estado de alarma confiriéndole un carácter preventivo que nada tiene que ver con la letra ni con el espíritu de la ley (pág. 11). Sin que falte el recurso a los clásicos, como en el caso de la señora Díaz González que declaró «[...] Carl Schmitt, un insigne jurista alemán, decía que es soberano quien decide sobre el estado de excepción —cierro la cita—. Me temo que alguno de ustedes lo ha leído y está jugando a ser soberano a través de la excepcionalidad del estado de alarma, ya que han fracasado gobernando en este país». Con más moderación se anunció un último apoyo al estado de alarma (el representante del grupo parlamentario de Convergencia i Unió, pág. 7). Y quizá sirve para resumir la dificultad del problema, la reflexión del representante del Grupo Vasco: «Hay que reconocer que, si estuviéramos ante un debate teórico, retórico y académico, sería prácticamente imposible concluir de manera definitiva, y por supuesto aceptada por todos, si, después de la aparentemente manifiesta normalidad que tras el estado de alarma ha vuelto a la navegación aérea española con el regreso de los controladores bajo autoridad militar a sus puestos de trabajo, sigue siendo necesario o no continuar con el estado de alarma. Eso vale para un debate teórico y retórico, pero es evidente que no estamos ante un debate académico. Estamos, como corresponde a un Ejecutivo, y hoy también a este Legislativo, ante la necesidad de tomar decisiones y de hacerlo, como siempre, en el claroscuro en el que toca tomar decisiones [...]» (pág. 9).

RESUMEN

Esta crónica analiza los principales acontecimientos políticos y legislativos del 2010. La tesis principal es que en este año se hace evidente un cambio en la programa del Gobierno Rodríguez Zapatero, centrado ahora en el desarrollo de la estrategia de economía sostenible. No obstante, aún se perciben elementos destacados de una línea anterior en la que se intentó ampliar los derechos ciudadanos, donde destaca el reconocimiento del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo o una nueva ley de comunicación audiovisual. Finalmente, se atiende a la renovación del Tribunal Constitucional y el estado de alarma que reflejan ciertos déficit institucionales.

PALABRAS CLAVES: estrategia de economía sostenible; derechos civiles; interrupción del embarazo; audiovisual; renovación del Tribunal Constitucional; estado de alarma.

ABSTRACT

This chronicle goes through the main political and legislative events of the 2010. The central thesis is that in this year the Government undertook a deep change in its political program, moving now to the development of the so called sustainable economic strategy. However, last year offered as well examples of the old trend, like, for example, the recognition of the right to abort or a new audiovisual legislation. Finally, the paper takes a look to the nomination of the new Constitutional Court members and to the alert circumstances produced by an illegal strike.

KEY WORDS: sustanaible economic strategy, civil rights, abortion, audiovisual, new members of the Constitutional court, state of alarm.

