



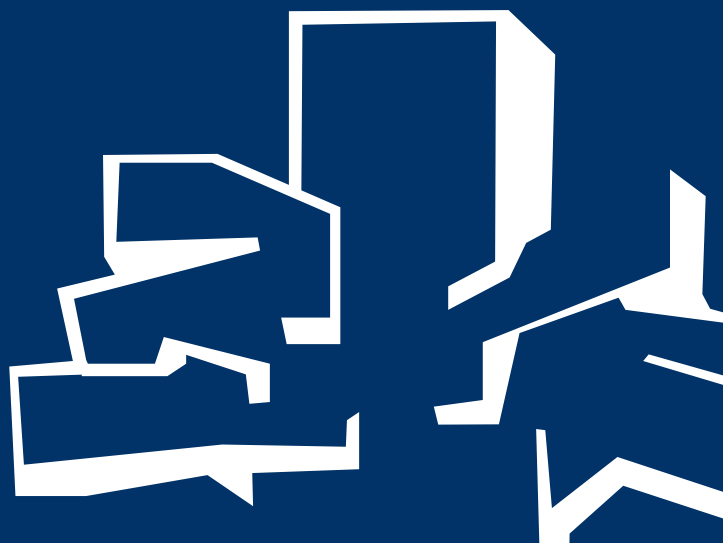
1

AÑO / URTEA 2020
ISSN 2660-650X

LEG
♦AL

LEGE BILTZARREKO
♦ALDIZKARIA

REVISTA DEL
PARLAMENTO VASCO



LEG AL

1 / 2020. ISSN 2660-650X

OHOREZKO-KONTSEILUA: EUSKO LEGEBILTZARREKO MAHAIA CONSEJO DE HONOR: MESA DEL PARLAMENTAO VASCO

LEHENDAKARIA / PRESIDENTA: Bakartxo Tejeria Otermin

LEHEN LEHENDAKARIORDEA / VICEPRESIDENTE PRIMERO: Txarli Prieto San Vicente

BIGARREN LEHENDAKARIORDEA / VICEPRESIDENTA SEGUNDA: Eba Blanco de Angulo

LEHEN IDAZKARIA / SECRETARIO PRIMERO: Iñigo Iturrate Ibarra

BIGARREN IDAZKARIA / SECRETARIO SEGUNDO: Gustavo Angulo García

ERREDAKZIO-KONTSEILUA / CONSEJO DE REDACCIÓN:

ZUZENDARIA / DIRECTOR: Andoni Iturbe Mach

ERREDAKZIO ZUZENDARIA / DIRECTORA DE REDACCIÓN: Montserrat Auzmendi del Solar

ERREDAKZIO KOORDINATZAILEA / COORDINADORA DE REDACCIÓN: Charo Valverde Tejedor

KONTSEILUKIDEAK / VOCALES: Arantza Andueza Gorosabel, Paloma Biglino Campos, Santiago Larrazabal Basañez, Eduardo Mancisidor Artaraz, Ángel Serrano Chamizo, Maite Zelaia Garagarza

AHOLKU-KONTSEILUA / CONSEJO ASESOR:

Agüeras Angulo, Carmen

Álvarez García, Vicente

Álvarez Vélez, María Isabel

Andrés Sáenz de Santa María, M^a Paz

Apellániz Barrio, Jorge

Arce Janáriz, Alberto

Bullain López, Iñigo

Caamaño Domínguez, Francisco

Cámara Villar, Gregorio

Carmona Contreras, Ana María

Castellá Andreu, Josep María

Cauero Gómez, Manuel

Cobrerros Mendazona, Edorta

Corchete Martín, María José

Doménech Alegre, Silvia

Elvira Perales, Ascensión

Fdez de Simón Bermejo, Encarnación

Fernández Rodríguez, José Julio

Fossas Espalder, Enric

García Escudero, Piedad

García Guerrero, José Luis

García Roca, Javier

Goizueta Vertiz, Juana María

González Pascual, María Isabel

Iglesias Machado, Salvador

Jiménez Asensio, Rafael

López Basaguren, Alberto

Luppo, Nicola

Marañón Gómez, Raquel

Matía Portilla, Edmundo

Munar i Pascual, Esperança

Nohlen, Dieter

Ortega Santiago, Carlos

Pulido Quecedo, Manuel

Queralt Jimenez, Argelia

Revenga Sánchez, Miguel

Ridao Martín, Joan

Ridaura Martínez, María Josefa

Ripollés Serrano, María Rosa

Sanz Pérez, Ángel Luis

Sarmiento Méndez, Xosé Antón

Tajadura Tejada, Javier María

Visiedo Mazón, Francisco J.



ZENBAKI HONETAKO EGILEAK COLABORAN EN ESTE NÚMERO

MANUEL ALBA NAVARRO. Letrado de las Cortes Generales

JOXERRAMON BENGOETXEA CABALLERO. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

MARC CARRILLO LÓPEZ. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra

ESTHER SEIJAS VILLADANGOS. Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de León

ANTONI BAYONA I ROCAMORA. Letrado del Parlamento de Cataluña

ESTEBAN GRECIET GARCÍA. Letrado de la Asamblea de Madrid

ADAM KRZYWOŃ. Universidad de Varsovia. German Research Institute for Public Administration (FÖV), Speyer

ALBERTO FIGUEROA LARAUDOGOITIA. Ex letrado mayor del Parlamento Vasco

JOAN RIDAO MARTÍN. Profesor Titular (a) de Derecho Constitucional. Letrado mayor del Parlamento de Cataluña

CARLOS GARAIKOETXEA URRIZA. Lehendakari del Gobierno Vasco (1980-1985)

MAR ANTONINO DE LA CÁMARA. Universidad Autónoma de Madrid

ANDRÉS IVÁN DUEÑAS CASTRILLO. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid

ZELAI NIKOLAS EZKURDIA. Letrada del Parlamento Vasco

LEGAL aldizkaria ez da nahitaez identifikatzen argitalpen honen egileek adierazitako edukiekin eta iritziekin.

La revista LEGAL no se identifica necesariamente con los contenidos y las opiniones expresadas por los diferentes autores y autoras de esta publicación.

Legebiltzarreko Aldizkariaren edukiak sarbide irekian daude <http://legal.legbiltzarra.eus> helbidean, Creative Commons Aitortu-EzKomerziala-LanEratorririkGabe 4.0 Nazioartekoa lizentziapean. Erabiltzaileek artikuluetako testu osoak irakurri, deskargatu, kopiatu, banatu, inprimatu, bilatu edo lotu ditzakete, edo legezko beste edozein helburutarako erabili, editorearen edo egileen alde aurreko baimenik eskatu gabe. Erreproduzio eta banaketari dagokionez, muga bakarra testuak behar bezala errekonozitzea eta aipatzea da.

Todos los contenidos de la Revista del Parlamento Vasco LEGAL están disponibles en acceso abierto a través de <http://legal.legbiltzarra.eus> bajo la Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional. Las personas usuarias pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir, buscar o vincular los textos completos de los artículos, o utilizarlos para cualquier otro propósito legal, sin pedir permiso previo del editor o de sus autores. La única limitación en cuanto a reproducción y distribución es la del reconocimiento y citación adecuada de los textos.



SUMARIO / AURKIBIDEA

- 006** Saludo de la presidenta del Parlamento Vasco /
Eusko Legebiltzarreko lehendakariaren agurra
- 008** Presentación de la revista / Aldizkariaren aurkezpena

ESTUDIOS / AZTERLANAK

- 012** Sistema electoral, investidura y moción de censura: tres ejemplos de flexibilidad constitucional y de arbitramento doctrinal
MANUEL ALBA NAVARRO
- 040** Giza Eskubideen Europako Itunaren 16. Protokoloa: “arrakastaz ez hiltzea” helburu
JOXERRAMON BENGOETXEA CABALLERO
- 060** Derecho de excepción y garantía de los derechos en tiempos de pandemia
MARC CARRILLO LÓPEZ
- 094** La senda hacia un federalismo legislativo desde unos parlamentos autonómicos en red
ESTHER SEIJAS VILLADANGOS

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA / JURISPRUDENTZIARI BURUZKO IRUZKINAK

- 130** Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2019 (caso Oriol Junqueras)
ANTONI BAYONA I ROCAMORA
- 142** Los diputados no adscritos en el laberinto: comentario a la STC 159/2019, de 12 de diciembre
ESTEBAN GRECIET GARCÍA
- 164** La justicia europea contra la reducción arbitraria de la edad de jubilación de los jueces. Comentario a la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia*, C-619/18
ADAM KRZYWOŃ

INFORMES JURÍDICOS / TXOSTEN JURIDIKOAK

- 176** Informe jurídico sobre el control externo del presupuesto parlamentario. (Parlamento Vasco 12.02.1996)
ALBERTO FIGUEROA LARAUDOGOITIA
- 190** Informe de los Servicios Jurídicos del Parlamento de Cataluña sobre los efectos del Acuerdo de la Junta Electoral Central 2/2020, relativo a la “inelegibilidad sobrevenida” del diputado Joaquim Torra i Pla (19.12.2019)
JOAN RIDAO MARTÍN

DOCUMENTOS / DOKUMENTUAK

- 226** Comparecencia de Carlos Garaikoetxea Urriza en la Comisión Especial sobre Autogobierno del Parlamento Vasco (27.2.2002)

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA / ATAL BIBLIOGRAFIKOA

- 256** Solozábal Echevarría, J. J. (2019). *Pensamiento federal español y otros estudios autonómicos*. Madrid: Iustel
MAR ANTONINO DE LA CÁMARA
- 260** Carmona Garias, S. (2019). *Democracia y gobierno abierto: una nueva cultura administrativa*. Madrid: McGraw-Hill
ANDRÉS IVÁN DUEÑAS CASTRILLO
- 264** Alonso García, M. N. (2019). *Retos jurídico-políticos de las funciones parlamentarias y los novedosos instrumentos de participación en la democracia del siglo XXI*. Madrid: Dykinson
ZELAI NIKOLAS EZKURDIA

EUSKO LEGEBILTZARREKO LEHENDAKARIAREN AGURRA



EUSKO LEGEBILTZARRA
PARLAMENTO VASCO

LEGEBILTZARREN ZERBITZURA

Bakartxo Tejeria Otermin

Eusko Legebiltzarreko lehendakaria

Legebiltzarreko Aldizkaria, LEGAL berriketari digitala Eusko Legebiltzarrak zuzenbide arloen hausnarketara zuzendutako egitasmoa da. Begi bistan duzu lehen alea. Eusko Legebiltzarreko Azterlanen Zuzendaritzak bul-tzatutako *LEGAL* aldizkaria, Eusko Legebiltzarrak bere 40. urteurrena betetzen duen urtean sortu da, 2020an, eta argia ikusi du COVID pandemiak Euskal Herria eta mundu osoa kolpatu duen une eta garaian.

Ez da kasualitatea izan Legebiltzarraren 40. urteurrenaren inguruan sustatzea jarduera parlamentarioarekin lotura duten arlo juridikoetan hausnarketa eta ikerketa eragitea helburu duen aldizkari berri hau, bat baitator egindako ibilbidearekin eta horren emaitza baita. Era berean ez da kasualitatez gertatu formatu elektronikoa soilik sortzea agerkari berria, hori baita aldizkari hauen oraina eta, bereziki, geroa.

Zuzenbide parlamentarioa eta bizitza parlamentarioan eragina duten gaiak izango dira aldizkari honen bizkar-hezurra eta enbor nagusia; horregatik, eta ezta-

baida parlamentarioan duten eragina kontuan izanda, Zuzenbide konstituzionala, administratiboa eta oro har Zuzenbide publikoaren arloko gaiak tokia izango dute agerkari honetan.

Azterlanak, legeriari eta jurisprudentiari buruzko iruzkinak eta gogoetak, Eusko Legebiltzarrak eta bes-telako ganbara legegileek egindako txosten juridikoak, Legebiltzarrean izandako agerraldietan egindako ekar-penak eta azken hilabeteetan argitaratutako bibliogra-fiari buruzko aipamenak izango dira *Legal* aldizkariaren osagaiak.

Hemen duzuen aldizkariaren lehen alea, bere edu-kiek, azaltzen dute ezer baino hobe agerkari hau dena eta izan nahi duena: Eusko Legebiltzarraren eta parla-mentuen zerbitzura jarritako gogoetarako eta zabalpe-nerako tresna berri bat. ♦

SALUDO DE LA PRESIDENTA DEL PARLAMENTO VASCO



EUSKO LEGEBILTZARRA
PARLAMENTO VASCO

AL SERVICIO DE LOS PARLAMENTOS

Bakartxo Tejeria Otermin

Presidenta del Parlamento Vasco

Legebiltzarreko Aldizkaria-LEGAL-Revista del Parlamento Vasco, es un medio digital creado por el Parlamento Vasco para fomentar la reflexión en el ámbito del derecho. Tiene ante sí el primer ejemplar de la revista digital promovida por la Dirección de Estudios del Parlamento Vasco que surge en el contexto del 40 aniversario de la Cámara vasca, conmemorado este 2020 y ve la luz en un tiempo en que Euskal Herria y el mundo sufrimos la pandemia de la COVID.

No ha sido casual que en torno al 40 aniversario del Parlamento se promueva esta nueva revista que pretende generar reflexión e investigación en los ámbitos jurídicos relacionados con la actividad parlamentaria, siendo, como es, consecuencia de esa trayectoria. Tampoco ha ocurrido por casualidad que la revista se publique exclusivamente en formato electrónico, algo que representa el presente, pero sobre todo el futuro.

El Derecho parlamentario y los asuntos que afectan a la vida parlamentaria constituirán la columna verte-

bral y el tronco principal de esta revista, por lo que, y dada su incidencia en el debate parlamentario, los temas de Derecho constitucional, administrativo y de Derecho público en general también tendrán cabida en esta publicación.

Estudios, comentarios y reflexiones sobre legislación y jurisprudencia, informes jurídicos realizados por el Parlamento Vasco y otras cámaras legislativas, aportaciones realizadas en comparencias parlamentarias y referencias a la bibliografía publicada en los últimos meses serán los ingredientes de la revista *LEGAL*.

El primer número que tienen aquí, sus contenidos, explican mejor que nada lo que es y pretende ser esta publicación: una nueva herramienta de reflexión y difusión puesta al servicio del Parlamento Vasco y de todas las Cámaras legislativas. ♦

AURKEZPENA

Montserrat Auzmendi del Solar

Erredakzio zuzendaria

LEGAL-Legebiltzarreko Aldizkaria gure Ganberako Azterlanen Zuzendaritzaren baitako hausnarketa batetik sortu zen, ondorioztatu baitzen beharrezkoa zela aldizkako argitalpen digital bat egitea, kalitate gorenekoa eta zehaztasun zientifikoduna, haren bitartez zerbitzatu asmo den gizartearekiko lotura bat sortuz.

Argitalpen horren helburua da zuzenbide parlamentarioaren arloko edo batzar legegileentzat interesgarriak diren edozein ikuspuntu juridikotako lan originalak zabaltzea, Euskal Autonomia Erkidegoko bi hizkuntza ofizialetan –euskara eta gaztelania, alegia– eta, orobat, ohiko elkartruke zientifikoko beste hizkuntzetan. Bestalde, sarbide askeko aldizkaria da, doakoa, inolako oztoporik gabe gizartera heldu asmo duena. Baina, hasiera-hasieratik argi izan genuen ez zuela izan behar beste aldizkariaren modukoa. Asmo handiagoko helburuak dauzkagu: alde batetik, mundu akademikoarekiko lotura egonkor bat sortzea, haren kideek Eusko Legebiltzarraren ekimen honetan erreferentziako argitalpen bat aurki dezaten beren lanak zabaltzeko; bestetik, eztabaida parlamentarioa bera aberasteko baliagarri

izan daitezkeen analisi eta hausnarketa eragitea, gure asmoa baita LEGAL aldizkariaren edukiek bizitza parlamentarioaren kalitatea eta sakontasuna handitzea.

Esan dezakegu, neurri batean, helburu horiek betetzen ari direla lehen ale honetatik bertatik, izan ere, aldizkariaren erredakzio-kontseiluko eta aholku-kontseiluko jurista nabarmenen lankidetzak baldintzarik gabekoa eta irmoa izan da. Halaber, lehen zenbaki hau osatzen duten lanen egileek ez zuten zalantza-izpirik izan aldizkariarekin lankidetzan aritzeko gonbidapena onartzean.

LEGAL aldizkariaren lehen alea nolabait kalifikatu beharko bagenu, esango genuke funtsezko gaiez betetako zenbakia dela. Izan ere, aztergai ditu, esate baterako, azken urteetako bizitza parlamentarioaren bilakaera Manuel Albaren eskutik; Europako eremuan giza eskubideen babesaren defentsa Joxerramon Bengoetxearen arabera; eskubideen egoera pandemia-garaian Marc Carrilloren ikuspegitik edo federalismoaren ikuspegi parlamentarioa Esther Seijasen hitzetan. Gaurkotasan handiko gaiak dira, beren egileen ikuspegi pertsonala jaso dutenak.

Aipatutako azterlanez gain, aldizkariak antzeko argitalpenetan ohikoak diren atalak ere badauzka, esaterako, jurisprudenzia-iruzkinak edo erreseina bibliografikoak, bai eta antzeko aldizkarietatik bereizten gaituztenak ere, hots, agiri parlamentarioak eta txosten juridikoak. Horietako lehenengoan, gure ondare parlamentarioa osatzen duten agiriak eskaintzen ditugu, gure ustez, herritarrek eskura izateko modukoak direnak. Oraingo honetan, Carlos Garaikoetxea lehendakariaren 2002. urteko agerraldi interesgarri bat sartu dugu, hark atsegin handiz idatzitako sarrera duena. Txosten juridikoen atalean, gure Ganberaren edo beste batzar legegileen txostenak sartuko ditugu, beren garrantziagatik interes berezia dutenak. Lehen zenbakian aurkituko dituzue Alberto Figuroa Eusko Legebiltzarreko legelari nagusi ohiak bere garaian egindako txosten bat eta Joan Ridaok, Kataluniako Parlamentuko egungo legelari nagusiak, egindako beste bat, biak ala biak beren egileek egindako hitzaurreak dituztela.

Aurkezpen hau amaituko dut argitalpen honek argia ikustea ahalbidetu duten guztiei eskerrak emanez.

Lehenik, Eusko Legebiltzarreko Mahaiari, egitasmo hau gauzatzeko erraztasun guztiak eman dizkigulako. Eskerrak eman nahi dizkiot, halaber, erredakzio-kontseiluari egindako lanagatik, bere aholku burutsuengatik eta izandako pazientziagatik; bai eta aholku-batzordeari ere, eta bereziki artikuluak berrikusi dituzten aholku-batzordeko kideei. Azkenik, Legebiltzarreko lantalde teknikoari, gogo biziz eta arduraz aritu baita lanean, bizi dugun pandemia-egoerak berekin ekarri dituen zailtasunak gorabehera; izan ere, benetan, orduak eta arima jarri dituzte egitasmo honetan. Bestalde, Ganberako itzultzaile- eta zuzentzaile-taldea ere biziki aritu da elkarlanean azken emaitza kalitatetik handienekoa izan dadin.

LEGAL aldizkaria posible egin duten pertsona guztien izenean, espero dut haren edukiak erabilgarriak izango direla bertan aztertzen diren gaietan interesa duten pertsonentzat. Gehitu nahiko nuke, halaber, eskertu egingo genukeela irakurleak animatuko balira aldizkaria irakurtzera ez ezik, baita ere gure aldizkariarekin sustatu nahi dugun eztabaidarako ekarpen zientifikoak guri bidaltzera. ♦

PRESENTACIÓN

Montserrat Auzmendi del Solar

Directora de Redacción

La *Revista del Parlamento Vasco-LEGAL-legebiltzarreko Aldizkaria* nace tras una reflexión en el seno de la Dirección de Estudios de nuestra Cámara, que llegó a la conclusión de que era necesaria una publicación digital periódica, de máxima calidad y rigor científico, creando a través de ella un nexo con la sociedad, a la que pretende servir.

Se trata de una publicación que tiene como objeto la difusión de trabajos originales en materia de derecho parlamentario o con cualquier otro enfoque jurídico de interés para las asambleas legislativas, en la dos lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma de Euskadi —es decir, euskera y castellano—, además de en otras lenguas de intercambio científico habitual. Por otra parte, es una revista de libre acceso, gratuita, que pretende llegar a la sociedad sin cortapisas de ningún tipo. Pero, desde un primer momento, tuvimos claro que no debía tratarse de una revista más. Tenemos objetivos un poco más ambiciosos: por una parte, crear un vínculo estable con el mundo académico, de manera que sus miembros encuentren en esta iniciativa del Parlamento Vasco una publicación de referencia a través de la cual puedan difundir sus trabajos; por otra, generar análisis y reflexión

que puedan servir para enriquecer el propio debate parlamentario, puesto que pretendemos que los contenidos de LEGAL reviertan en una mayor calidad y profundidad de la vida parlamentaria.

Podemos decir que, en cierta medida, estos objetivos ya se están cumpliendo desde este primer número, puesto que la colaboración en él por parte de destacados juristas que forma parte del consejo de redacción y del consejo asesor de la revista ha sido incondicional y decidida. Asimismo, los autores y autoras de los trabajos que conforman este primer número no dudaron ni un segundo a la hora de aceptar la invitación para colaborar en el mismo.

Si tuviéramos que calificar de algún modo esta primera entrega de LEGAL, diríamos que se trata de un número cargado de temas nucleares: cuestiones como el devenir de la vida parlamentaria de los últimos años, materia abordada por Manuel Alba, las novedades en materia de protección de los derechos humanos en el ámbito europeo, a cargo de Joxerramon Bengoetxea, la situación de los derechos en tiempos de pandemia, según la visión de Marc Carrillo o la perspectiva parlamentaria del federalismo, tratada por Esther Seijas, son te-

mas de actualidad que han recibido una visión personal por parte de los autores.

Además de los estudios mencionados, la revista contiene secciones habituales en otras publicaciones similares, como los comentarios jurisprudenciales o las reseñas bibliográficas, pero también cuenta con apartados que nos diferencian de otras revistas semejantes: documentos parlamentarios e informes jurídicos. En el primero de ellos ofrecemos documentación que forma parte de nuestro acervo parlamentario y que entendemos merece ser puesto a disposición de la ciudadanía. En esta ocasión hemos incluido una interesante comparecencia del año 2002 del lehendakari Carlos Garaikoetxea, quien ha tenido la amabilidad de escribir una introducción a la misma. En el apartado de informes jurídicos incluiremos informes de nuestra Cámara o de otras asambleas legislativas, que por su alcance presentan un especial interés. En el primer número encontraréis un informe elaborado en su momento por Alberto Figueroa, exletrado mayor del Parlamento Vasco, así como un informe de Joan Ridaó, actual letrado mayor del Parlament de Catalunya, ambos precedidos de sendos prólogos a cargo de los propios autores.

Concluyo esta presentación con el agradecimiento a todos y todas las que han hecho posible que esta publicación vea la luz. En primer lugar, a la Mesa del Parlamento Vasco, que nos ha dado todas las facilidades para que el proyecto cristalice. También agradezco al consejo de redacción su trabajo, sus consejos tan sabios y su paciencia, así como al consejo asesor, y especialmente a los miembros del mismo que han llevado a cabo la revisión de los artículos. Por último, debo agradecer al equipo técnico del Parlamento que ha trabajado con entusiasmo y dedicación, a pesar de las dificultades que ha supuesto la situación de pandemia que estamos viviendo; ha puesto, de verdad, horas y alma en este proyecto. Por otra parte, el equipo de redactoras y traductoras de la Cámara ha colaborado intensamente para que el resultado final sea de máxima calidad.

En nombre de todas las personas que han hecho posible la revista LEGAL, espero que sus contenidos puedan resultar de utilidad para todos aquellos y aquellas que estén interesadas en los asuntos que se abordan en ella. Me gustaría añadir que agradeceríamos que se animasen no solamente a leerla, sino a enviarnos también sus propias aportaciones científicas al debate que, en definitiva, pretendemos suscitar con nuestra Revista. ♦

SISTEMA ELECTORAL, INVESTIDURA Y MOCIÓN DE CENSURA: TRES EJEMPLOS DE FLEXIBILIDAD CONSTITUCIONAL Y DE ARBITRISMO DOCTRINAL

ELECTORAL SYSTEM, CONFIDENCE AND NO-CONFIDENCE VOTE: THREE EXAMPLES OF CONSTITUTIONAL FLEXIBILITY AND DOCTRINAL ARBITRISM

Manuel Alba Navarro

Cortes Generales

Cómo citar / Nola aipatu: Alba Navarro, M. (2020). Sistema electoral, investidura y moción de censura: tres ejemplos de flexibilidad constitucional y de arbitrio doctrinal. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, (1):12-39. <https://doi.org/10.47984/legal.2020.001>



RESUMEN

Los cambios acaecidos en el sistema político español desde 2015 han afectado a su sistema de partidos, el cual ha cambiado sustancialmente. Ha quedado demostrada la versatilidad de la Constitución de 1978 y de su régimen electoral para permitir la transformación del sistema y, a la vez, hacer frente a la inestabilidad política. Sin embargo, estos cambios han disparado las propuestas doctrinales de reformas en este ámbito, desaconsejables en su inmensa mayoría.

PALABRAS CLAVE

Constitución, sistema electoral, sistema de partidos, ley electoral, reforma constitucional, Gobierno, Parlamento, investidura, moción de censura.

ABSTRACT

The changes that happened in Spanish political system from 2015 did affect to the parties system, which has deeply changed. The versatility of 1978 Constitution (electoral system included) has been proved in order to allow this change and, at the same time, been capable to face political instability. Nevertheless these changes have shot up reform proposals made by doctrine. Inadvisable most of them.

KEYWORDS

Constitution, Electoral system, parties system, electoral law, constitutional reform, Government, Parliament, confidence vote, no-confidence vote.

LABURPENA

Espainiako sistema politikoan 2015etik izandako aldaketek eragina izan dute haren alderdi-sisteman, eta nabarmen aldatu da sistema hori. Frogatuta geratu da 1978ko Konstituzioaren eta haren hauteskunde-arau-bidearen aldakortasuna, sistema-aldaketa ahalbidetzeko eta, aldi berean, ezegonkortasun politikoari aurre egiteko. Hala ere, aldaketa horiek asko ugaritu dituzte esparru horretako erreformarako doktrina-proposamenak. Gehienak ez dira gomendagarriak.

GAKO-HITZAK

Konstituzioa, hauteskunde-sistema, alderdien sistema, hauteskunde-legea, Konstituzioaren erreforma, Gobernua, parlamentua, inbestidura, zentsura-mozioa.

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO.
- II. LA IMPREVISTA FLEXIBILIDAD DEL SISTEMA ELECTORAL ESPAÑOL.
- III. LA TRASLACIÓN DEL “PROBLEMA” A OTROS ÁMBITOS. INVESTIDURA Y MOCIÓN DE CENSURA. EL ARBITRISMO DOCTRINAL.
- IV. CONCLUSIONES.
BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

El presente trabajo tiene objetivos muy modestos. Ni por su extensión ni por su profundidad intenta sentar premisas o conclusiones especialmente novedosas u originales. Menos aún, inapelables. Antes bien, trata de llamar la atención sobre determinados elementos de nuestro ordenamiento constitucional: el sistema electoral, el régimen de investidura del presidente del Gobierno y la moción de censura. Y lo hace desde la perspectiva que ofrecen nuestra Constitución y su sistema político más de cuarenta años después de la aprobación de aquella.

Lo que puedan tener de (relativamente) novedosas estas líneas no estriba en las materias sobre las que se centra. Tampoco en la normativa que las regula o la jurisprudencia recaída sobre ellas. De lo que se trata es de reflexionar con qué prodigiosa frecuencia el mero transcurso del tiempo desmonta con eficaz contundencia interpretaciones jurídicas que se han convertido en tendencias dominantes. En ellas, con una convicción digna de mejor causa, se extraen conclusiones a las que una visión retrospectiva les resulta bastante inmisericorde. Lo que en algún momento pudo ser cierto, hoy no lo es en absoluto. Lo llamativo del caso es que esta invalidez de las afirmaciones y predicciones doctrinales no deriva de ninguna palabra nueva emitida por el legislador, al que, como sabemos, Von Kirchman atribuía la caducidad inmediata de bibliotecas enteras. En las materias de las que me ocuparé no ha habido cambios normativos, al menos no de carácter esencial. La obsolescencia de las tesis doctrinales que expondré proviene, más bien, de que sus autores no las condicionaban al *hic et nunc* con el que la ciencia rigurosa debe actuar, sino que proclamaban su carácter general y validez incondicionada con una alegría desmedida y una confianza excesiva.

Mediante el uso de una técnica “impresionista” de brochazos sobre aspectos concretos, se pretende también llegar a la conclusión de que nuestra vigente Constitución y alguno de sus derivados más inmediatos (en este caso, el sistema electoral) son textos y regímenes mucho más abiertos y dúctiles de lo que buena parte de sus intérpretes han venido sosteniendo. Pertenezco al grupo de quienes muestran escepticismo hacia tantas propuestas de reformas tan bienintencionadas como inútiles y contraproducentes. Sin creer en la sacrosanta inmutabilidad del texto constitucional, pienso que la Constitución española de 1978 ha ido incorporando con fluidez a su tejido social a nuevas generaciones y ve desaparecer inexorablemente a otras, especialmente a aquellas que estuvieron en la génesis social y política de su aprobación.

Para que no haya malentendidos, señalo desde ya que no es mi intención efectuar un indebido ejercicio de “reparto de culpas” a quienes han mantenido posiciones que se analizarán y criticarán intelectualmente en este trabajo. Creo firmemente que en nuestro país sobramos muchos profetas del pasado. Pero también es cierto que nuestra doctrina no se caracteriza, al menos en el ámbito del derecho –que es el que conozco–, por realizar con la necesaria frecuencia una revisión de sus propias tesis. Afortunadamente, la ciencia opera con otros parámetros y transita la senda del error y el acierto.

En cambio, buena parte de los juristas desconfían de las propias normas, de su adaptabilidad y flexibilidad. Los operadores del mundo jurídico (con especial referencia al gremio académico –si se me permite, y con todo el respeto y cariño debidos–) tienden a olvidar con demasiada frecuencia y facilidad el carácter de la materia sobre la que trabajan: el derecho. Y, lo que es más contraproducente aún, el medio al que se aplica: la sociedad.

Me interesa detenerme en este último aspecto. Cuando inicié mis estudios de Derecho en la universidad preconstitucional española de mediados de los setenta del pasado siglo, tuve la fortuna inmensa de cruzarme con algunos maestros a los que nunca agradeceré suficientemente sus enseñanzas. En el caso del profesor Laporta San Miguel, fuera de todo lo que era habitual en las apolilladas cátedras de Derecho Natural, nos hizo leer relevantes textos del gran científico Mario Bunge. Desde aquel momento me quedó bastante claro que en las llamadas “ciencias sociales”, entre las que el derecho ocupa relevante lugar, el adjetivo “social” suele predominar con abrumadora frecuencia sobre el sustantivo “ciencia”. Los recientes acontecimientos vinculados a la expansión de la covid-19 en todo el mundo me han recordado, una vez más, cómo la ciencia (la auténtica) avanza entre dudas, autocuestionamientos y ejercicios infinitos de prueba y error. No hay certeza alguna hasta que se puede dar por certificado o avalado de manera irrefutable lo que se investiga. En el ámbito del derecho –también y muy especialmente en la política, todo hay que decirlo– es mucho más habitual encontrarse con afirmaciones pretendidamente inobjetables y auténticas, cuyos autores las emiten con la naturalidad de quien no piensa ni por un momento que en el futuro las cosas pueden cambiar. Es muy humano convencernos firmemente de nuestras posiciones. Pero es todavía más humano errar.

Los temas de los que me ocuparé en este artículo tienen, entre otras, una característica común. En todos ellos se ha utilizado con excesiva frecuencia la injustificada fe que muchos juristas depositan en algo que personalmente siempre pongo en duda. A saber, que la existencia de un determinado tipo de normas (en este caso, la Constitución y la Ley Electoral) predetermina y condiciona de manera casi irremediable la realidad social y política sobre la que se aplican. Es indudablemente cierto que el ordenamiento jurídico influye y condiciona las relaciones en aquellos aspectos sobre los que versa, con el añadido del empleo legítimo de la fuerza del que carecen las reglas éticas, religiosas o del trato social. Esto constituye, en última instancia, su razón de ser. Pero, como antes apunté y luego tendré oportunidad de intentar demostrar con datos evidentes, el sistema normativo ofrece múltiples posibilidades de ser aplicado a realidades cambiantes y a sociedades en permanente evolución¹.

1 ¿Acaso alguien en su sano juicio puede afirmar que era consciente desde el principio de que el artículo 32.1 CE, que determina que “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, vigente desde 1978, iba a desembocar en la aprobación de la Ley 13/2005, cuya plena constitucionalidad ratificó la STC 198/2012?

Insisto en que esto es perfectamente posible, al margen de reformas urgentes y formales de las normas a las que tanta afición muestran políticos de cualquier coloratura, con especial mención a los populistas de toda laya. Por todo ello, este trabajo versa sobre algunos ejemplos de lo que, dadas sus normas reguladoras, nunca podía pasar. Y que, por supuesto, ocurrió.

II. LA IMPREVISTA FLEXIBILIDAD DEL SISTEMA ELECTORAL ESPAÑOL

1. En ocasiones conviene recordar las obviedades. Una de ellas es que el sistema electoral es un elemento fundamental de cualquier régimen democrático. Afecta de manera esencial al funcionamiento del ordenamiento constitucional y político en su conjunto, e influye de manera determinante en el modo en que la sociedad y los propios operadores políticos conciben la realidad. Además, condiciona directamente el modo de comportarse tanto de los ciudadanos como de la impropriadamente denominada “clase política”.

En un esclarecedor artículo en el que pasa repaso al estado de la doctrina, Nohlen señala que:

Las controversias sobre sistemas electorales tienen como objeto los efectos que ejercen sobre los sistemas de partidos políticos. Esta definición, por su parte, ya es controvertida. Las controversias científicas al respecto se dirigen a las relaciones entre sistemas electorales y sistemas de partidos en general, suponiendo una relación de dependencia mutua entre ellos. En el centro se sitúa la cuestión de la causalidad y cómo se la puede abordar y declarar. En contraste, las controversias políticas tratan en primer lugar la opción entre uno u otro sistema electoral. Las respectivas fundamentaciones se deducen de diferentes consideraciones entre las que las científicas figuran generalmente como secundarias².

Aceptando que la controversia política deja muy en segundo lugar las coincidencias científicas, resulta mucho más difícil de admitir que las de índole “científica” estén exentas de contaminación política. Ya he señalado anteriormente mi sano escepticismo sobre la científicidad “social”. Señalo ahora, y pondré algún ejemplo después, cómo los investigadores y profesores no son inmunes a sus propias convicciones sobre las bondades o perversiones de un sistema electoral.

2 (Nohlen, 2013: 10).

2. Una característica común a los sistemas electorales es que, como señaló Lijphart, tienden a ser muy estables y resistentes al cambio³. Esta realidad no es casual. Tanto en su vertiente normativa como en el resto de sus manifestaciones, el núcleo duro de los sistemas electorales forma parte fundamental de la cultura política comúnmente asumida por una comunidad políticamente estructurada. El ciudadano medio puede, con relativa seguridad, describir los elementos esenciales de su sistema electoral: desde dónde ha de votar, cuál es su circunscripción, cómo ha de votar, qué es lo que está votando, etcétera. ¿Cómo explicar, si no, que la inmensa mayoría de los norteamericanos —y buena parte de los que no lo somos— sepan que las elecciones presidenciales se celebran el primer martes después del primer lunes de noviembre cada cuatro años? ¿Cómo se admitiría tan fácilmente que un candidato sea elegido presidente con tres millones menos de votos populares que su contrincante?

Solo la aceptación de que el sistema electoral tiene una estabilidad a prueba de bombas y de que las reglas “son las que son” permite entender escenarios que, de otro modo, serían absurdos o grotescos. Aún más: allí donde se han alterado con frecuencia en un corto espacio de tiempo las reglas electorales⁴ ha quedado muy claro, desde el primer momento, el carácter nada funcional o altruista de los cambios; unos cambios que, por cierto, acabaron —por aquello de la justicia poética—, volviéndose contra sus autores. Una muestra, otra más, de cómo reformas urgentes y *ad hoc* terminan siendo disfuncionales y, con frecuencia, devuelven a la casilla de salida.

La estabilidad no es un bien en sí mismo necesariamente. Pero me parece útil prevenir contra el experimentalismo antes de introducir cambios o reformas en lo que la ciudadanía entiende y comprende, por más que en ocasiones despotrique contra ello.

3. Lo anterior no empece para reconocer que la fijación de un determinado sistema electoral busca objetivos concretos y determinados. Los sistemas no son neutros, como tampoco lo son sus autores. Estos aún menos. Existen estudios y pronósticos muy ajustados sobre los resultados que se derivan del empleo de unas u otras reglas. Por ello, hay que presumir, sin posibilidad de error alguno, que nadie es benéfico, neutral o desinteresado cuando se trata de articular un sistema electoral. De ahí se deriva, a mi entender, otro desiderátum: la aprobación del sistema electoral de un país debe contar con un apoyo político y social muy amplio. Más extenso, si cabe, que la deseable convergencia que debe aplicarse a la inmensa mayoría de cuestiones. Allí donde los sistemas electorales oscilan y cambian en función de mayorías transitorias, accidentales o coyunturales, la sospecha se torna tan legítima como generalmente acertada.

3 (Nohlen, 2013: 29).

4 El ejemplo de las reformas electorales impulsadas por el presidente Mitterrand en Francia en 1985, basadas en exclusivos intereses personales o partidarios, es un caso tan paradigmático como el famoso *porcellum* de Berlusconi en 2005 con su prima de mayoría.

A la estabilidad de la normativa electoral contribuye sobremanera la proclividad a no cambiarla por parte de quienes han sido capaces de ganar unos comicios celebrados bajo su amparo. Lógico.

4. El sistema electoral español tiene tres hitos básicos:

- El Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales.
- La Constitución española de 1978, señaladamente sus artículos 68 y 69.
- La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG).

A lo cual hay que sumarle, lógicamente, las diferentes regulaciones de ámbito autonómico contenidas en sus leyes reguladoras, con la llamativa excepción de Cataluña.

Si bien es cierto que la LOREG ha tenido múltiples reformas⁵ es indiscutible que la continuidad y la estabilidad constituyen los rasgos esenciales de la normativa electoral española.

El Real Decreto-ley de 1977⁶ marca unas líneas de las que poco se despegarán las normas que vienen a completarlo o sustituirlo. Si el éxito de un sistema electoral puede medirse por la consecución de los resultados políticos que sus autores deseaban alcanzar, puede afirmarse, sin ningún género de duda, que el modelo resultó triunfal. Tanto que, dejando de lado algunos aspectos puramente transicionales –como los senadores de designación real–, los artículos 68 y 69 de la Constitución consagran y refuerzan, con el valor propio de su rango, las características esenciales del sistema. No le correspondía a la Constitución desarrollar *in extenso* un concreto modelo de sistema electoral y no lo hizo, traspasando a la Ley Electoral su regulación. Fijó, eso sí, los elementos nucleares: proporcionalidad para el Congreso, sistema mixto y mayoritario para el Senado, etcétera. Al no apartarse de lo que era una norma preconstitucional, el modelo quedó legitimado con la ratificación de la Constitución.

Siete años después, la LOREG vendría a perfeccionar, extender y consolidar el régimen electoral pero sin alterar ninguno de sus aspectos estructurales⁷. Y así, veintidós reformas después, hasta el día de hoy.

No es el objetivo de este texto –no hace falta explicar por qué– analizar en profundidad las virtudes y los defectos de nuestro sistema electoral. Sí quiero, por el contrario, afirmar que las críticas políticas y científicas que “inevitablemente” iban asociadas al sistema electoral español han quedado desmentidas por la realidad, al menos en una parte muy significativa. Con datos y números.

5 Hasta veintidós. Muchas de ellas son manifiestamente innecesarias o mejorables, cuando no contraproducentes. Eso sin contar con la doctrina del Tribunal Constitucional recaída sobre la ley tanto a través de recursos de inconstitucionalidad o amparo como mediante el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad.

6 Cuya génesis se encuentra sintéticamente expuesta en Torres del Moral, (2009: 59 y siguientes).

7 Llama la atención que, después de un rodaje de ocho años de los efectos del sistema creado en 1977, el texto final de la LOREG sólo tuviera dos abstenciones y dos votos en blanco. Demostración palpable, por cierto, de lo anteriormente afirmado sobre la bondad del consenso en la aprobación de las leyes electorales. Eso sí, el listón quedó muy alto.

5. La doctrina que se ha ocupado de analizar el sistema electoral español ha sido, en términos generales, coincidente en señalar que sus resultados políticos, en especial el sistema de partidos, eran consecuencia ineluctable de los parámetros de aquel. En este pensamiento les han acompañado siempre aquellos partidos y formaciones que se creían claramente perjudicados por el sistema vigente⁸.

Las tesis principales estriban en que un sistema con numerosas circunscripciones de escaso tamaño en cuanto al número de escaños a repartir, unido a un sistema de listas cerradas y bloqueadas y la aplicación de la regla D´Hondt abocan inexorablemente a un bipartidismo que, en el mejor de los casos, podía ser imperfecto. También ha sido una letanía compartida afirmar que el sistema empuja decisivamente al elector hacia el llamado “voto útil”, inclinándole hacia una de las fuerzas mayoritarias, bien sea en la modalidad del voto positivo o en la vertiente del sufragio negativo contra aquel partido cuya llegada al Gobierno no se desea.

Dentro de la ingente producción doctrinal que podría traerse a colación, y que desbordaría de por sí un trabajo de estas dimensiones, me quedo con el interesante artículo que el profesor Torres del Moral publicó el año 2009. En un año tan cercano al actual en términos de secuencia histórica, el autor, tras analizar con precisión y rigor la génesis del sistema electoral y bajo el expresivo rótulo de “El inencontrable pluripartidismo del sistema político nacional”, concluye que:

Si una tendencia se observa en el elector español es la de ir concentrando sus votos en unos pocos partidos, justo los que puedan formar Gobierno o puedan ayudar a ello, o, en fin, puedan oponerse con eficacia y perspectivas de alternancia política. Del resto se encarga el propio sistema con la prima electoral que otorga a unos y la penalización que impone a otros⁹.

Es ventajista y, por tanto, poco justo aplicar sin más el sesgo retrospectivo a una afirmación efectuada al principio de la gran recesión, que comienza en 2008. Que en ese momento se apreciara esa tendencia es una opinión perfectamente asumible. Lo que desde luego no era cierto —a mi entender, ni entonces ni ahora— es que la concentración sea una consecuencia del sistema. El propio autor admite que la dicotomía entre el buen pluripartidismo (moderado) y el mal bipartidismo (artificial) es una tesis interesada. Eso no le impide insistir en la atribución de estos efectos al sistema electoral¹⁰.

A mediados de 2020, cuando se escriben estas líneas, el núcleo estructural de la LOREG permanece intacto en lo que se refiere a los parámetros esenciales del sistema

8 Señaladamente el Partido Comunista y luego Izquierda Unida. Pero, con diferentes grados de intensidad, puede afirmarse lo mismo del CDS, UPyD y tantos y tantos cadáveres más o menos exquisitos de la política nacional.

9 (Torres del Moral, 2009:73). Tesis reiterada explícitamente en la página 78 del mismo trabajo donde añade al respecto que “Y, acaso de una manera sorprendente, dicha tendencia se acentúa en las elecciones autonómicas”.

10 (Torres del Moral, 2009:79).

electoral. Y, sin embargo, nadie que observe con atención lo que viene sucediendo desde 2015 puede sensatamente afirmar que nada ha cambiado. Menos aún que el bipartidismo se ha reforzado.

Desde el 15 de junio de 1977 se han celebrado en España quince elecciones generales para el Congreso de los Diputados y el Senado. Al amparo de diversas normas reguladoras, pero, en lo sustancial, bajo idéntico sistema electoral. El número de fuerzas políticas representadas en el Congreso de los Diputados¹¹ ha variado desde las 12 de los primeros comicios de 1977 hasta las 21 de las últimas elecciones de noviembre de 2019.

En cuanto a la suma del porcentaje de votos válidos obtenidos por los dos partidos más votados en las elecciones generales, el profesor Sánchez Muñoz señala cómo ha variado hasta las elecciones de 2011 en una horquilla que va desde el 63,76 % de los votos de junio de 1977 hasta el 83,81 % (máximo histórico) en 2008¹². Por mi parte añado que esa suma alcanza un mínimo histórico del 45,36 % en las elecciones de abril de 2019, para repuntar levemente hasta el 48,22 % en las elecciones de noviembre de ese mismo año. Todo ello precedido del 50,71 % en diciembre de 2015 y del 55,64 % de abril de 2016.

Afirma Sánchez Muñoz que:

Lo cierto es que en nuestro país el sistema sí ha tenido una influencia muy decisiva, hasta el punto de que estamos, como señala Presno Linera, ante un "caso paradigmático en el Derecho comparado" de influencia del sistema electoral sobre el sistema de partidos¹³.

Si el sistema y las reglas son las mismas y los resultados, a partir de diciembre de 2015, a través de cuatro elecciones extraordinariamente consecutivas en el corto espacio de menos de cuatro años, son tan distintos a los anteriores, ¿cuál es la pregunta? Parece que sí, que debe ser la que se estará, sin duda, formulando cualquier lector mínimamente atento: ¿y si esa predeterminación no era tan exacta y esa influencia no era tan "paradigmática", por emplear la terminología del profesor Presno? ¿Es oportuno cuestionarse la pretendida causalidad? No deja de resultar llamativo que, cuando los hechos son manifiestos y el cambio de la realidad tan evidente, sigue habiendo una feroz resistencia a cambiar teorías, análisis y enfoques, por no decir apriorismos¹⁴.

11 Dejo de lado el caso del Senado, cuyo sistema electoral mayoritario es mucho más proclive, lógicamente, al bipartidismo.

12 (Sánchez Muñoz, 2017: 240). La cifra altísima de 2008 quizá explique las rotundas afirmaciones de Torres del Moral hechas al calor de este resultado.

13 (Sánchez Muñoz, 2017: 244). La referencia al trabajo de M. A. Presno Linera "Régimen electoral ("maquiavélico") y sistema de partidos (con sesgo mayoritario)" en *Revista Española de Derecho Constitucional* 104, 2015, págs. 13-48.

14 El título del trabajo del profesor Sánchez Muñoz es muy revelador al respecto. Todavía en 2018 se puede leer en la web de la universidad de Granada que "matemáticos diseñan un sistema electoral más equilibrado que acabaría con los problemas de representatividad en el Congreso de los Diputados" (<https://canal.ugr.es/noticia/matematicos-sistema-electoral-equilibrado/>) donde se da cuenta de los resultados de la investigación dirigida por el catedrático D. Victoriano Ramírez González. ¿De verdad que hay un déficit de representatividad en una Cámara con veintiuna fuerzas políticas o partidos representados?

Sucede que, incluso cuando se es capaz de detectar la realidad, nos resistimos a aceptarla tal cual es. Porque no nos gusta o porque ver cómo se caen a pedazos tópicos tan queridos es cruel con nuestra propia historia y recuerdos. De ahí que, a mi entender, no se hayan sacado todavía las debidas conclusiones del cambio de paradigma. Un buen ejemplo lo tenemos en el trabajo de Sánchez Muñoz. A su juicio, la ruptura del bipartidismo en las elecciones de 2015 y 2016, al menos en su versión más extrema, se debe en primer lugar a:

la distribución del voto entre los demás partidos. En 1977, la tercera y cuarta fuerza políticas (PCE y AP) obtuvieron solo 1,7 y 1,5 millones de votos respectivamente, lo que dificultó su acceso a escaños en gran parte de las circunscripciones. En 2016, en cambio, la tercera fuerza (Unidos Podemos y sus confluencias) ha obtenido 5,1 millones de votos y la cuarta fuerza (Ciudadanos) ha logrado 3,1 millones, lo que ha permitido que estos partidos hayan podido acceder a la representación en circunscripciones de menor magnitud¹⁵.

Siendo totalmente cierto lo afirmado, sorprende la ausencia de una constatación previa y bastante más elemental. En 1977 la suma de la tercera y la cuarta fuerza representaba 3,2 millones de votos y un 17,54 % del total de los mismos. Por el contrario, en junio de 2016 sumaban 6,3 millones de votos, que significaron el 26,48 del total. Nueve puntos más y el doble de votos, ni más ni menos. Pues bien, suele suceder en los sistemas proporcionales –y el nuestro lo es, quiérase o no–, que si se obtienen más votos se suelen obtener más escaños; incluso, que si se obtienen bastantes más votos es probable que se obtengan bastantes más escaños, aun cuando la proporcionalidad no sea matemáticamente exacta, lo que no suele ocurrir en ningún sistema por muy proporcional que sea.

Dicho de otra manera: no estamos ante un problema –o, al menos, no solo o no principalmente– de la “distribución” de los escaños entre la tercera o cuarta fuerza, sino ante algo más primario: fuerzas políticas distintas de las dos dominantes han obtenido más votos, muchos más, que en anteriores ocasiones. Salvo que por “distribución” entendamos que las dos fuerzas que en el pasado obtenían muchísimos más sufragios hoy logran una cantidad significativamente menor. A pesar de las apariencias de las noches electorales, los comicios operan sobre un 100 % en el que unos ganan lo que otros pierden.

6. Sorprende especialmente que buena parte de la doctrina haya pasado por alto el hecho de que la mayoría de los sistemas políticos autonómicos dejaron de ser, hace tiempo, bipartidistas. De hecho, en algunas comunidades tan significativas como País Vasco o Cataluña es dudoso que alguna vez lo hayan sido.

15 (Sánchez Muñoz, 2017: 248).

Pero más extraño todavía es que, en general, no se haya percibido que el gran motor de ese cambio en el sistema de partidos fue la convulsión económica y social originada por la gran recesión de 2008. Sin entrar en detalles que nos llevarían muy lejos de los límites de estas líneas, la articulación de las sociedades se ha trastocado enormemente y fenómenos como el precariado, la exclusión social, la globalización o su repliegue, el empobrecimiento general, etcétera, han sido un caldo de cultivo de la desafección social. Esta se ha dirigido de un modo muy especial hacia las fuerzas que representaban el *statu quo* anterior y ha favorecido, consiguientemente, la aparición de nuevos partidos o movimientos respaldados por amplios segmentos de la población.

Es evidente que este no es un fenómeno específicamente español. En países tan significativos como Francia e Italia gobiernan partidos o formaciones cuya mera existencia era una quimera hace una década. Tampoco allí el sistema electoral, concebido y desarrollado por fuerzas políticas preexistentes y más o menos tradicionales, ha impedido el ascenso fulgurante de nuevos partidos o movimientos. En otras partes del mundo, donde los ropajes formales mantienen las apariencias, tampoco la realidad se asemeja a lo anterior. Salvo que aceptemos que el Partido Republicano de Trump es el mismo o lo mismo que el de Gerald Ford o el de Bush sénior, lo que parece mucho admitir.

Pues bien, frente a esta realidad social tan alterada y líquida –por emplear una metáfora que ha hecho fortuna–, todavía seguimos operando con clichés periclitados y desmentidos por la realidad. Pondré dos ejemplos arquetípicos que han funcionado en nuestra doctrina como mantras incontestables.

El primero se expresa en la regla de que la coincidencia en nuestro sistema electoral de muchas pequeñas circunscripciones con un número muy limitados de escaños a repartir impide radicalmente la proporcionalidad en esa circunscripción y en el sistema en su conjunto. Este es un pensamiento tan generalizado que convierte en innecesaria cita alguna. Vayamos a las últimas elecciones celebradas en noviembre de 2019. Centrémonos en una provincia tan reducida y con tan pocos escaños a repartir como Teruel. Tres exactamente. El primer escaño correspondió a la agrupación de electores Teruel Existe, con 19.761 votos y un porcentaje del 26,66 %. El segundo, al PSOE, con 18.934 votos y un 25,54 %. El tercero y último, al PP, con 17.520 y un 23,63 %¹⁶. Es decir, tres fuerzas se reparten de manera muy equilibrada un 75,83 % del electorado de la provincia. ¿Qué sesgo mayoritario o distorsionador de la proporcionalidad ha introducido el sistema? Evidentemente ninguno. Si los votos se reparten proporcionalmente, el sistema lo refleja con bastante fidelidad. Y, desde luego, sin alterar la realidad política expresada por el electorado. Para ser una provincia modelo en donde era imposible la proporcionalidad, no está nada mal.

El segundo de los mantras habituales de los que me ocuparé es aquel que consiste en afirmar que la obligación de listas cerradas y bloqueadas desincentiva la participación y minusvalora el papel de la ciudadanía. Siempre he considerado errónea esta premisa. De una parte, ese modelo de lista abierta dentro de los partidos originó en algunos países (el caso de Italia fue paradigmático) fenómenos indeseables de financiación irregular o directamente delictiva en favor de determinados candidatos o en contra de otros. Por otra, la realidad del voto en nuestro Senado, donde el elector puede elegir libremente entre candidatos de diversos partidos, muestra de manera reiterada y contumaz lo irrelevante de esta posibilidad tanto en términos estadísticos como políticos. Un ejemplo más de que la ciudadanía tiene “interiorizado” un determinado sistema electoral muy rodado y experimentado. En el nuestro, al menos a nivel nacional –otra cosa son las elecciones locales–, se vota fundamentalmente a partidos políticos y no a candidatos. Solo el perfil del líder nacional puede influir en esta cuestión. Y, aun así, tengo mis dudas. Candidatos de excelente factura se han estrellado en las urnas y otros a los que se les ven claramente las costuras han ascendido al estrellato. No seré tan maleducado como para señalar.

7. A modo de conclusión, me permitiré unas breves reflexiones. La primera es que conviene huir del arbitrio como de la covid-19. Cuando se nos intenta vender política o doctrinalmente un concreto sistema electoral, la desconfianza me parece una actitud muy aconsejable. No porque el sistema vigente sea inmejorable, que no lo es, sino porque las pretendidas mejoras rara vez son inocuas y con frecuencia la realidad desmiente su viabilidad.

La segunda es que, por lo que he señalado anteriormente, el sistema electoral español ha demostrado en los últimos años –frente a afirmaciones de índole contraria de políticos y teóricos–, que es mucho más flexible de lo que afirmaba; que no predetermina, ni mucho menos, unos resultados concretos, y que, sin duda alguna, es mucho más proporcional de lo que se afirmaba. En resumen, que no se ha encontrado en el sistema electoral obstáculo o valladar que haya impedido que los cambios sociales se reflejen en la atribución de escaños. Claro que lo que parece desproporcionado es que cuando la realidad social era muy mayoritariamente bipartidista el sistema la convirtiera en una ficción pluralidad¹⁷.

Gestionemos, pues, la realidad de una manera correcta. No echemos la culpa al empedrado. Y, si consideramos que estos son tiempos de crisis, acordémonos de la máxima ignaciana. Si nos empeñamos en reformar el sistema, por lo menos no nos centremos en reformas innecesarias. No me parece mucho pedir.

17 Un reconocimiento de esta realidad frente a la tesis “repetida una y mil veces” en Blanco Valdés (2017: 84).

III. LA TRASLACIÓN DEL “PROBLEMA” A OTROS ÁMBITOS. INVESTIDURA Y MOCIÓN DE CENSURA. EL ARBITRISMO DOCTRINAL

1. Reconocido el cambio de sistema de partidos en España¹⁸, se pasa a apuntar lo profundamente inconveniente que sería abordar ahora la propuesta reforma del sistema electoral¹⁹.

Lo que sucede es que el nuevo sistema pluripartidista, lejos de admitirse como una realidad que tiene unas causas contrastables y profundas, se plantea como un “problema”²⁰.

Como señala López Rubio²¹, 2016 fue el año que inició las grandes novedades en estas cuestiones. A partir de entonces no ha resultado fácil formar gobiernos en España, producto, sin duda, del nuevo sistema de partidos consolidado en hasta cuatro elecciones casi consecutivas. La primera pregunta es si es cierto que estamos ante un problema de ingobernabilidad. La segunda es si, aceptada una respuesta positiva, son las normas vigentes las que han causado el problema. En el caso del sistema electoral, nos ha llevado casi cuarenta años percatarnos de que la ecuación que daba como resultado inexcusable el bipartidismo era falsa. Con un poco de atención tal vez podamos acortar plazos en esta ocasión.

2. Como era previsible, la doctrina se ha volcado en estudiar aquellas instituciones directamente relacionadas con el nacimiento y cese de los gobiernos. De repente, florecen los trabajos sobre la investidura y la moción de censura. Sucedió igual no hace mucho con el artículo 155 CE y –reciente y desgraciadamente–, con el artículo 116.2 CE y el estado de alarma. Lo de Santa Bárbara y los truenos es un clásico doctrinal. Lo curioso es que hasta hace no mucho era común la opinión de que:

El artículo 99 es una de las disposiciones de la Constitución que suele aparecer en los repertorios anotados huérfano de referencias legislativas o jurisprudenciales. Y ello, no por descuido de los autores de tales repertorios, sino porque la letra del artículo se nos aparece en términos tan diáfanos que es difícil concebir conflictos a propósito de su aplicación que no sean de aquel tipo que solemos calificar desdeñosamente como “hipótesis de laboratorio”²².

18 (Blanco Valdés, 2017: 88) “que, insisto, la legislación no ha impedido en cuanto se ha alterado también la correlación de fuerzas entre los principales competidores del sistema”.

19 (Blanco Valdés, 2017: 88).

20 El cinematográfico título del trabajo del profesor Blanco Valdés lo refleja perfectamente: “El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo perfecto a la perfecta ingobernabilidad”.

21 “2016 se convirtió así en el año en que acontecieron situaciones nunca antes vistas en nuestro sistema político-constitucional. Por primera vez un líder político declinaba el ofrecimiento del Rey de ser candidato a la Presidencia del Gobierno. Por primera vez el Rey propuso como candidato al líder de una formación que no había ganado las elecciones. Por primera vez un candidato no obtuvo la confianza del Congreso de los Diputados en una sesión de investidura. Y por primera vez se procedió a la disolución automática de las Cortes Generales ante la imposibilidad de formar un gobierno tras dos meses desde la primera votación” (López Rubio, 2017: 160). Y lo que quedaba, añadido yo.

22 (Reuenga Sánchez, 2004: 506).

Y, en lo tocante a la moción de censura, se consideraba una “vía muerta parlamentaria, dadas las dificultades constitucionalmente impuestas para su sustanciación”²³. Hoy se analizan con lupa microscópica los artículos 99 y 113 de la Constitución. Y a muchos autores lo que ven no les gusta. De ahí a proponer medidas reformadoras que palfien o eliminen los problemas que creen detectar hay un corto paso al que es difícil resistirse. De esta manera se vuelve a entrar, sin transición, en el arbitrio de ofrecer soluciones de reformas *ad hoc* que corrijan los supuestos errores y disfunciones detectados en el texto constitucional. Así, piensan, se sanará el sistema político y se dará paso otra vez a la añorada gobernabilidad.

Analizaré varias de las propuestas para recapacitar sobre su bondad y operatividad, que adelanto que considero muy escasa.

3. La investidura²⁴ es un modelo novedoso en nuestro constitucionalismo que no surge de la nada. Frente al doctrinarismo canovista de amplio uso y abuso por parte de Alfonso XIII y a la mala experiencia de la gestión que en esta materia llevó a cabo Alcalá Zamora en la Segunda República, el constituyente de 1978 busca un modelo plenamente acorde con el enunciado de “Monarquía parlamentaria” del artículo 1.3 CE²⁵. De esta manera, se atribuyen facultades al rey, aunque bastante tasadas como luego se verá, y se sitúa en la responsabilidad de las fuerzas políticas la tarea de llegar a acuerdos que puedan plasmarse en el Congreso de los Diputados, para lo cual se exige una mayoría absoluta en la primera votación y una simple en la segunda.

Se huye, por consiguiente, de un sistema de confianza implícita para el nacimiento del Gobierno. Lo cual le dota de una gran legitimidad *ab initio*. Pero, claro está, esto va en contra de los apresuramientos y urgencias que aquejan a muchos de nuestros autores.

La realidad de casi cuarenta años de praxis constitucional es que si, al igual que sucedía con el sistema electoral, el objetivo era conseguir estabilidad y gobernabilidad, el modelo ha sido un paradigma de éxito. El bipartidismo más o menos perfecto funcionó como un reloj en lo que se refiere a la investidura, tal y como acredita la cita anterior del profesor Revenga. Conviene, no obstante, recordar que, si bien el sistema era muy funcional, en ocasiones obtener las mayorías requeridas no era tan simple y obligaba a pactos no siempre sencillos u obvios. Así, por ejemplo, refiriéndose al apoyo prestado por Convergencia i Unió, PNV o ERC a los Gobiernos de Rodríguez

23 (Bar Cendón, 1998: 290).

24 Un buen resumen de esta institución puede encontrarse en el trabajo de Bar Cendón antes citado.

25 (Revenga Sánchez, 2017: 107).

Zapatero, Blanco Valdés considera que lo hicieron como “partidos extractivos”²⁶. A mi entender, esta terminología, de clara impronta minera –parece que no aplicable a algunos gobiernos de González o a Aznar I–, se asemeja bastante a lo que en el mejor de los sentidos se denomina “hacer política”. Ni toda la política se hace desde dentro del Gobierno ni parece imprescindible exigir a partidos de ámbito no nacional su entrada en el Gobierno de España. Cuando los senadores de Michigan pactan su apoyo a proyectos de ámbito nacional en el Capitolio a cambio de ayudas para la industria automovilística de Detroit, a nadie se le ocurre que estén “extrayendo” nada, sino que se les felicita por sus logros para la circunscripción. Incluso es posible que sea más favorable para su reelección.

Aprovecho para recordar que, como señala Torres del Moral, la supuesta hiperrepresentación nacionalista en el Congreso es otro más de los mitos con los que se ha denostado nuestro sistema electoral²⁷. A modo de ejemplo, es al menos discutible si fue mejor para España la legislatura Aznar I o la II. Pero, después de la legislatura “extractiva”, el Partido Popular pasó de 156 escaños a 183. En la elección subsiguiente a la de mayoría absoluta bajó de 183 a 148 y perdió el Gobierno. El electorado sí tuvo claro cuál le gustó más. Más adelante tendré oportunidad de recordar cómo acabaron algunas experiencias de “nueva política” cuyo objetivo inicial era acabar con esas prácticas “extractivas”.

Las opiniones generalmente muy favorables al diseño constitucional de la investidura tienen la gran ventaja de haber sido emitidas en época no sospechosa y, por tanto, estar basadas en el análisis jurídico y no tanto en los desajustes políticos posteriores. Ha bastado con que el electorado haya mutado o dispersado sus preferencias, que el sistema de partidos se haya alterado significativamente, para que buena parte de la doctrina crea percibir que el empedrado no está bien alineado. De ahí se pasa al veredicto: la norma es culpable.

Esta vez la crítica doctrinal –muy seguida en los medios por los tertulianos habituales, aunque en ocasiones coinciden las dos cualificaciones– alcanzó tanto predicamento que fue asumida por significativos representantes políticos. En el debate de investidura de 22 de julio de 2019, el candidato Pedro Sánchez, ganador de las elecciones de abril, ofrece como primera medida una oferta de “pacto de Estado” que consiste –ya

26 “es decir, como auténticos grupos de presión, que, sin entrar jamás en el Gobierno y sin asumir, por tanto, la responsabilidad derivada de su gestión y decisiones, le ofrecían su apoyo parlamentario al ejecutivo de que se tratase en cada caso a cambio de obtener contrapartidas políticas (más poder y competencias) y económicas (inversiones y mejor financiación) del Gobierno del Estado a favor de sus respectivos territorios autonómicos. Como no podía ser por menos, ello acabaría por constituir un gran problema en el desarrollo de nuestro proceso de descentralización, pero también por influir en el modelo parlamentario español de un modo decisivo” (Blanco Valdés, 2017: 70).

27 (Torres del Moral, 2009: 80).

es casualidad-, en la reforma del artículo 99 de la Constitución²⁸. La necesidad o la urgencia de esta reforma, fundamentada en el mantra de la gobernabilidad²⁹, no debía de ser tan evidente o apremiante cuando desapareció de los posteriores programas que el mismo candidato presentó ante el Congreso en las sucesivas ocasiones en que compareció para idéntico trámite.

4. Desde ese momento iniciático que suponen las elecciones de 20 de diciembre de 2015, en las que el primer partido (Partido Popular) se quedó en la magra cifra de 123 escaños y el Partido Socialista en la más exigua aún de 90, ha sido una constante en la doctrina analizar no solo qué sucedió para que se diera semejante cambio de orientación en el electorado, sino qué fallos o supuestas lagunas concurren en nuestro ordenamiento constitucional para que esto pueda producirse o cómo podemos encauzar lo que el voto popular ha desordenado. Una revisión ordenada del procedimiento de investidura puede ayudar a valorar con precisión los agujeros del sistema, sean estos ficticios o reales.

4.1. El artículo 99.1 CE regula las consultas regias con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, así como la propuesta de candidato a la Presidencia del Gobierno que hace el rey a través del presidente del Congreso.

No me detendré en el universo de los llamados a consultas porque la propia práctica constitucional ha decantado suficientemente la cuestión. Baste con recalcar que la asistencia a las consultas es libre para los convocados³⁰.

Hay quien ha propuesto acelerar este trámite de consultas³¹ con el argumento de que “en ningún sitio se ha dispuesto cuándo deben empezar estas consultas”³².

28 “A tal fin, señorías, quiero trasladarles una primera oferta de pacto de Estado. Resulta evidente que el artículo 99 de nuestra Constitución, que es el que regula, como bien saben ustedes, el procedimiento de investidura de la Presidencia del Gobierno, debe ser actualizado a la nueva realidad parlamentaria. Los ciudadanos no deben, nunca más, sufrir la amenaza de una repetición electoral; con una votación basta. Al igual que el sistema garantiza la conformación de los Gobiernos municipales el pasado 15 de junio, al igual que se garantiza por parte de muchos estatutos de autonomía la conformación de Gobiernos autonómicos, y al igual que el Gobierno de esta Cámara se garantiza en una sesión plenaria, así debe tener también garantía el Poder Ejecutivo a nivel nacional de poder ser constituido.

Para materializar esta propuesta, este acuerdo, que refuerce sin duda alguna la estabilidad del sistema, les pido que facilitemos entre todos la formación del Gobierno de España y que, posteriormente, abordemos la reforma constitucional del artículo 99 para que nunca más vuelva a ocurrir el bloqueo en nuestro país”. D.S.C.D. de 22 de julio de 2019, pág. 6. El Partido Socialista tenía en este momento 123 escaños. Es posible que este dato tuviera algo que ver.

29 “Estoy proponiendo, simple y llanamente, que España tenga Gobierno, estoy proponiendo simple y llanamente que España tenga oposición, que España, en definitiva, no quede bloqueada”. D.S.C.D. 22 de julio de 2019, pág. 6.

30 Varias fuerzas han declinado acudir a las consultas en las últimas convocatorias, señaladamente ERC y Bildu. *locandi causa* quiero citar aquí un chiste que circuló ampliamente en las redes sociales. En la foto se veía a Felipe VI hablando por teléfono con quien se suponía que era Juan Carlos I. El hijo le decía al padre “Papá, me dijiste que vendrían cada cuatro años, pero los tengo todos los días metidos en casa”.

31 (López Rubio, 2017: 167).

32 A mi juicio, solo la Constitución podría regular este extremo, pero caería en un reglamentismo impropio de su rango.

Por ello “nada obligaría, pues, a esperar hasta la constitución del Congreso de los Diputados”³³. Tampoco comparto las tesis de aquellos que proponen que sea la Mesa del Congreso quien actúe en el nombramiento y no su presidente³⁴. Si alguna vez fue verdad –que lo dudo–, que la Mesa era un órgano neutral, remito a las observaciones que formula la mejor conocedora del funcionamiento del Congreso de los Diputados, la profesora y letrada García-Escudero Márquez, sobre las capacidades de obstrucción –la terminología es mía, no suya– de la Mesa a las iniciativas de una oposición transformada en Gobierno³⁵.

En su trabajo de 1998, señalaba Bar Cendón la ausencia de un plazo para la realización de las consultas regias y anotaba las ventajas e inconvenientes de esta omisión³⁶. A mi juicio, la experiencia histórica demuestra concluyentemente que nunca ha sido el retraso en la celebración de consultas por el rey la causa u origen de perturbaciones constitucionales. Flexibilidad, pues, y presunción de buen criterio³⁷.

En relación con la propuesta del rey, sin querer entrar ahora en el margen de discrecionalidad del monarca³⁸, los acontecimientos de estos últimos años han planteado dos cuestiones al menos.

La primera es el grado de obligatoriedad respecto a la aceptación del encargo. Parto de la base de que nadie puede ser obligado a ostentar un cargo que no desea, ni tampoco a aceptar encargos en los trámites previos que pudieran llevar hasta ahí. Aunque buena parte del estamento político podría matar –en sentido figurado, claro está– por ser presidente del Gobierno, nadie está compelido a serlo. Por las razones que estime oportunas, el llamado al encargo puede declinar libre y legítimamente el encargo³⁹.

33 Esto es totalmente incorrecto por un doble orden de razones. En primer lugar, porque alguien tiene que facilitar al rey la lista de convocables y no parece que esta deba ser la última tarea del presidente saliente sino la primera del entrante. En segundo término, porque las consultas van orientadas a proponer un candidato cuyo referendo le corresponde al presidente de la nueva legislatura, en ningún caso al anterior. El propio López Rubio, en la tabla que figura en la página 168 de su trabajo, señala que desde 1979 a 2016 la diferencia de días transcurridos entre la fecha de las elecciones y el inicio de las consultas varía entre 22 y 30 días, margen despreciable, a mi juicio, que no justifica la aceleración del trámite.

34 (Bar Cendón, 1998: 272).

35 (García-Escudero Márquez, 2018: 72).

36 (Bar Cendón, 1998: 272).

37 (López Rubio, 2017: 169). En sentido coincidente, Reuenga Sánchez: “Dejar a la voluntad del Rey el cuándo del inicio de las consultas en cada supuesto concreto nos parece un factor de indeterminación que encaja perfectamente con su función arbitral y moderadora del funcionamiento regular de las instituciones”. (2017: 110).

38 Álvarez Vélez (2016: 7) señala que “... el Rey está sujeto a la obligación constitucional de proponer al candidato que goce de mayores expectativas de obtención de la confianza del Congreso”, lo cual tiene bastante de tautológico y muchísimo de concepto jurídico hiperindeterminado.

39 Con todo el respeto, me permito discrepar de la interpretación que Blanco Valdés hace respecto del comunicado de la Casa del Rey de 22 de enero de 2016 (2017) 90. A diferencia de lo sostenido por él, dado que solo hay propuesta jurídicamente relevante cuando se ha culminado el procedimiento, incluido el referendo del presidente del Congreso, el comunicado no habla en ningún momento de rechazo a la propuesta –acto jurídico muy concreto y tipificado– tal y como recuerda Reuenga Sánchez (2017: 110). Actuó de acuerdo con la Constitución el señor Rajoy, sí, pero también SM el Rey. Creo más bien que lo que molestó fue lo que siguió al hecho de declinar el ofrecimiento.

La segunda, que podría haberse calificado de entelequia no hace tanto, es la posibilidad de que las consultas regias no fructifiquen y, en consecuencia, no haya candidato que proponer. Esto ya ha sucedido en enero de 2016 y en abril del mismo año. Una vez más, llamo la atención sobre la necesidad de interpretar las normas constitucionales de acuerdo con la realidad social. Cuando el artículo 99.1 CE señala que el rey “propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno”, no parece estar obligándole *velis nolis* a estampar un nombre en la propuesta si las circunstancias derivadas de sus consultas y exploraciones no lo permiten. ¿Reformamos también la Constitución para decir que el rey “propondrá o no un candidato a la Presidencia del Gobierno”? En ocasiones, la reducción al absurdo es un buen profiláctico contra un reformismo desaforado.

Otra de las propuestas que ha surgido es la del “establecimiento de un plazo que hoy no existe para que el jefe del Estado proponga al primer candidato a la Presidencia del Gobierno”⁴⁰. No me parece una buena idea. En primer lugar porque, como he dejado claro anteriormente, estoy en contra de caer en el reglamentismo constitucional. Pero, y esto me parece más importante, porque la versatilidad y el carácter lábil y proteico de los supuestos de hecho que puedan darse como consecuencia de los resultados electorales desaconsejan encorsetar con rígidos plazos constitucionales lo que frecuentemente necesita tiempo para encajarse. Dos ejemplos. Tras las elecciones celebradas en 1996 fue necesario más tiempo del que venía siendo habitual (tanto en las consultas como en la celebración de la sesión de investidura) hasta que el ganador de las elecciones, que obviamente no tenía la mayoría absoluta, recalculó la verdadera talla de su eventual socio y descubrió las bondades del plurilingüismo. Desde la noche electoral hasta la investidura transcurrió un periodo necesario al que plazos estrictos le hubieran venido francamente mal. Más evidente todavía fue lo acaecido tras las elecciones de junio de 2016, en las que el partido más votado obtuvo 134 escaños. Después de un primer debate de investidura fallido en el mes de julio fue preciso que el principal partido de la oposición implosionara, que se obligara a renunciar a su secretario general y presidente del grupo parlamentario, que se nombrara una gestora, que el portavoz del grupo cambiara manifiestamente de posición entre los debates (del “no es no” a la abstención), y que el grupo tuviera quince votos contrarios a la posición oficial para que el candidato pudiese finalmente ser investido el 29 de octubre de 2016, en segunda votación y al límite del plazo constitucional. Habían transcurrido más de cuatro meses desde las elecciones, es cierto. Pero algunas cosas, por pequeñas

40 (Blanco Valdés, 2017: 92). El autor lo justifica así: “un plazo cuya necesidad no procede, a mi juicio, de la eventualidad de que el monarca pudiera tener por propia la voluntad de retrasar tal propuesta, una hipótesis que en la actualidad me parece sencillamente inverosímil, sino de la posibilidad que hoy tienen en sus manos los partidos para retrasar sin límites un acuerdo sobre la base del cual pueda el jefe del Estado proceder según lo previsto en el apartado 1º. del art. 99 de la CE”.

que sean, requieren sus trámites y su tiempo. Con la fórmula a la que antes me he referido hubiera sido simplemente imposible.

También se ha afirmado que “podría llegar a ser saludable, en defensa de la institución de la Corona, que la facultad de propuesta pasara a manos del Presidente del Congreso”⁴¹. No comparto esta posibilidad. La Corona ha demostrado saber defenderse muy bien –al menos en esta cuestión– y, además, visto el ejercicio de la facultad presidencial para fijar la fecha del debate de investidura, me quedo, de lejos, con la fórmula constitucional. Precisamente, en estos cuatro últimos años, un rey “novato” ha demostrado ejercer con autoridad y altura de miras las facultades que le atribuye el artículo 99 CE. Si ha habido problemas, no han tenido nunca su origen en la Corona.

4.2. En punto a la previsión del artículo 99.2 hay que tener en cuenta que la fijación de la fecha del debate de investidura corresponde a la Presidencia del Congreso, conforme a la previsión del artículo 170 de su Reglamento. En ocasiones, esta convocatoria ha sido inmediata a la recepción de la propuesta regia. En otros casos, el lapso ha sido mayor. En este último supuesto, lo que sucedía es que el candidato no tenía cerrados los apoyos en el momento de ser propuesto. De ahí que un uso ponderado de este margen por el presidente del Congreso sea capital para garantizar el buen fin de la candidatura. También esta flexibilidad ha sido criticada por un sector de la doctrina⁴². Reitero una vez más que llenar de plazos la Constitución como si fuera una ley de procedimiento me parece una mala idea, amén de que su existencia hubiera podido abortar Gobiernos que se mostraron relativamente sólidos, como fue el caso de la primera legislatura de Aznar.

4.3. Por su parte, también se han alzado voces frente a la exigencia de obtención de mayorías, absoluta o simple, requerida en el artículo 99.3 CE, acompañadas, claro está, de sus correspondientes propuestas de reforma. Ya me he referido a la malograda oferta del candidato Sánchez en 2019. Sin ser demasiado claro ni concreto en su planteamiento, es evidente que la referencia a los gobiernos municipales y a

41 (López Rubio, 2017: 171). Tesis todavía más acentuada en Aragón Reyes (2017: 23) “De ese modo el Presidente del Congreso se convertiría a lo largo de todo el proceso de propuesta del candidato en el verdadero mediador”. Bien es cierto que poco después señala el autor que “una condición para que el Presidente del Congreso desempeñase ese papel fundamental es que ese cargo lo ocupe una persona respetada por todos los grupos de la Cámara, caracterizado por su solvencia, neutralidad y no sometimiento a instrucciones de partidos”. Sorprende que se tenga por viable el cumplimiento de estas condiciones en un trabajo que parte de la clara y radical desconfianza, muy motivada por su autor, respecto del comportamiento de las fuerzas políticas en la actual situación. Para un perfil de las tareas de la Presidencia de la Cámara: Alba Navarro (2018).

42 “A esos cambios en el art. 99 de la CE en su actual redacción debería añadirse el consistente en establecer otro plazo, de no más de cinco días desde la propuesta del rey, para que él o los candidatos a presidente acudiesen a la Cámara a solicitar su confianza” (Blanco Valdés, 2017: 93). El autor pone como ejemplos la investidura de Aznar en 1996 y la fallida de Sánchez en febrero-marzo de 2016. Ya he explicado previamente las causas de mi discrepancia. En ningún caso me parecen plazos excesivos. Pasar de la imprecación de la noche electoral a recabar el apoyo, y más aún, a obtenerlo, lleva su tiempo.

“muchos estatutos de autonomía” indican que estaba pensando en lo que expresó gráficamente con un lema: “con una votación, basta”⁴³. También en la doctrina se han hecho sugerencias parecidas⁴⁴.

A riesgo de parecer demasiado reiterativo, me atrevo a señalar que tampoco me parece una gran solución. La Constitución parte de la obtención de la confianza por un concreto candidato y no de la elección entre varios. Entiendo perfectamente la prevención de repetir elecciones en bucle y, desde luego, Israel no es mi modelo preferido. Pero el recurso al arbitraje de la ciudadanía, sobre el que luego volveré, cuando las fuerzas políticas bloquean la gobernabilidad no me parece una mala solución en última instancia. Además, si se aceptara el cambio al que me refero entiendo que también habría que modificar el régimen de la moción de censura constructiva del artículo 113 CE. Y eso porque está diseñada como el reverso de este modelo. No me parece aceptable que sea mucho más fácil de lo que ya es ser elegido y se mantenga idéntica dificultad para la remoción. El sistema debe ser contemplado en su conjunto.

Lo más llamativo es que la realidad ha desmentido con datos concluyentes que el problema esté necesariamente en el umbral de las mayorías requeridas por la Constitución. Para muestra, un botón. El 28 de abril de 2019 se celebran elecciones generales. El Partido Socialista junto al PSC obtiene 123 escaños; el Partido Popular y sus aliados, 68; Ciudadanos, 57, y Unidas Podemos y su vertiente catalana, 40. De esta manera se abrían varias posibilidades de gobierno. La más evidente, numéricamente hablando, era la suma del Partido Socialista con Ciudadanos, que suponía 180 escaños, claramente por encima de la mayoría absoluta. El resto de opciones pasaban siempre por el Partido Socialista, bien con el Partido Popular –posible, aunque poco imaginable– bien con Unidas Podemos y otros partidos de corte nacionalista.

Dado que varias opciones ofrecían las mayorías requeridas, quedó claro que el problema no era matemático, sino puramente político. Descartado de raíz que el PP le devolviera al PSOE el “favor” de 2016 al que antes me referí y que tan alto coste tuvo para este último, las miradas se volvieron hacia Ciudadanos. Se afirma con profusión que este partido nació en Cataluña como un modo de combatir, desde perspectivas no nacionalistas, la hegemonía política del nacionalismo catalán y, en general, cualquier otro. En sus filas y en su entorno (mediático y doctrinal) eran reiteradas las quejas contra las políticas “extractivas” a las que antes me he referido. En su salto a la política nacional tuvo una trayectoria ascendente, que alcanzó su mejor resultado en las elecciones de abril de 2019, situándose como la tercera fuerza del Congreso. Pues bien, en el momento en que estaba en su mano terminar

43 D.S.C.D. 22 de junio de 2019, pág. 6.

44 (López Rubio, 2017: 171-172).

tranquilamente con la “extracción de recursos” tan criticada, sus líderes decidieron pelear por un espacio tradicionalmente ocupado y en ese momento saturado. El partido que necesitaba el apoyo de Ciudadanos no era Junts per Catalunya ni el PNV ni Esquerra Republicana. Mucho menos Bildu. Omitiendo valoraciones personales, me remito al dato de que en las elecciones de noviembre de ese año (por causa de la disolución automática del artículo 99.5 CE) el Partido Socialista perdió más de 700.000 votos y tres escaños y Ciudadanos se dejó en el camino más de dos millones y medio de votos y 47 de sus 57 escaños. El electorado castigó a ambos partidos. ¿A cada uno en proporción a su responsabilidad?

¿Qué norma constitucional impedía un gobierno estable, duradero y no sometido a exigencias de partidos de ámbito no estatal?

4.4. El artículo 99.4 permite al rey tramitar propuestas sucesivas si el primer candidato no obtiene la confianza de la Cámara. Cayó en desuso desde la aprobación de la Constitución hasta hace poco. No obstante, ha demostrado su sentido y utilidad, en especial el año 2016. Como es evidente, nada impide que la nueva propuesta recaiga en el mismo candidato cuya investidura no fue alcanzada previamente. Otro ejemplo más de cómo las normas constitucionales, incluso aquellas que parecían ociosas, son sumamente útiles y flexibles cuando la realidad presenta sus demandas⁴⁵.

4.5. El artículo 99.5, que prevé la disolución de las Cámaras y la convocatoria de elecciones si no se obtiene la confianza para ningún candidato, constituyó también durante muchos años un “fondo de armario” constitucional del que nadie parecía acordarse. Se ha venido considerando una suerte de disolución-sanción en la medida en que implica la pérdida del escaño para todos los parlamentarios por haber fracasado en su primera tarea: ser capaces de crear un gobierno. En el caso de los senadores, se trata de una sanción por culpas ajenas toda vez que no depende de ellos la designación del presidente del Gobierno⁴⁶.

Hasta 2016, este artículo parecía totalmente superfluo. Desde entonces se ha empleado dos veces. En mayo de 2016 y septiembre de 2019. En ambos casos, tras la disolución, el partido mayoritario confirmó su posición aunque, mientras el PP reforzó su posición anterior en 2016, el PSOE bajó levemente en 2019.

45 Reuenga Sánchez, por su parte, considera que se omitió el presupuesto constitucional de efectuar “otras propuestas” en el proceso que llevó a la investidura de Rajoy en 2016 (2017:114).

46 (Reuenga Sánchez, 2004: 517 y 2017: 118), se manifiesta contrario a la disolución automática del Senado. Esta, que se acordó tras un cambio en la tramitación del texto constitucional, me parece bastante coherente si tenemos en cuenta que, pese a la posición disminuida del Senado en el bicameralismo español, la Cámara Alta sigue ostentando poderes importantes que le permiten facilitar el bloqueo político en caso de mayorías diferentes entre la Cámaras. Así sucedió en 1995 tras las elecciones autonómicas y el cambio de mayoría en el Senado y recientemente en 2018 tras el triunfo de la moción de censura con los escenarios de estabilidad presupuestaria. En ambos casos, con el Partido Popular mayoritario en el Senado.

La previsión constitucional contenida en el artículo 99.5 parte de un *dies a quo* (dos meses a partir de la primera votación de investidura) que, como hemos visto, puede no producirse. De ahí que la doctrina haya señalado la necesidad de reformar este aspecto del texto constitucional⁴⁷.

Siendo deseable una solución a lo que, en este caso sí, es una laguna evidente, la sugerencia de introducir un *dies a quo* claro y operativo es más que razonable. Me permito, sin embargo, recordar que el precepto ha sido empleado en dos ocasiones con total normalidad constitucional. En ambos casos, tras la celebración de esas elecciones se pudo constituir un Gobierno. Es decir, nunca se ha entrado en el bucle de elecciones concatenadas que otros países han sufrido. Si después la duración de la legislatura no ha llegado a término, no ha sido por la redacción o el contenido del artículo 99.5, sino por otras circunstancias directamente derivadas de la fragmentación política. También es cierto que el artículo 99.5 es un precepto al que no conviene acostumbrarse con naturalidad. No es bueno su abuso por lo que implica. Como el artículo 155 o el 116, por otra parte.

5. “Desde la letra de la Constitución, el Gobierno puede ser depuesto y sustituido por el Congreso de los Diputados si se presentase una moción de censura y esta obtuviese la mayoría de los votos, pero, en la realidad política, nunca se ha manifestado de tal modo”.

Esto escribía la profesora González-Hernández en el primer trimestre de 2018⁴⁸. Pocos meses después, Pedro Sánchez era investido presidente del Gobierno tras triunfar una moción de censura. No es cuestión de entrar a valorar las dotes proféticas de la autora. En realidad, no estaba diciendo nada distinto a la inmensa mayoría de la doctrina⁴⁹.

Pero semejante creencia no era correcta ni siquiera cuando las escasas mociones de censura presentadas fracasaban una tras otra. Ya en ese momento tenían una función de exposición pública y política nada desdeñable si se sabía utilizar adecuadamente. Simón Yarza, usando las categorías de Merton, la calificaba de función latente⁵⁰.

Ha sido, sin embargo, el éxito de la moción de censura de 2018 lo que ha abierto la espita de las críticas y la atención sobre la institución. O, al menos, respecto al modo en que se ha manifestado en esta ocasión. Así, se ha leído que carecía de un programa común de

47 (Blanco Valdés, 2017: 93); (García-Escudero Márquez, 2018: 96); (López Rubio, 2017: 174). Este último detalla el esperpéntico –y preocupante– caso del “tamayazo” en la Asamblea de Madrid el año 2003 y da cuenta del dictamen del Consejo de Estado emitido el 26 de junio de 2003 sobre este particular.

48 (González-Hernández, 2018: 200).

49 Por todos, Aragón Reyes, citado por Mateos y de Cabo (2017: 179).

50 (Simón Yarza, 2015: 98): “En efecto, la moción de censura constructiva puede ser utilizada para forzar una confrontación entre el Presidente del Gobierno y el candidato propuesto que, en ciertos casos, sería in viable de otra manera. De hecho, el uso que en España se ha hecho de la moción constructiva obedece básicamente a esa función latente, no directamente perseguida por el constituyente. Felipe González buscó –y consiguió– realizar su propia figura política frente a un debilitado Suárez, y Hernández Mancha forzó un debate que, de otro modo, no se habría producido”.

gobierno, que no era constructiva sino destructiva, que había una heterogeneidad inaceptable entre sus votantes, que tenía una simple virtualidad instrumental, etcétera.

No es el objeto de una publicación de esta naturaleza contestar políticamente a dichas críticas. Interesa, en cambio, verificar si determinadas opiniones doctrinales alineadas con –o alimentadoras de– las opiniones anteriores son ciertas. Es decir, si lo que sucedió se ajustó a la Constitución. Acepto como verdad incontestable que el constituyente nunca fue un entusiasta de las mociones de censura por su empeño en garantizar la estabilidad gubernamental. No obstante, la recogió con plenitud en el artículo 113. Y, por consiguiente, es un medio tan constitucional como cualquier otro para hacer surgir un gobierno, aunque quizá algo más traumático. Por tanto, las frecuentes apelaciones a la falta de legitimidad de un gobierno por el hecho de nacer de una moción de censura me parecen, estas sí, difícilmente compatibles con la Constitución, sin dejar de reconocer el amplio espectro del derecho a la libertad de expresión.

El artículo 113 CE señala con nitidez el objeto de la moción de censura: “exigir la responsabilidad política del Gobierno”. Este objetivo está recogido con tanta amplitud que dificulta notablemente reducirlo a supuestos de hecho muy concretos⁵¹. Un cambio esencial en la política de un gobierno puede ser motivo de alegría para la oposición, en ocasiones. Pero no hace falta tener mucha imaginación para pensar que involucrar a un país en una guerra impopular, crear serios problemas de orden público con sus políticas u otros supuestos análogos son motivos de pleno fundamento constitucional para presentar una moción de censura. Y también, cómo no, la corrupción. Explicando la virtualidad de la rendición de cuentas (y, en este caso sí, con una capacidad profética extrema) señalaba González-Hernández en los primeros meses de 2018:

Una de las claves estaría, pues, en desincentivar la ventaja que supondrían las conductas corruptas, lo que nos conduce nuevamente al mismo punto, si bien, por otro camino: el de los atolones de cierta irresponsabilidad que pueden seguir presentes en normas constitucionales y/o legales que impiden garantizar una verdadera rendición de cuentas. La calidad de la democracia requiere de un importante grado de confianza de los ciudadanos en sus instituciones, lógica consecuencia de una opinión pública crítica y vigilante y con elevadas exigencias éticas. Y es que la corrupción política repugna la conciencia cívica. Tiene un efecto demoledor sobre la legitimidad del sistema y produce efectos negativos en cadena (...) Puede calificarse, por ello, de cáncer de la democracia⁵².

A diferencia de lo previsto en el artículo 99 CE para la investidura, la Constitución guarda silencio sobre la exigencia de que el candidato incluido en una moción de censura presente un programa. No es uno de los requisitos de tan complicado proceso. Solo desde la mimesis con el mencionado artículo 99 debe entenderse la exigencia del

51 “En definitiva, la Constitución no exige como supuesto de hecho para poner en marcha una moción de censura la desuiciación por parte del presidente del programa expuesto en su investidura”. (López Rubio, 2017: 173).

52 (González-Hernández, 2018: 206).

artículo 177.1 del Reglamento del Congreso. Exigencia que, reitero, no tiene naturaleza constitucional⁵³.

Ello nos conduce a preguntarnos si es compatible con la Constitución una moción de censura instrumental. En este caso, con el objetivo de convocar elecciones. Coincido plenamente con Simón Yarza cuando señala que “Honestamente, pienso que el planteamiento de una moción instrumental no se opone necesariamente al espíritu de la Constitución”⁵⁴. En el caso que nos ocupa, si el señor Sánchez cayó en la tentación de extravasar la instrumentalidad de su moción de censura⁵⁵, la realidad política vino a ponerle en su sitio y, tras el fracaso para aprobar los Presupuestos Generales del Estado, se vio obligado a convocar elecciones.

La funcionalidad de la moción puede operar también en otro sentido. En determinadas circunstancias, una moción de censura puede desbloquear una situación política viciada por las causas que sean. No es necesariamente disfuncional⁵⁶. Aun más, como se ha señalado acertadamente: “En un parlamento con varios partidos de ideologías inconciliables y extremas, el carácter constructivo de la moción tiende a producir el efecto estabilizador que el sistema de partidos niega”⁵⁷.

Lo que signifique “ideologías inconciliables y extremas” es bastante anfibológico. Me permito recordar, no obstante, cómo empezó la legislatura y lo que tuvo que acaecer para poder investir presidente al señor Rajoy en 2016. Quizá por ahí encontremos explicaciones a muchas cosas.

Concluía Simón Yarza su trabajo de 2015 haciendo prospección de la situación española de ese momento y era bastante concluyente cuando afirmaba que: “la moción de censura constructiva podía demostrarse en el futuro como una regla eficaz para impedir la inestabilidad política”⁵⁸.

Cuatro años más tarde, el mismo autor, tras efectuar un brillante repaso de la teoría de la moción de censura, concluye tajantemente: “pienso que la moción de censura del Sr. Sánchez no se llevó a cabo simplemente al margen, sino en franca oposición al espíritu de la moción constructiva”⁵⁹.

53 (Simón Yarza, 2109: 123), afirma, respecto a la presentada por el Grupo Socialista en mayo, que: “Solo formalmente puede calificarse la ‘hoja de ruta’ propuesta por el Sr. Sánchez, a mi modo de ver, como un programa de gobierno”.

54 (Simón Yarza, 2019: 127). Dicho sea con todas las reservas que siempre me suscita la mención al “espíritu” en los análisis jurídicos.

55 Reconociendo poco implícitamente este carácter, el candidato Sánchez ofreció al presidente Rajoy retirar la moción si este dimitía. Más claro, agua.

56 “...la mayoría exigida en nuestra Constitución para derribar al anterior Gobierno permite una investidura automática de un nuevo presidente, por lo que no supone un bloqueo institucional, ya que tanto el antiguo como el nuevo Gobierno están garantizados, es decir, que favorece la pervivencia del antiguo mientras no prospere un nuevo Ejecutivo”. (Mateos y de Cabo, 2017: 162).

57 (Simón Yarza, 2015: 99). Señala poco después que “En un régimen parlamentario capaz de producir regularmente sólidas mayorías de gobierno, sin embargo, este mecanismo deja de cumplir una función estabilizadora y se convierte en una especie de parapeto que blindo al gobierno permitiéndole, una vez investido, desatender los compromisos contraídos con sus socios de coalición sin perder su status”.

58 (Simón Yarza, 2015: 108).

59 (Simón Yarza, 2019: 133).

Curiosamente, soy de la opinión de que su muy documentado artículo aporta todos los elementos para sostener la interpretación contraria o, al menos, para justificar su plena constitucionalidad. Lo que está en la base de esa afirmación –el autor no lo oculta– es la clásica teoría del fraude jurídico⁶⁰. ¡Cómo no reconocer la antigüedad de la teoría y su virtualidad! Pero acto seguido señaló que la posibilidad de constatar su existencia es una de las tareas más ímprobables de la dogmática jurídica (para los opinadores políticos todo es más sencillo). De hecho, ha sido casi siempre uno de los “recursos de última instancia” al que se apela cuando el arsenal está agotado. De ahí mi instintiva desconfianza hacia su invocación.

Por ello, tiendo más bien a pensar –hecho reconocido incluso por muchos de los que criticaron la operación política– que la instrumentación “formal” de la moción de censura, así como su ulterior tramitación, fueron irreprochables. Su aprobación buscaba –con éxito interpretable, es cierto– el desbloqueo de una situación en la que se encontraba un gobierno –minoritario, no lo olvidemos– que, cercado por los problemas antes apuntados, había perdido el crédito de la opinión pública. El Partido Popular entró en la legislatura de 2016 con 134 escaños y en la de abril de 2019, subsiguiente a la moción de censura, le quedaban 68. La pregunta sobre el cuándo es más propia de la magistral pluma de Vargas Llosa.

V. CONCLUSIONES

Vivimos tiempos de cambios. Desaparecen o se transforman paradigmas que han funcionado largo tiempo. Aparecen nuevas realidades. Y siempre que sucede esto, hay mucha gente para la que todo tiempo pasado fue mejor. Se crea inseguridad ante la extensión y profundidad de los cambios. Pero no es cierto: cualquier tiempo pasado no fue necesariamente mejor; fue, simplemente, diferente.

Pertenezco a la primera promoción de licenciados en Derecho que salió de la Facultad con la Constitución de 1978 debajo del brazo. Desde esta veterana militancia constitucional, contemplo con satisfacción que aquellos que hablaban sin especial cariño del “régimen del 78” empiezan a apreciar las bondades de la Constitución. Aunque sea a trozos y de manera parcial. Por algo se empieza. Pero muchos estábamos desde el principio en este Mediterráneo al que sigue llegando gente que siempre es bienvenida. Por eso creo vivamente en la virtualidad y vigencia del texto constitucional.

Puede decirse, de un modo bastante aproximado, que en nuestra sociedad la aplicación del texto constitucional ha tenido lugar en dos periodos que coinciden casi exactamente con los reinados de Juan Carlos I y Felipe VI. En ambos la Constitución española ha dado muestras de una prodigiosa flexibilidad, que apenas ha requerido

60 “En efecto, el recurso a la letra para ratificar las ‘decisiones fundamentales’ de la Constitución constituye un genuino fraude jurídico”. (Simón Yarza, 2019: 115).

de reformas formales. El mismo texto ha funcionado en realidades sociales muy diferentes y ha servido incluso en momentos de gran desafío al propio sistema político y constitucional.

Lo que muchos interpretan como “desajustes” del sistema no traen causa, a mi entender, de problemas propios de nuestro texto constitucional. Responden más bien a cambios profundos en la estructura social. Unos son lógica consecuencia del transcurso de un tiempo que ya va siendo largo desde su aprobación en 1978. Otros han sido propiciados por factores de graves crisis económicas y sociales a las que no son ajenos fenómenos de dimensión mundial. Y otros son manifestaciones recurrentes de lo que en nuestra larguísima historia como nación nunca fuimos capaces de resolver del todo.

Frente a estos retos, la Constitución ha aportado soluciones jurídicas en todos y cada uno de los casos. El cambio radical del sistema de partidos, la sucesión en la jefatura del Estado, el desafío secesionista, la pandemia de la covid-19, etcétera, han encontrado siempre una respuesta en el texto constitucional. Otra cosa es que la gestión política de esos retos haya estado a la altura de las circunstancias.

Es muy tentador, cuando se tiene una larga experiencia, advertir peligros por doquier. Incluso si estos son contradictorios entre sí. Así se pasa, por ejemplo, de advertir contra el riesgo de que el Parlamento sea un departamento legislativo del Gobierno a prevenir pocos años después contra el temor de que lleguemos a un “parlamentarismo de asamblea”⁶¹.

Ni una cosa ni la otra, a mi parecer. El acomodamiento de una sociedad diferente y un sistema de partidos muy distinto al mismo texto constitucional requiere tiempo, paciencia y tanteos.

No me manifiesto contrario a abordar reformas en la Constitución. Pero para que tengan sentido es preciso que nos aseguremos de que el resultado de la reforma propuesta sea realmente funcional y no una mera transposición de aquello que ideológicamente nos parece más ajustado a nuestras propias convicciones. España es un país que tradicionalmente ha tendido a intentar solucionar problemas con la aprobación de nuevas normas sin haber intentado extraer previamente todas las potencialidades de las que ya estaban en vigor. Cuando leo propuestas sobre reformas constitucionales consistentes en introducir plazos, perfilar detalles, en resumidas cuentas, en hacer una constitución “reglamentista”, siempre releo el título X de la Constitución y vuelvo a constatar qué fácil es proponer una reforma en un papel y qué difícil es llevarla a cabo por el procedimiento establecido en la propia Constitución. Esto, sin entrar en la vertiente política que implica siempre la tensión inherente a una reforma constitucional, cuando, como he indicado, nunca ha faltado respuesta normativa a un problema planteado.

61 (Aragón Reyes, 2017: 31).

Muchas de las reformas que he analizado en este trabajo reconocen abiertamente que el problema que pretenden solucionar es producto de un sistema político mucho más fragmentado. Fragmentado me parece un vocablo muy elegante para referirse al clima político que vivimos desde hace un tiempo. ¿De verdad pensamos que es este el mejor momento para proponer reformas constitucionales o legales como las anteriores?

Llevo mucho tiempo convencido de que en la actual situación política de España hubiera sido imposible aprobar una constitución tan avanzada, innovadora y, en el fondo, progresista como la que fueron capaces de alumbrar los constituyentes de 1978.

Y, sobre todo, y volviendo a mi escepticismo sobre la “cientificidad” social de los juristas, recojo aquí la cita de Simón Yarza que, al referirse a las situaciones de ingobernabilidad, reconoce expresamente: “Esto no siempre se puede garantizar a través de reglas jurídicas, dado que la fragmentación ideológica de la sociedad se resiste, en ocasiones, a la simplificación a través del Derecho”⁶².

No puedo estar más de acuerdo con esta idea. Por ello creo que las reformas analizadas no son la vacuna a los problemas, falsos o reales, detectados por la doctrina. Salvo la fijación de un *dies a quo* en el artículo 99.5, no encuentro suficiente fundamento en ellas. Y, sinceramente, no me parece que esa sensata reforma tenga en este momento el mejor caldo de cultivo. ♦

62 (Simón Yarza, 2015: 100).

BIBLIOGRAFÍA

Alba Navarro, M. (2018). Reflexiones sobre la Presidencia de las Cámaras. *Revista de las Cortes Generales*, (103), 273-293.

Álvarez Vélez, M. I. (2016). La investidura del Presidente del Gobierno y las similitudes y diferencias de las investiduras de los Presidentes de los ejecutivos autonómicos. *Revista General de Derecho Constitucional*, (22).

Aragón Reyes, M. (2017). Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (109), 15-34.

Bar Cendón, A. (1998). Comentario al artículo 99 de la Constitución. En O. Alzaga (Ed.). *Comentarios a la Constitución Española de 1998*. Madrid: Edersa.

Blanco Valdés, R. L. (2017). El año que vivimos peligrosamente. Del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad. *Revista Española de Derecho Constitucional* (109), 63-96.

García-Escudero Márquez, P. (2018). Un nuevo parlamento fragmentado para los 40 años de la Constitución. *Revista de derecho político*, (101), 67-98. <https://doi.org/10.5944/rdp.101.2018.21951>

García-Escudero Márquez, P. (2019). Balance de la moción de censura constructiva en un parlamento fragmentado. *Teoría y Realidad Constitucional*, (44), 67-98.

González-Hernández, E. (2018). El modelo de responsabilidad del Gobierno en la Constitución de 1978 o jugar a las siete y media. *Revista de Derecho Político*, (101), 183-214.

López Rubio, D. (2017). La investidura del Presidente del Gobierno: un análisis a la luz de la experiencia reciente. *Eunomia, Revista en Cultura de la legalidad*, (13), 159-181.

Mateos y de Cabo, O. (2017). La elección parlamentaria del Presidente del Gobierno en España: análisis normativo, estabilidad institucional y propuesta de reforma del artículo 99.5 de la Constitución española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (111), 155-184.

Nohlen, D. (2013). Controversias sobre los sistemas electorales y sus efectos. *Revista Española de Ciencia Política*, (31), 9-39. Recuperado de <https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/articulo/view/37573>

Reuenga Sánchez, M. (2004). Veinticinco años de formación del Gobierno. *Revista de Derecho Político*, (58-59), 505-522.

Reuenga Sánchez, M. (2017). La funcionalidad del artículo 99 de la Constitución. Ante el caso de un resultado electoral fragmentado: ¿mejorar su aplicación o proponer su reforma? *Revista Española de Derecho Constitucional*, (109), 97-120.

Sánchez Muñoz, O. (2017). El fin (momentáneo) del bipartidismo en España: análisis de los resultados electorales de 2015 y 2016. *Revista española de derecho constitucional*, (109), 237-60. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.109.09>

Simón Yarza, F. (2015). La moción de censura: ¿constructiva u "obstructiva"? *Revista Española de Derecho Constitucional*, (103), 87-109.

Simón Yarza, F. (2019). De la investidura convulsa a la moción de espíritu destructivo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (116), 11-136.

Torres del Moral, A. (2009). La reforma del sistema electoral o la cuadratura del círculo. *Revista de Derecho Político*, (74), 51-111.

GIZA ESKUBIDEEN EUROPAKO ITUNAREN 16. PROTOKOLOA: “ARRAKASTAZ EZ HILTZEA” HELBURU¹

PROTOCOL NO. 16 TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS.
OBJECTIVE: “NOT TO DIE OF SUCCESS”

Joxerramon Bengoetxea Caballero

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea²

Cómo citar / Nola aipatu: Bengoetxea Caballero, J. (2020). Giza Eskubideen Europako Itunaren 16. Protokoloa: “arrakastaz ez hiltzea” helburu. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, (1): 40-59.
<https://doi.org/10.47984/legal.2020.002>

Human rights, as general principles, are universal in the abstract, although their application in individual cases must take due account of domestic circumstances (Spano, 2014: 494)



LABURPENA

Artikulu honek Giza Eskubideen Europako Itunari atxikitako 16. Protokoloa aurkeztu eta aztertzen du. Protokolo horrek sistema berri bat ireki du Europar Itunaren babes-sistemari dagokionez, epai aurreko galdeketa judiziala aurreikusten baitu Goi Itunkideetako jurisdikzio gorenei aukera berri bat emanez. Izan ere, Itunaren edo Protokoloren bateko giza eskubideren baten inguruko interpretazio-zalantza eta printzipiozko galdera sortzen zaienean, auzia eten eta Estrasburgoko

Auzitegiari galdera egiteko aukera izango dute, honek aholku-irizpen batekin erantzungo dielarik. Artikuluak Itunaren beraren eskema, Estrasburgoko Auzitegiaren izaera eta Protokolo berriaren funtzionamendua azaltzen du, bai eta orain arte emandako lehenengo eta bakarra den irizpena aztertu ere.

GAKO-HITZAK

Giza Eskubideen Europako Hitzarmenari atxikitako 16. Protokoloa, Giza Eskubideen Europako Auzitegia, subsidiarotasuna, hautamen-gunea, epai aurreko galdeketak, aholku-irizpenak, elkarrizketa judiziala Europan.

1 Artículo también disponible en castellano en <http://legal.legebiltzarra.eus/article/view/2627>

2 IT1190-19, EB eta Funtsezko Eskubideei buruzko Ikerketa Taldeko kide (IN: J. I. Ugartemendia), eta DER 2015-64599-P MINECO/FEDER UE Ikerketa egitarauaren kide (IN: J. M. Landa), delituosteko aldarriak eta arriskugarritasuna.

ABSTRACT

This article presents Protocol 16 added to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. This protocol has introduced a sort of preliminary reference mechanism to the Strasbourg system of Human Rights protection. High-range Courts from the Contracting Parties can suspend proceedings and refer to the European Court of Human Rights a request for an advisory opinion on a question of principle relating to the interpretation of the rights and freedoms of the Convention and its protocols. The article goes through the main traits of the European Convention and the European Court of Human Rights, and then describes the main issues involved in the new Protocol 16. The article also briefly analyses the only advisory opinion given by the Strasbourg Court so far, and discusses the possible impact of this new instrument.

KEYWORDS

Protocol 16 to the European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, subsidiarity, margin of appreciation, preliminary references, advisory opinions, judicial dialogue in Europe.

RESUMEN

El presente artículo presenta y analiza el Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El presente protocolo abre un nuevo sistema en lo que referente al sistema de protección del Convenio Europeo, pues prevé una nueva consulta prejudicial dando una nueva oportunidad a los órganos jurisdiccionales de mayor rango de una Alta Parte Contratante. Así, cuando les surja alguna duda interpretativa o alguna cuestión de principio sobre algún derecho humano recogido en el Convenio o en alguno de sus protocolos, podrán suspender el juicio y consultar al Tribunal de Estrasburgo, que responderá con una opinión consultiva. Este artículo expone el esquema del propio Convenio, la naturaleza del Tribunal de Estrasburgo y el funcionamiento del nuevo protocolo, así como un análisis de la primera y única opinión consultiva emitida hasta el momento.

PALABRAS CLAVE

Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, subsidiariedad, margen de discrecionalidad, consultas prejudiciales, opiniones consultivas, diálogo judicial en Europa.

SUMARIOA

- I. SARRERA.
- II. GIZA ESKUBIDEEN EUROPAKO ITUNA ETA 16. PROTOKOLOA.
- III. GIZA ESKUBIDEEN EUROPAKO AUZITEGIA ETA 16. PROTOKOLOA.
- IV. 16. PROTOKOLOA: EPAI AURREKO GALDEKETAREN TRESNA AUSARTA.
- V. 16. PROTOKOLOAREN ERAGINA EUROPAR GIZA ESKUBIDEEN SISTEMAN.

BIBLIOGRAFIA.

I. SARRERA

Artikulu honetan berrikuntza juridiko baten inguruan jardungo naiz. Aldizkari-ko editoreek jarritako gai batekin agertzen naiz plaza berri honetan, Giza Eskubideen Europako Itunari atxiki zaion 16. Protokoloari buruz jardutea eskatu baitidate, honek eratzen duen epai aurreko irizpenen sistema berria azalduz. Bizi garen une bitxi eta etsigarri hauetan giza eskubideen inguruko hausnarketa ezinbestekoa da. Izan ere, Covid-19ak eta horri aurre egiteko hainbat estatu europarrek ezarritako alarma-, premia- edo salbuespen-egoerek gure bizimoduan triskantzak eragin dituzte, gure askatasunak kolokan geratu direlarik: konfinamendu-egoeran ezin da libreki mugitu, ezin jendearekin bildu edo elkartu, ezin erlijioa taldean praktikatuz, aisialdirako eskubidea erabat murriztua dago, lanerako eskubidea kolokan, bizitza kulturala ezin da jendaurrean garatu, hezkuntza -eskubidea baldintzatuta dago, osasuna arriskuan, ogibideak kolokan, polizia-neurriak ezarri dira, Administrazioaren zigorrak eta abar luze bat. Baina lehendabiziko hitzetan, gizalegezkoa denez, *Legal aldizkaria* ekimenegatik zoriontzea dagokit, eta aldizkariari bizi oparo bezain luzea opatzea, eta azkenik, ez azkena, eskerrak ematea gonbitea luzatu izanagatik, zuzenbidearen teoriari lekutxo bat eginez. Eta orain, harira jotze aldera, koka dezadan nire gaia, 16. Protokoloa, zoom zabaletik abiatuz gero eta gertuago heltzen joateko.

Europar, Bigarren Mundu Gerraren ostean estatuen elkarlanerako erakunde berri eta pisuzko batzuk sortu ziren. Gerra Hotzaren hastapenak ziren, eta Mendebaldeko "mundu libreak" eta sobietarren blokeak Europa zatitu zuten, Alemania eta Berlin zatiketarako ardatz hartuta, altzairuzko ohiala jaitsiz. Mendebaldeko Europar, ekonomian, Marshall Plana eta honek ekarritako OCDE ezarri ziren; elkarlan militarerako Ipar Atlantikoko Aliantza (NATO) sortu zen eta sobietar blokean Varsoviako Hitzarmena; merkataritza truke librerako EFTA eta IAEE sortu ziren (EE edo Merkatu Komuna), eta sobietar blokean COMECON; eta elkarlan juridiko-politikorako Europako Kontseilua sortu zen 1949. urtean, demokrazia eta giza eskubideak bultzatzeko. Horren parekorik ez zen egon Ekialdean. Europar Batasuneko Kontseiluarekin edo erakunde bereko Kontseilu Europarrarekin inolako zerikusirik ez duen Europako Kontseilua izeneko erakunde honetan, egun, Gerra Hotza amaitu zela 30 urte luze pasa direnean, Europako 47 estatu desberdin kideku dira, Azerbaijandik (osorik ekialdeen) Islandiara (osorik mendebaldean), edo Monakotik (txikienetakoa) Errusiara (handiena eta ekialdeana). Giza eskubideak eta askatasun demokratikoak bultzatu eta babestea ditu xede.

Aski ezaguna dugu erakunde honen baitan sortutako Giza Eskubideak eta Oinarrizko Askatasunak Babesteko Europako Ituna (Hitzarmena), beharbada Europako Kontseilua bera baino ezagunagoa, eta are ezagunago Itunak berak eratutako Giza Eskubideen Europako Auzitegia, Estrasburgon egoitza duena. Erruz eta arrunt garrantzitsuak dira Auzitegi horretan emandako epaiak, horietako batzuk euskal arazoengatik, hala nola *Otegi*, *Atutxa*, *Belen del Río* aferak, torturari buruzko epaiak, *San Argimiro Isasa*, *Otamendi*, *Etxeberria*, *Ataun*, *Arratibel* edo *Beortegi* aferetan emandakoak, besteak beste.

Halaber, Hitzarmen edo Itunaren egitura ez zaigu arrotz egiten dagoeneko. Izan ere, oinarritzko eskubide batzuk –gutxi, baina funtsezkoenak beharbada– jasotzen ditu lehen atalean, “Eskubideak eta askatasunak”, 2. artikulutik 14. artikulura bitartean, eta ondoren hainbat prozedurazko arau aurreikusten du, hala nola atal bereko 15. artikulutik 18. artikulura xedatzen dira Estatu Itunkideek ezar ditzaketan mugak eta baldintzak. Bigarren atalean, Itunak Giza Eskubideen Europako Auzitegia eratzen du, haren osaketa eta funtzionamendurako arauak ezarriz, 19. artikulutik 51. artikulura. Hirugarren atalean, xedapen orokorrak datoz (jurisdikzioa, lurraldetasuna, idazkari nagusia, Ministroen Batzordea, eta abar). Hein batean esan daiteke giza eskubideak babesteko horrelako dokumentu bat atipikoa bezain prototipikoa dela.

Prototipikoa eredugarria delako: eskubide-zerrenda mugatua eta urria izanda ere, eskubide horiek bermatzeko arauak zehatzak eta lotesleak dira. Horra hor aurrerapausoa giza eskubideen bilakaera historikoan. Gainontzeko giza eskubideen aldarrikapenak, mundu mailan, estatu batzuetakoak barne, ez dira iristen Europar Itunak lortzen duen babes eraginkorreko mailara. Eta horregatik mundu mailan eredugarri bilakatu da. Giza eskubideak babesteko europar sistema honen abiapuntua da estatuak berek giza eskubideak aitortu eta babestu behar dituztela, eta Europako Hitzarmenak (Itun Europarrak) ematen duen babesa azken fineko babes subsidiarioa edo ordezkoa dela. Goi Itunkide den aldetik, Estatuak ez badu Itunean jasotako giza eskubideren bat errespetatzen, eskubide hori urratzen badu, orduan europar sistemak kontrolari ekingo dio. Horregatik esaten da sistema europarrak subsidiariotasunaren eskema hartzen duela, giza eskubideak babesteko ardura estatuena izaki, eta subsidiariotasunari eutsiz, esparru edo eremu bat, gune bat, aitortzen zaie giza eskubideak euren sistema eta kultura juridikoaren arabera babes ditzaten. Ez bada Europa mailako kontsentsu sendorik ihardetsi giza eskubideren baten inguruan, Estatu bakoitzak bere kontzepzioari eutsi diezaioke “giza eskubidea” edo “funtsezko askatasuna” ulertzen duen moduan babesteko.

Baina Ituna *atipikoa* ere bada. Atipikoa, ordura arte giza eskubideen tresna juridiko gehienak eskubideen zerrenda luzexkak izan direlako, baina Europar Itunean eskubideak jasotzen dituzten artikulua ez dira Itunaren heren batera ere iristen. Hauek dira babestutako eskubideak: bizitzeko eskubidea (2. artikulua), torturaren debekua (3. artikulua), esklabotza eta lan derrigortuen debekua (4. artikulua), askatasun eta segurtasun pertsonalerako eskubidea (5. artikulua), epaiketa justu baterako eskubidea (6. artikulua), *nullum crimen, nulla poena, sine lege* (7. artikulua), bizitza pribatu eta intimitaterako eskubidea (8. artikulua), pentsamendu-, kontzientzia- eta erlijio-askatasunerako eskubidea (9. artikulua), adierazpen-eskubidea (10. artikulua), elkarretaratze eta bilera askerako eskubidea (11. artikulua), ezkondu eta familia bat sortzeko eskubidea (12. artikulua), auzibide eraginkorrerako eskubidea (13. artikulua), eta eskubide horien guztien inguruko diskriminazioren debekua (14. artikulua). Eskubide urri, batez ere Europar Batasuneko Oinarritzko Eskubideen Gutunak jasotzen duen eskubide-zerrendarekin alderatuta, baina babes-sistema sendoa. Honen atzean dagoen funtsa ondo ulertzea komeni da.

“Ez daude diren guztiak, baina daudenak badira”. Egia da bere giza eskubideen zerehura laburra dela eta funtsezko eskubide batzuk bidean geratu zirela; ez soilik eskubide sozio-ekonomiko-kulturalak –hezkuntza, osasuna kasu–, baita lehenbiziko belaualdiko beste eskubide batzuk ere, hala nola jabetza-eskubidea. Horretarako, Itunari protokoloak gehitzen joan zaizkio, Europako Kontseiluaren baitan nahikoa adostasun lortu denean, eta horrela bidea zabaltzen da Hitzarmen edo Itunari eskubide berriren bat gehitzeko, eta hori protokoloen bitartez egin izan da eta egiten da. Eskubide materialak gehitu daitezke edo prozedurazko arau eta antolamendu berriak ere bai. Horrelakoa da 16. Protokoloa, idazlan honetan azalduko duguna, baina horri ekin baino lehen, azalpen terminologiko batzuk egitea zilegi bekit.

Euskaraz Giza Eskubideen Europako Hitzarmena deitzen zaio 1950. azaroaren 4an onartutako konbentzioari, hizkuntza ofizialetan *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* eta *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Bi hizkuntza ofizialetan “Hitzarmena” beharrez “konbentzio” deitzen diote, *Convention* eta gazteleraz, ofiziala ez dena, *Convenio*. Ingelesez eta frantsesez izen formalaren ordezkari ohikoa da *European Convention on Human Rights* edo *Convention européenne des droits de l'homme* izendatzea, “Europako” beharrez “europarra” esan ohi da: *European* edo *européenne*. Horregatik, hemen, Giza Eskubideak eta Oinarrizko Askatasunak Babesteko Europako Ituna deituko diogu edo beste laburdura hauekin: Giza Eskubideen Europako Ituna, Europar Ituna, edo Ituna. Hitzarmena ez dugu aukeratzen honako arrazoi honegatik: Nazio Batuen Erakundearen baitako 1966. urteko nazioarteko bi Hitzarmenekin ez nahastearren, alegia, Eskubide Zibil eta Politikoaren Nazioarteko Hitzarmena (1966), eta Eskubide Ekonomiko, Sozial zein Kulturalen Nazioarteko Hitzarmena (1966, *Pacto* gazteleraz, *Pacte*, frantsesez, edo *Covenant* ingelesez). Halaber, Ituna sinatu eta berretsi duten estatuei “Goi Itunkide” deituko diegu, jatorrizko *High Contracting Parties*, *Hautes Parties Contratantes*. Europar Itunak eratu duen auzitegia horrela izendatuko dugu: Giza Eskubideen Europako Auzitegia, edo laburdura hauekin: Giza Eskubideen Auzitegia, Europar Auzitegia edo Auzitegia.

II. GIZA ESKUBIDEEN EUROPAKO ITUNA ETA 16. PROTOKOLOA

1950eko azaroaren 4an onartutako Giza Eskubideak eta Oinarrizko Askatasunak Babesteko Europako Ituna, giza eskubideen babeserako munduko tresna edo dokumentu garrantzitsuen eta eraginkorren artean koka dezakegu. Neurri handi batean, arrakasta honen arrazoia Itunak berak eratzen duen babes-sisteman datza, nagusiki, Giza Eskubideen Auzitegian, hurrengo atalean azalduko duguna. Baina ez da bakarrik babes-sistemagatik, Itunak babestutako eskubideekiko oso ikusmolde praktikoa, dinamikoa, argi eta dialektikoa hartzen baitu. Saiatuko gara ezaugarri horiek banan-banan azaltzen.

Ikusmolde *praktikoa* dator eskubideak arautzen diren moduagatik eta Itunaren beraren zergatia hitzaurreak aurkezten duen moduagatik: Europako Kontseiluko kideen artean batasuna areagotzea giza eskubideen bitartez, horiek bakearen, justiziaren eta demokraziaren adierazle nagusiak direlako. Horregatik, bertan jasotzen dira Europako estatuek –tradizio politiko, ideal, askatasuna eta *the rule of law* delakoaren (zuzenbide agintearen) ondarea partekatzen dutenek– hartutako “lehen neurriak”, 1948an egindako Giza Eskubideen Adierazpen Unibertsalean jasotako “zenbait” eskubideren berme kolektiboa Europan ziurtatzeko. Itunak bermatu nahi dituen eskubideak ez dira akademiko edo hutsalak, baizik eta praktikoa eta eraginkorrak (*Airey vs Irlanda* afera, 1979-10-09ko epaia).

Ez dira denak jasotzen lehen esan dugun bezala. Goi Itunkideek beren jurisdikziopean aurkitzen diren pertsona guztiei zenbait eskubide bermatzeko konpromisoa hartzen dute (1. artikulua). Esan daiteke Itunak jasotzen dituen eskubideak Goi Itunkideek bermatzeko modukoak direla: bizitza, osotasun fisikoa, torturaren edo esklabotzaren debekua, askatasun pertsonala, alegia, *habeas corpus* eta bidegabeki atxilotua ez izateko eskubidea, askatasun politikoak (kontzientzia-, erlijio- eta adierazpen-askatasuna eta biltzeko askatasuna bereziki), segurtasuna, auzi-eskubideak, eskubide penalak, familiarako eta ezkontzeko, edo bizitza pribaturako eskubideak. Ez dira jasotzen estatuek nahi bai, baina baliabiderik ezagatik, bermatzeko ahalmen edo gaitasunik ez duten eskubideak. Eskubidea jasotzen bada, bermatu egiten da, ez da geratzen *desideratum* edo asmo huts batean. Horregatik, 13. artikulua estatuei exijitzen die euren sistema juridikoan eskubide eraginkorrak (*effective remedy*) antolatzeko, aitortzen diren eskubide horien urraketen biktimek konponketa eduki dezaten.

Konponketarako hiru bide nagusi dago: estatuek egindako giza eskubideen urraketa indibiduala eta zehatza zuzentzea, estatuei agintzea biktimari kalte-ordaina eman diezaiotela, eta kasu batzuetan estatuek arau edo neurri orokorrak hartu behar izatea urraketa zuzentzeko. Praktikotasuna eta eraginkortasuna nabari dira (Gerards 2019: Ch I). Izan ere, orain arte Goi Itunkide guztiek egin dute euren sistema juridikoaren eta politikaren aldaketaren bat Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren epaien ondorioz. Esate baterako, halako kasuetan: arrazakeriak bultzatutako bortxa, segurantza sozialeko onurak, jaio aurreko enbrioien eskanerren debekua, espetxe-baldintza ez-gizakoiak, torturak, bigarren helegitearen beharra zigor-afereetan, abiadura azkarregiagatik ezarritako administrazio-isunak, abortoa, bizitza osorako espetxe-zigorak, terrorismoaren susmopekoak erbesteratzea, erlijio-gutxiengoaren eskubideak, besteak beste. Bistan da, batzuk larriak, oso, eta beste batzuk arinagoak dira, baina urraketen biktima guztiek, Itunari esker, babesa izan dute.

Baina ikusmoldea *dinamikoa* ere bada. Ituna “lehenengo urratsez” mintzo da hitzaurrean, urrats gehiago hartuko direlakoan. Esan ohi da Ituna tresna bizi-bizia dela (*living instrument*) eta hori hala da, batez ere, jasotako eskubide horiek interpretazioaren bidez egokitzen doazelako. Interpretazioaren bitartez, jasota dauden eskubideak egoera berrie-

tara egokitzen eta aplikatzen joan da Auzitegia. Gainera, giza eskubideak ere oinarritzko kontzeptu juridiko eta zuzenbidearen funtsezko tresna gisa garatuz joan dira; eskubideon mamiak, edo muinak, Estatuarekiko eragin bertikal zuzena izateaz gain, gizabakoen eta pertsona juridikoen arteko harremanetan eragin horizontala eta zeharkakoa izatera ere pasatu direlarik (*horizontal direct effect*). Gainera, eskubideei Goi Itunkideek ezar diezazkieketen trabak, oztopoak edo murrizketak ere interpretatzen joan dira, ez bakarrik estatuen hautamen-gunea lehenesteko, bai eta eskubideen muina babesteko ere (*autonomous and substantive interpretation of the Convention rights*).

Baina dinamikoa ere bada zerrenda bera osatu daitekelako. Horretarako, protokoloek eskubide berriak gehitzea daukate. Itunaren azken fintzea edo sistematizazioa 14. Protokoloarekin gauzatu zen. Protokoloen bitartez eskubide berri hauek gehitu izan dira: jabetza, hezkuntza, hauteskunde libreak 1. Protokoloan; zorreatatik ezin espetxeratzea, joan-etortzeko (mugimendu) eskubidea, hiritarrak erbesteratzearen debekua eta atzerritarren erbesteratze kolektiboaren debekua 4. Protokoloan; heriotza-zigorren debekua gerra-egoeren salbuespenarekin 6. Protokoloan eta erabateko debekua 13. Protokoloan; atzerritarrak erbesteratzeko baldintzak, auzi penaletan helegitea jartzeko eskubidea, bidegabeko kondenengatik kalte-ordaina, birritan epaitua ez izateko eskubidea, eta ezkontideen arteko berdintasuna 7. Protokoloan, eta diskriminazioaren debeku orokorra (ez bakarrik jasotako beste eskubide bati atxikia) 12. Protokoloan. Protokolo horietan aitortzen diren eskubideen berme kolektiboa berauek berretsi ditzuten Goi Itunkideen artean soilik ziurtatzen da. Horreatatik, posible da Estatu batek heriotza-zigorra gerra-egoeretan gordetzea eta beste Estatu batek erabat ezabatzea. Gainontzeko protokoloak, aztergai dugun 16.a kasu, babes-sistemari buruzkoak dira, auzibidea antolatzen dutenak. Protokolo bakoitza nazioarteko itun bat da, Europar Itunari gehitzen zaiona, eta horreatatik bizirik dagoen tresna dugu.

Hirugarrenik, esan dezagun Giza Eskubideen Europako Ituna *argia* dela. Hizkera ulergarrian idatzita dago eta sistematika egokia du. Eskubide baldintzabakoak, baldintza zorrozpeko eskubideak eta baldintzatutako eskubideak daude. Absolutu diren eskubideak ezin dira mugatu ezta premiazko edo gerrako egoeretan ere. Hauek dira, Itunaren 15. artikulua araberaren inolaz ere Goi Itunkideek inoiz derogatu ezin dituzten eskubideak –zehazkiago esanda, estatuei ezartzen zaizkien erabateko debekuetatik eratortzen diren eskubideak–: tortura eta tratu ez-gizakoi eta apalgarrien debekua (3. artikulua); esklabotza edo morrontzaren debekua (4.1 artikulua) eta *nullum crimen, nulla poena sine lege* printzipioa (7. artikulua). Ondoren, badira bake-garaitan absolutu diren eskubideak, baina premiazko gerra-egoera larrietan (*Notstand*) baldintza zorrozpean muga daitezkeenak (bizitzarako eskubidea gerra-garaian); eta beste eskubide batzuk ia absolutuak, hala nola behartutako lanak edo askatasun pertsonala (6. artikulua) dakarren *habeas corpus* eta bidegabeko atxiloketaren debekua). Azkenik, badira erlatibo edo murrizgarriak diren eskubideak eta mugak mailakatuak dira, eskubideen araberaren muga hertsietatik muga lausoetara. 8. artikulua adibide tipikoa da (gure itzulpena):

(1) Pertsona orok du norbere bizitza, etxebizitza eta posta, eta bere familiako bizitza, errespetatua izateko eskubidea. (2). Eskubide honen egikaritzari ezin dio aginte publikoak trabarik jarri, nazioaren segurtasunaren, segurtasun publikoaren edo herriaren ongizate ekonomikoaren interesetan ez bada, edota anabasa edo delituen prebentziorako, osasuna edo morala babesteko ez bada, edota beste pertsonen eskubideak eta askatasuna babesteko ez bada, betiere traba horiek gizarte demokratikoan legeak aurreikusita daudenean eta beharrezkoak direnean.

Gakoa bigarren parrafoak onartzen duen traben kalibrazioan datza, jakina.

Azken kategoria horretan, bereziki, Itunaren ezaugarri *dialektikoa* agertzen da. Izan ere, murriztapenak onartuta ere, eskubidearen muin edo mamiaren babesari (*the substance of the right*) eutsi behar diote estatuek, ezin dute eskubideen gutxieneko eraginkortasuna ezabatu. Ezartzen dituzten mugek honako baldintza hauek bete beharko baitituzte: legean aurreikusiak, publikoak (argitaratuak), gizarte demokratiko batean beharrezkoak (*pressing social needs* doktrina) eta neurritz barrukoak (*least restrictive means* doktrina) izango dira, egiazko eta bidezko helburuak babesteko hartuak (*real and legitimate aims* doktrina), ez dira arbitrario edo kapritxozkoak izango, eta prozedurazko bermeak eskeiniko dituzte. Giza Eskubideen Europako Auzitegia eskubideen murrizketen baldintzen inguruko doktrina hauek guztiak lantzen joan da. Eta hain zuzen ere, eskubide mota hauen inguruan, eta eskubideen mugek edo murrizketen inguruan oreka zail bat garatzen doa, dialektika bat, Goi Itunkideei harko "hautamen-gune" edo balorazio-eremu bat aitortzen zaielarik (*margin of appreciation*) baina eskubideen mamia ere babestu eta Europatik kontrolatu behar delarik. Interpretaziorako eremu nahiko zabala irekitzen da beraz, eta ulertzekoa da zalan-tzak egotea eskubideen muina edo mami hura non dagoen zehazteko. Orain arteko Itunaren sistemarekin Goi Itunkideetako goi-mailako auzitegiek euren Estatuetakoa konstituzioek edo konstituzio-mailako legeek jasotako giza eskubideak interpreta-tzen dituzte epaietan, eta barneko helegite guztiak agortzean, epai horien azken-fi-neko auzibidea Estrasburgoko Auzitegia da. 16. Protokoloarekin, beste aukera bat gehituko zaio sistemari, alegia, goi-mailako auzitegi horiek aurrean duten auzia eten eta Estrasburgoko Giza Eskubideen Auzitegiari epai aurreko galdera egin ahal izango diote interpretazio-zalantzaren baten inguruan.

Hautamen-gunea subsidiarioratasun-printzipioarekin estekatua dago. Oraindik in-darrean ez dagoen 15. Protokoloak (2013koa, Goi Itunkideen berrespenen zain) Itune-ko hitzaurreari parrafo bat gehituko dio Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren juris-prudentziatik -lehenbizikoz *Handyside vs Erresuma Batua* afera (A 24 (1976); 1 EHRR 737)- datorren honako formula hau atxikitik: "subsidiarioratasun-printzipioaren arabera, Itun honetan eta honi atxikitako protokoloetan jasotzen diren eskubide eta askatasu-nak ziurtatzea Goi Itunkideen lehen erantzukizuna da, eta eginkizun horretan hauta-men-guneaz baliatzen dira, Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren jurisdikzio-kon-trolpean". Auzitegiak jurisdikzioa gordetzen du eskubidearen muina urratzen ez dela

kontrolatzeko, *Belgiar Hizkuntzaren* epaian esan zuen bezala, *provided that there is no injury to the substance of the right*. Itunak gutxieneko neurkinak edo babesa eskaintzen du, *minimum standards*. Hona, berriro ere, subsidiarotasunaren eta eraginkortasunaren arteko dialektika, Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren eskutan datzana.

III. GIZA ESKUBIDEEN EUROPAKO AUZITEGIA ETA 16. PROTOKOLOA

Esan dugun bezala, Auzitegia da Itunak eratzen duen erakunderik ezagunena. Ez gara hemen bere osaketan edo prozedurazko edo funtzionamenduzko arauen zehaztasunetan murgilduko, baina bai oinarrizko eskeman. Berriro ere ulertu behar dugu Itunaren sistematika: Estatu Itunkideek Itunean jasotako eskubideak euren jurisdikzioetan babestu eta errespetatzeko konpromisoa hartzen dute; nazioarteko erantzukizuna engaiatzen (hartzen) dute eskubide horiek urratuz gero. Baina urraketa Giza Eskubideen Auzitegiak soilik adieraz dezake. Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren jurisdikzioa martxan jarri ahal izateko, Estatu Goi Itunkideak afera edo arazo zehatzaren inguruan bere azkeneko hitza eman behar izan du, eta ez du bere posizionamendua aldatuko. Bi izan daitezke Estatu batek ekar ditzakeen urraketa motak: legean ezarritako xedapen bat, edo legea bera bere osotasunean (alegia, arau unibertsaletik sortzen den legegintzaren urraketa) eta arau indibiduala (arau unibertsala ezartzen duen erabaki judiziala, epaia).

Bi kasuetan beharrezkoa da Estatu horretako auzibide edo helegite guztiak agortu izana, alegia, barneko auzibideak agortzea (*exhaustion of domestic remedies*). Orduan, eta bakarrik orduan, esan daiteke Estatuak bere azken hitza eman duela lege baten edo afera baten inguruan, eta orduan bakarrik Auzitegiak aztertu ahal izango du ea Estatu horrek, bere legean edo bere epai gorenetan, Itunak aurreikusitako eskubideren baten muina errespetatu ala urratu duen. *Demopoulos e.a. vs Turkia* (2011, onargarritasuna) aferaren erabakian Auzitegiak argitu zuen moduan, barne-auzibideak agortzea eskubideen babes-sistemaren ezinbesteko baldintza da. Estatuak ez dira erantzule azken hitza emateko aukera izan arte, eta balizko urraketak estatuen sistema juridikoan zuzentzeko azken aukera erabili arte, edo erabiltzeko tenorean egon arte.

Gai horiek argitzeko, bere giza eskubideetan kaltetutako pertsonak zuzenean egin dezake eskaera Auzitegiaren aurrean, eskubide hori(ek) zein(tzu) d(ir)en adieraziz, eta horrekin batera ahal dituen egitatezko eta legezko argumentu gehienak garatuz. Orduan, Auzitegiak aztertuko du eskabidea (demanda) onargarria den. Auzitegiak bi antolakuntzatan jardungo du: Areto batean ala osoko bilkuran (Itunak jasotako giza eskubideen printzipiozko gaiak edo aferak). Azken gai hori garrantzi handikoa da, gero ikusiko dugun bezala. Auzitegiak, beraz, Estatuaren kontrol judiziala egiten du eta horretarako interpretazio judizialaren printzipioak eta metodoak erabiliko ditu, aurreko

zatian aipatutako murrizketen inguruko doktrinak (*review*). Auzitegiaren jurisprudentzia baloratu eta aztertzeko orduan, honako printzipio hauek aintzatetsi beharko genituzke: Itunak orekan dakartzan eraginkortasuna eta subsidiariorotasuna edo hautamen-gunea (lehen aipatutakoak), tokiko standard edo irizpideak, Itunak darabiltzan kontzeptuen esanahi autonomia, Ituna tresna bizia dela, Europa mailako kontsentsurik ote dagoen, prezedentearen garrantzia (koherentzia), eta Auzitegiak ezin dituela Goi Itunkideen aginteak ordezkatu hainbat gairen inguruan erabakitzeke orduan. Irizpide horiek, berriro ere, eraginkortasun eta autonomia (subsidiariorotasun) oreka horretara laburbiltzen dira.

Auzitegiaren interpretazioaren inguruan jarduteko lekua ez da hau, gaia beste leku batean aspaldi jorratu genuen (Bengoetxea eta Jung, 1991), eta funtsean orduan detektatu genuen metodo sistemiko-dinamikoak oraindik balio dezakeela esatera mugatuko naitzaizue. Baina esan beharra dago Estrasburgoko Giza Eskubideen Auzitegiak kritikak jaso dituela, hain zuzen ere, bere jurisprudentziagatik eta interpretazio metodoagatik. Kritikarik serioenak Erresuma Batuko epaileen alor batetik etorri dira, Robert Spano-k, bertako presidente denak, azaldu duenez (Spano 2014: 489):

Firstly, the Strasbourg Court, as an international court, should not second-guess domestic policy choices and judicial rulings in the national application of human rights. This criticism has also been couched in terms of the Court not going far enough in the granting of a margin of appreciation to the Member States.

Secondly, the Court has, when interpreting the European Convention on Human Rights, strayed far away from giving the text the meaning as it was understood at the time when the Convention was drafted and adopted by the Member States. Here, reference has especially been made to the alleged tendency of the Court to unify rules of criminal procedure in the Member States, to formulate obligations of a positive nature not worded in the text of Convention provisions and to expand the scope of certain rights, especially Article 8 on the right to respect for private and family life.

Ikusten denez, lehenengo kritika nagusiak subsidiariorotasun eta hautamen-gune edo -eremuarekin du zerikusia: Auzitegiak ez omen du estatuen autonomia errespetatzen. Beharbada komeniko litzateke Auzitegiak hobeto eta gertuagotik ezagutzea Estatu Goi Itunkideetan dauden ikuspegiak, baloratze- edo hautamen-gunearen aurrean, politiken eta aferen inguruan. Horrek mekanismo berri bat eskatuko luke, Auzitegia berezitasun domestikoekiko sentiberago bilakatzeko. 15. Protokoloak, subsidiariorotasunari buruzkoak, eta hein batean bederen, baita 16. Protokoloak ere, kezka horri erantzun diote. Bigarren kritika interpretazio-metodoekin lotuta dago: Auzitegiak ez duela "esanahi literala" eta Goi Itunkideen "jatorrizko asmoa" aintzatetsi, eta interpretazio ausart edo aktibistari ekin diola. Kritika horiek *petitio principii* izaten dira, jatorrizko asmoa zehazki zein den edota esanahi literala zein ote den *a priori* asumitzen dutelako, Itunaren "benetako" esanahi bat egongo balitz bezala zeinaren arabera esan geneza-

keen Auzitegiaren interpretazioa urrunegi (*interpretatio praeter legem*) edo noraezean (*interpretatio contra legem*) joan dela. Baina *lex hori* zer den, horixe dago ezbaian.

Tamalez, ezin gara luzeago pausatu puntu hauetan baina Auzitegiaren lanaren beste alderdi bat, eta beste kritika bat, azalduko dugu, oraingoan soziologikoa. Neurri batean esan daiteke Auzitegia bere arrakastaren biktima bilakatu dela. Ez dira gure hitzak, Auzitegiarenak berarenak dira (*ECHR in 50 questions*, 2014: 45. galdera, "the Court has been a victim of its own success"). Urtero berrogei mila eta hirurogei mila eskabide (demanda) bitartean jasotzen ditu, eta bere epaiak emateko epe gero eta luzeagoa behar du, ia inoiz ez hiru urte baino gutxiago eta batez beste, bospasei urte inguru. Ez dago zenbaki ofizialik horri buruz Auzitegiak berak ematen dituen estatistiketan. Auzitegiaren urteko txostenaren arabera (Annual Report, 2019: 130) 2019. urtean hirurogei mila eskaera zeuden erabaki baten zain itxaron-zerrendan (Errusiatik zetorren eskaera horien % 25, Turkiatik % 16, Ukrainatik % 15; Frantziatik 506 eta Espainiatik 162 afera zetozen).

Halako zenbakiak ikusita, ez da harritzekoa Auzitegia aspalditik lan-zamagatik kezkatuta egotea, eta Europako Kontseiluan hainbat neurri eta gogoeta hartu izana zama hori arintze aldera. 11. Protokoloak (1994) lehenbiziko aldaketa sakonak ekarri zituen, ordura arte filtro lana egiten zuen Giza Eskubideen Europako Batzordea (*European Commission of Human Rights*) ezabatuz. Ondoren, 14. Protokoloan (2004), 14 bis Protokoloan (2009) eta 15. Protokoloan (2013, oraindik berretsi gabea) egin ziren aldaketarik sakonenak. 2014. urterako babes- eta kontrol-sistema erabat egokitu zen, alegia, aretoak eta osoko bilkurak, epaile bakarreko azterbideak, barneko helegiteen sistema aretotik osoko aretora, prozedura epeak murriztea, eta abar luze bat, hemen aztergai ez duguna, gure aztergaia 16. Protokoloa baita.

IV. 16. PROTOKOLOA: EPAI AURREKO GALDEKETAREN TRESNA AUSARTA

Ikusi dugu 15. Protokoloak subsidiaritasun-printzipioa Itunean formalki barneratzen duela, Goi Itunkideen hautamen-gunea aitortuz. Ildo beretik, 16.ak ere Goi Itunkideak giza eskubideen babeserako sisteman inplikatu nahi ditu, baina oraingo honetan tresna berri batekin. Estatuek Itunean jasotako edo Itunari gehituriko, eta Itunkideek berretsitako protokoloetan jasotako giza eskubideren bat urratu duten, *a posteriori* kontrolatu beharrean, Goi Itunkideetako goi-mailako jurisdikzioek aukera izango dute, *a priori*, epaitu baino lehenago, galdeketa berezi bat Giza Eskubideen Europako Auzitegiari igortzeko, epai aurreko galdera bat hain zuzen ere. Horrela, Auzitegiak aholku-irizpen baten (*advisory opinion*) bidez erantzun ahal izango die, Itunean jasotako eskubideren baten inguruko printzipiozko gakoak argituz.

Ez da hau lehenengo aldia Europar Itunaren sisteman aholku-irizpenaren ideia azaltzen dena. Izan ere, 2. Protokoloak Itunari 47, 48 eta 49. artikulua gehitu zizkion irizpenak emateko prezedentearekin. Baina irizpen oso desberdinez ari gara. Europako Kontseiluko Ministroen Batzordeak, kideen gehiengoz, Auzitegiari eska diezaiotse Itunaren eta protokoloen interpretazioari buruzko galdera juridikoen inguruko aholku-irizpenak emateko, baina ez Itunak eta bere protokoloek jasotzen dituzten eskubideen eta askatasunen inguruan (Itunaren I. Atala), ezta Auzitegiak aztertzen dituen aferekin zerikusirik izan dezaketen galderetan ere. Auzitegiak onargarritasunaren inguruan erabakiko du eta, onartuz gero, bidezkotutako aholku-irizpenak (*advisory opinions*) emango ditu, boto partikularrekin halakorik balego, Goi Itunkideei jakinaraziko zaizkienak. Ikusten denez, 16. Protokoloak aurreikusten dituen bidezkotutako aholku-irizpenak oso desberdinak dira.

Protokolo berriztatzaile honen sorrera *Interlaken* deritzon prozesuan koka daiteke, alegia, giza eskubideen errespetua Goi Itunkideen baitan, estatu-barruan, hobetzeko beharra bultzatzen duen desmarta; Auzitegiako presidentearen hitzetan, *the need to improve the protection of human rights at the domestic level* (Spielman, 2013: 8). Prozesu luze hau, jakintsuen txosten batetik abiatu zen, Suitzako Interlaken hiriko eztabaida eta adierazpenetatik igaro eta 2012ko Brighton-go Adierazpena deiturikora eramane zuten, Estrasburgoko Auzitegiaren etorkizunari buruzkoa, Europako Kontseiluko Parlamentu Asanbladak bere egin zuena, 15 eta 16. protokoloak 2013an onetsiz. Goi Itunkideen berrespenetara zabaldu zen berehala. 15. Protokoloak bere 7. artikuluan Goi Itunkide guztien berrespena eskatzen duen bitartean, 16. Protokoloak, bere 8. artikuluan, hamar Goi Itunkideren berrespena eskatzen du indarrean sartu ahal izateko. Hau erdietsita dago jadanik, 2018-08-01an iritsi baitzen hamargarren berrespena, Frantziar Errepublikarena, eta nahiz eta lerro hauek idazten diren garaian bederen, Espainiak oraindik ez dituen ez bata ez bestea berretsi, Protokoloa berresten duten kideentzat Europar Itunari bost artikulua berri gehituko zaizkio, protokoloaren lehenengo bost artikulua hain zuzen ere, eta berretsi duten estatuek eskura daukate Europar Auzitegiari epai aurreko galdeketak egitea, Itunaren interpretazioaren laguntza gisa. Jadanik lehenengo galdeketa-aferek sortzen hasi dira, gero ikusiko dugunez.

Tresna berri horren zergatiaz galdetzea ez dago soberan. Lehen hurbilketa batean ikusten dugu sistema berri horrek Europar Itunaren funtsezko printzipio baten kontra talka egiten duela, alegia, barneko auzibideak agortzeko behararekin. Horregatik ari gara esaten gure testu honetan tresna ausarta dela; orain arte Auzitegiak ez diolako inoiz ere bere jarduerari ekin Goi Itunkideek azken hitza eman gabe. Sistema berriarekin Auzitegiak ez du Itunkidea aztertzen edo kontrolatzen, ez du epaitzen, laguntzen baizik. Auzitegiaren iruditegian betidanik egon da subsidiarotasunaren ideia, baloratze- edo hautamen-gunea aitortzea eta azken fineko kontrola egitearena, eskubideen muinari erreparatuz. Horregatik, Auzitegiak ez du inoiz ere inolako asmorik izan etxeko edo barneko (*domo*) auzitegiak ordezkatzeko. Aferak eta kasuko berezitasunak epaitzeko or-

duan, *the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts (von Hannover vs Alemania afera 2, 2012)*. Auzitegiak betidanik izan du oso argi jurisdikzio bakoitzaren errola eta eginkizuna, eta bere zeregina azken fineko kontrola izan dela. Horregatik, beharrezkoa zen estatu barneko auzibide edo helegiteak agortzea Estrasburgoko jurisdikzioa eragin baino lehen (*exhaustion of domestic remedies* doktrina).

Baina orain, beste eginkizun berri bat asumitzen du Giza Eskubideen Auzitegiak, Goi Itunkideetako goi-mailako jurisdikzioekiko elkarrizketarena hain zuzen ere. Interlakengo prozesuarekin bat eginez, estatuei dagokie giza eskubideen babes, eta eginkizun horretan Estrasburgoko Auzitegiaren laguntza jaso dezakete, eskatuz gero. Hobe da, *a priori* jasotzea Ituneko giza eskubideak interpretatzeko laguntza, beren auzietan aintzakotzat hartu eta aplikatu dezaketen laguntza, Estrasburgoko Auzitegiaren epaia eta kontrola *a posteriori* jasotzea baino, behin epaitu ondoren. Askoz hobea izango da alde zuzenetik giza eskubideekiko bateragarria den soluzio bat lortzea, ostean, eta zuzenrik berandu, jasotzea baino. Estatu Goi Itunkidearentzat ere, hobe da Auzitegiaren irizpenarekin bat datorren erabakia hartu ahal izatea giza eskubideren bat urratu duela dioen epai bat jaso ordez.

16. Protokoloak ezartzen duen sistematikari helduko diogu orain. Lehenengo oharra da ez nahastea Europar Batasuneko Justizia Auzitegian hasiera batetik erabili izan den epai aurreko galdeketa-sistema Europar Batasunaren Funtzionamenduari buruzko Tratatuaren 267. artikuluekin, epai aurreko galdeketa hagitz desberdinak baitira. Balegoke nahasteko joera, baina tresna desberdinak dira, funtsean. Ikus dezagun. Nork egin dezake epai aurreko galdeketa? 16. Protokoloaren 1. artikulua jurisdikzio gorenak aipatzen ditu, mugagabeen (*highest courts or tribunals*), baina ez du mugatua (*the highest*) erabiltzen eta, beraz, ez dute zertan gorenena izan. Jurisprudenziari dagokio hau argitzen joatea, baina printzipioz Estatu bakoitzak zehaztuko du; eta Protokoloaren 10. artikulua ikusita, ez luke zertan azken helegiteko jurisdikzioa izan behar. Izan ere, xedapen horrek aurrekusten du protokoloa berresten duten Goi Itunkideak berek izatea "jurisdikzio goren" horiek zeintzuk diren zehazten dutenak; ez hori bakarrik, zehaztaper hori alda dezakete, betiere, Auzitegiari horren berri zuzena emanaz.

Azken hitza, beraz, Goi Itunkideek dute, eta ez Auzitegiak. Jurisdikzio goren horiek izango dira galdeketa egiteko aukera dutenak. "Aukera" esaten dugu, librea baita Itunaren eskubideren baten inguruko interpretazio- edota aplikazio-zalantza baten aurrean galdeketa egitea, baina ez dago inolako betebeharririk galdeketa egiteko. Erabateko baimen baten aurrean gaude. Puntu honetan Luxenburgoko Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren sistemarekin bereizketa nagusi bat aurkitzen dugu, zeren estatu kideetako edozein jurisdikzioek -auztegiak zein epaitegiak- galdeketa egitea dauka (baliokotasunari buruzko kezka balitz, behartuta daude, *Foto-Frost* jurisprudentziaren arabera), eta estatu kideen Justizia Administrazioan dauden jurisdikzioek, azken fineko helegiteaz arduratzen diren horiek, egiazko zalantza dutenean, galdeketa egiteko betebeharra dute (*Cilfit* doktrinaren interpretazioan).

Zeri buruz galde dezakete jurisdikzio gorenak 16. Protokoloaren arabera? Galdeketa beraien aurrean ezbaian dagoen auzi baten inguruan egin behar dute; egiazko afera batean non, epaia emateko, Itunak edo honi atxikitako protokoloaren batean jasotako giza eskubideren edo funtsezko askatasunen baten inguruko zalantza argitzeko beharra duten. Eta ez edonolako zalantza, giza eskubide horren interpretazio edo aplikazioari buruzko printzipiozko gakoan inguruko zalantza behar da. Galdeketa planteatzen duen jurisdikzio gorenak bere galdera egiteko arrazoia bidezkotu beharko du: aferaren inguruko oinarritzko informazioa eman behar du, bai egitateak argituz, eta baita arau juridikoen inguruko azalpenak emanez ere, Estrasburgoko Auzitegia laguntzeko tenorean kokatu behar du, erantzun edo irizpen eraginkor eta praktikoa jaso nahi badu. Baina aholkua emateko orduan Estrasburgoko Auzitegia ezin da sartu aferaren egitateetan, ezta auzilarien ikuspuntuak baloratzean, ezta arau domestikoetan eta ezta aferari eman beharreko epaian ere. Tentuz, bakarrik printzipiozko gakoei helduko die³.

Jasoko duten irizpena, aholku-iritzia izaki, kontuan hartuko dute auzia erabakitzeko, baina ez dute zertan jarraitu, Europar Auzitegiaren irizpena ez delako loteslea. Aholku bat da. Eta ez da epaia edo erabakia, irizpena da, iritzia. Beharbada epai loteslea izango balitz bi jurisdikzioen arteko harremana ez litzateke dialogikoa edo elkarrizketan oinarritua izango. Disziplinazko eta hierarkiazko harremana litzateke eta hori Itunaren beraren espirituaren aurka letorke, non Giza Eskubideen Europako Auzitegia subsidiarioa den. Estatu bateko jurisdikzio goren batek Europar Auzitegiari nekez eskatuko lioke Itunak jasotako eskubide edo askatasun bat interpretatzen edo aplikatzen laguntzeko erantzunak *a quo* jurisdikzioa, galdetzen duena, erabat lotuko balu, epaia berari baitagokio, aferaz ezagutzen duen jurisdikzioa izaki. Era berean, nekez planteatuko lioke galdeketa erantzuna hartzeko denbora oso luzea itxaron beharko balu. Horregatik azkar erantzutea, eta erantzun praktikoa bat ematea interesatzen zaio Estrasburgoko Auzitegiari.

Nola helduko dio Giza Eskubideen Europako Auzitegiak epai aurreko galdeketa? Protokoloaren 2. artikulua ildo nagusiak ematen dizkigu. Estrasburgoko Auzitegiak Goi Itunkide baten jurisdikzio goren batek bidezkotutako galdeketa jasotzen duenean egingo duen lehenengo gauza premiazko trataera ematea da, epeak gehiegi ez luzatzearen. Laguntza emateko bada, nahiko erantzun bizkorra eman beharko du, bestela ez dio asko lagunduko. Horretarako areto berezi bat eratuko du galdeketa onargarritasunaz erabakitzeko (1. artikulua). Areto Nagusian eratutako batzorde (*panel*) batek

3 "L'objectif de la procédure n'est pas de transférer le litige à la Cour, mais de donner à la juridiction qui a procédé à la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance (...). La Cour n'est compétente ni pour se lier à une analyse des faits, ni pour apprécier le bien-fondé des points de vue des parties relativement à l'interprétation du droit interne à la lumière du droit de la Convention, ni pour se prononcer sur l'issue de la procédure. Son rôle se limite à rendre un avis en rapport avec les questions qui lui ont été soumises. C'est à la juridiction dont émane la demande qu'il revient de résoudre les questions que soulève l'affaire et de tirer, selon le cas, toutes les conséquences qui découlent de l'avis donné par la Cour pour les dispositions du droit interne invoquées dans l'affaire et pour l'issue de l'affaire". AVIS CONSULTATIF demandé par la Cour de cassation française (Demande no P16-2018-001) 10 avril 2019, #25.

erabakiko du galdeketa onargarria den. Panel horretan galdeketa egiten duen Goi Itun-kideko jurisdikzio goreneko ordezkari batek hartuko du parte eta berak ezingo balu, Europar Auzitegiko presidentek ordezkari epaile bat hautatuko du Goi Itunkidea den estatu horrek alde aurretik emandako zerrenda batetik.

Onargarritasunari buruz erabakitzeke, funtsean, honako bi urratseko azterketa egiten da: aipatzen diren egoerak, pertsona bat edo gehiagori kalte sortzen dien egoerak –egitateak eta jokoan dauden arauak, ekintzak edo erabakiak– Itunarekin zerikusirik ote duten, beste hitzetan esanda, (1) zehazki Ituneko edo bere Protokoloetako zein giza eskubide edo oinarrizko askatasun dagoen jokoan, eta (2) Estatu Goi Itunkidearen aldetik ba ote dagoen eskubide edo askatasun hori urratzen duen neurririk. Bi urrats horiek ezinbestekoak izango dira: (a) Estatuari egotzi behar zaion ekintza bat –dela bere sistema juridikoan dagoen arau juridiko bat, dela bere agintarien ekintza edo erabaki bat– zeinak (b) eskubide edo askatasunaren bat (c) pertsona bati, biktima bati, urratzen dion, (d) kalteak sortuz. Bi (edo lau) galderei baietz erantzuten bazaie, ondoren panelak aztertzea dauka ea (3) planteatzen zaion egoera eta galdeketa berria den, printzipiozko gakoak sortzen ote dituen, gaiaren inguruan jurisprudentzia ezarria ote dagoen ala benetan kasu zaila ote den (*hard case*). Azken ideia hori oso zaila da neurtzen eta kasuak aztertu beharko genituzke horrela den jakiteko, baina orain arte ez da galdeketa errefusatu. Galdeketa onartezintzat jotzen bada errefusa arrazoitu edo bidezkotu beharko du panelak, eta orain aipatu dugun azterketa azaldu beharko luke (1, 2 eta 3).

Baina galdeketa onartzen bada, orduan panelak Areto Nagusiari pasako dio, honek azter dezan, eta aholku-irizpena eman dezan. Irizpenak ere bidezkotua behar du izan, alegia irizpenaren aldeko arrazoiak eman behar ditu Auzitegiak. Eta zeintzuk izan daitezke arrazoi horiek? Aurreko paragrafoan emandako bi (1-2, edo a, b, c eta d) urratsei erantzunez –alegia, ea Ituna jokoan dagoen, zein eskubide edo askatasuna legokeen jokoan, eta ea Estatuari egotzi dakioken identifikatutako eskubide edo askatasun horien urraketa –, eta hirugarren urrats garrantzitsu bat gehitu beharko die. Giza eskubidearekiko edo askatasunarekiko traba, murrizketa edo oztopoa bidezkotuta egon ote daitekeen. Hauxe da azterketarik zailena. Horretarako Itunak jasotzen dituen eskubideen ezaugarrietara itzuli behar gara: eskubide batzuk absolutuak dira, beste batzuk ez. Absolutu diren eskubideak, erabateko debekuen bestaldean izanik, ezin dira inoiz ere murriztu edo urratu, eta beraz nahikoa litzateke eskubide horietarako aurreko parrafoan egindako bi urratseko azterketari emandako arrazoiak azaltzea. Horrela, irizpena bidezkotuta legoke. Baina zailtasuna ez dago hor, gakoa erlatiboak diren eskubideetan datza, Itunak berak trabak edo mugak onartzen dituelako, hainbat baldintzapean, eta bertan estatuen “hautamen-gunea” jokoan egon daitekelako. Hemen, alderdi desberdinek (auzilariek eta galdeketa bidaltzen duen epailea, *a quo* auzitegia) eman ditzaketen argumentuak oso garrantzitsuak izango dira. Baina Auzitegiaren azterketari ekin baino lehenago prozedura bat dago, alderdiek beren ikuspegia emateko aukera dutelarik. Ikus dezagun nortzuk har dezaketen parte elkarrizketa honetan.

Europako Kontseiluko Giza Eskubideen batzordeburuak (*Commissioner of Human Rights of the Council of Europe*) iritzia eta argumentuak eman ditzake kasu guztietan, baina ez du zertan eman eta orain arte izandako kasu bakarrean, beherago azertu-ko duguna, ez du eman. Baita ere galdeketa datorren Estatu Goi Itunkideak, Protokoloaren 3. artikuluan hala jasotzen delako: subsidiariorotasunari keinu berezia berriro ere. Kasu horretan suposatzen da Estatuak eskubide hori erabiliko duela. Parte-hartze hori, normalean, idatziz izango da, baina Auzitegiak erabaki dezake ahozko saio bat ere egitea, eta orduan bi erakunde horiek ahoz ere parte har dezakete euren ikuspegia azaltzeko. Gainera, diskrezionalki, Areto Nagusiko presidentek erabaki dezake egoki irizten zaion beste edonori deitzea, gainontzeko Goi Itunkideak barne, idatzizko zein ahozko ekarpenak egin ditza(te)n. Pentsatzekoa da auzi nagusia ekarri duen alderdia ere deitua izan daitekeela, baina hau ez da derrigorrez aurreikusten; eta hori da beste ezberdintasun bat Luxenburgoko prozesuarekin, zeren eta bertan, epai aurreko galdeketa-prozeduran, afera ekarri duen alderdiek eta, *a quo*, afera nagusian egon daitezkeen gainontzeko alderdi zein hirugarrenek ere Luxenburgon idatzizko zein ahozko ekarpenak (behaketak edo iritzia) emateko eskubidea dute. Gainera, ez dezagun ahaztu Giza Eskubideen Europako Itunaren sisteman bi hizkuntza ofizial daudela, ingelesa eta frantsesa, eta beraz, aurkezten diren galdeketak eta idazkiak hizkuntza horietako batean izango direla. Irizpena ere hizkuntza horietako batean emango da.

Zer nolako indarra daukan Auzitegiaren irizpenak? Lehen esan dugun bezala Auzitegiaren irizpenak ez dira lotesleak, laguntzeko asmoarekin egiten dira, baina Protokoloak argi agintzen du irizpenak arrazoitua izan behar duela beti (4. artikuluan). Horrek adierazten du Auzitegiaren asmoa dela Itunaren interpretazio egokia eta ulergarria egitea. Gainera, xedapen horrek boto partikularrak aurreikusten ditu, eta horiek osoak edo zatikakoak izan daitezke; hona hemen Luxenburgoko sistemarekiko beste desberdintasun bat, boto partikularrik ez dagoelako. Xedapen horrek Auzitegiari agintzen dio irizpena *a quo* jurisdikzioari eta Goi Itunkideari jakinarazteko eta irizpenak argitaratzeko. Sistema prebentiboa denez, Goi Itunkide baten jurisdikzio goren batek galdetzen badu pentsa dezakegu ondoren kasu egiteko eta irizpena jarraitzeko galdetuko zuela, baina beharbada *a quo* jurisdikzioa gertuago egon daiteke boto partikular batetatik Areto Nagusiaren gehiengotik baino, eta ezerk ez du agintzen, ezta kentzen ere, azkenean auzi nagusian beste interpretazio bat lehenestea, boto partikular batena esate baterako. Hori gertatuko balitz, afera batean epai aurreko galdeketa bat egin izanak ez luke eragotziko afera berriz Estrasburgoko Auzitegira ekartzea, oraingoan bai, barneko helegite guztiak agortzen direnean, Estatuaren azken erabaki horren kontra. Hori gertatuko balitz, Europar Auzitegiak aferaren onargarritasuna aztertu beharko luke eta onargarriztat joz gero, gaia sakonean aztertu beharko luke, baina Ituna interpretatzerakoan bere aurreko aholku-irizpena oso kontuan hartu beharko luke. Aipatu berri dudan egoera hipotetikoa da, jakina, baina ez dago Protokoloan hipotesi hori baztertzen duen xedapenik.

V. 16. PROTOKOLOAREN ERAGINA EUROPAR GIZA ESKUBIDEEN SISTEMAN

Goizegi da 16. Protokoloak Itunaren sistemaren gainean nolako eragina izango duen jakiteko. Kasu batek besterik ez du orain arte irizpenik jaso, eta bigarrena aztertzen ari da uneotan. Frantziako *Cour de Cassation* auzitegiak 2018ko urriaren 16an helarazi zion Giza Eskubideen Europako Auzitegiari epai aurreko galdeketa bat, lehenengo 2018ko abuztuaren 1ean protokoloa indarrean sartu denetik. Nahiko galdera katramilatua da (gure itzulpena):

1. Atzerrian jaio den haurren jaiotza, ordezko edo alokairuzko ama batena, jaiotzen errolda zibilean sartzeari uko egitean, nahiz eta atzerriko jaiotza-agiriak haur horren "asmozko ama"⁴ bere "legezko ama" dela adierazi, eta nahiz eta bere asmozko aita, biologikoa dena, erroldaren agiriak adierazten duen neurrian onartzen den bitartean, Estatu Goi Itunkide batek Europar Itunaren 8. artikulua aitortzen dion hautamen-gunea gaindituko ote luke? Eta zentzu honetan, bereizketarik egin beharko al zen haurra amaren obulua erabilita sortua izan ala beste emakume baten obulua erabilita sortua izatea?
2. Goiko galderetako baten bati baiezkua erantzunez gero onargarri eta Itunaren 8. artikuluekin bateragarri izango al litzateke honako soluzioa: asmozko amak aita biologikoa den bere ezkontidearen haurra adoptatzea, hau denean ama-haurra erlazio juridikoa ezartzeko modua?

Komeni da jakitea galdeketa hau egiten den aferak ere soka luzea duela. Izan ere *Mennesson et Labasse v. France* (no. 65192/11, 2014ko ekainaren 26ko) Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren epaia du abiapuntu. Menesson bi haurrak Kalifornian jaio ziren amatasun subrogatuaren bitartez eta Estatu Batuetan euren filiazio-erlazioa arazorik gabe ezarri zen gurasoekiko (ama subrogatuari ez zitzaion zerbitzuagatik ordaindu, bakkarik jasandako gastuak konpentsatu). Halere, Meleson haurrek ezin izan zuten Frantziaren guraso-haur erlazio hori erroldatu, Estatu Batuetan arrezagutua izan arren, ezta aitarekikoa ere, Pariseko apelazio-auzitegiak frantziar errolda zibilean egindako Menesson haurren jaiotza-agiri estatubatuarren transkripzioa ezabatu zuelako 2010an, gero Kasazio Auzitegiak berretsitako erabakia. Estrasburgoko Auzitegiak orduan esan zuen urraketa bazegoela, baina ez haurren eta gurasoen *familia-bizitzaren* errespeturako eskubidearena baizik eta haurren *bizitza pribatuaren* errespeturako eskubidearena. Frantziak bere zuzenbidea aldatu zuen aita biologikoaren kasuan guraso-haur erlazio juridikoa arrezagutuz eta asmozko aita bezala onartuz, baina amaren kasuan asmozko

4 Zaila da termino hau itzultzea, ingelesez *intended mother*, frantsesez *la mère d'intention*. Erroldatzeko orduan, interesatuak adierazten du ama gisa nor izendatzeko asmoa daukan. Legezko ama da, aldiz, legalki amatzat jotzen dena. Ama biologikoa ernalketa, ernaldi eta erditzearena litzateke. Joera nagusia da ama biologikoa legezko ama izatea.

ama ezin zen legezko ama izan, ama biologikoa ezean. Horregatik kasazioraino iritsi ziren, berriro ere, Mennessondarrak, eta kasazio-helegitearen berrazterketa eskatu zuten (*demande de réexamen du pourvoi en cassation*), eta berrazterketa horren inguruan sortu da galdeketa hau.

16. Protokoloaren 3. artikulua aplikatuz, aholku-irizpenerako prozeduran, Areto Nagusiaren aurrean, Menesson familiako lau kideek, gurasoek eta haurrek bakoitzak bere aldetik, eta Frantziako Errepublikako Gobernuak idatzizko "oharrak" aurkeztu zituzten Estrasburgoko Auzitegiari. Gainera, Auzitegiak honako parte-hartzaile hauek eta euren idazkiak onartu zituen: Erresuma Batua, Txekiar Errepublika eta Irlanda Goi Itunkide gisa, eta Frantziako Ombudsman bulegoa, eta Trentoko Unibertsitateko Soziologia Saileko Genero Disziplinarteko Ikasketen Institutoa eta baita ere honako gobernu kanpoko erakunde hauek: AIRE Centre, Helsinki Foundation for Human Rights, ADF International, International Coalition for the Abolition of Surrogate Motherhood, eta Bukaresteko Sendagile Katoliko Elkarte. Horrez gain, Estrasburgoko Auzitegiak Europako Kontseiluko berrogeita lau Goi Itunkideen zuzenbideek amatasun subrogatuaren inguruan arautzen dutena erkatu ondoren, 23. parrafoan ondorioztatu du ez dagoela tratamendu komunik, hogeita lau estatutan debekatua, hamarretan toleratua eta bederatzitan baimenduta dagoelarik. Baina edozein kasutan, subrogatutako ernaldia debekatua egon, toleratua egon ala baimendua egon, hainbat Goi Itunkiderengan (19 estatutan) onartzen da genetikoki ama ez den asmozko ama legezko ama eta guraso-haur erlazio juridikoa aitortzea, eta are Estatu gehiagotan aita biologikoren kasuan (31 estatutan). Modalitateak ere asko aldatzen dira estatuz estatu, adopzioa aukera bat, besteren artean, izaki.

Galdera korapilatsu hauei Auzitegiko 17 kide duen Areto Nagusiak emandako erantzuna, 2019ko apirilko 10eko aholku-irizpena, ez da atzean geratzen, lanbro eta labirintoen eremuan. Dakusagun (gure itzulpena):

Haurra atzerrian jaio denean ernaldi-subrogazio akordio baten arabera, "asmozko aita"ren gametoen bitartez ernaldua, eta guraso-haurra asmozko aitarekiko erlazio juridikoa barneko zuzenbidean (domestikoa) arrezagutzen denean,

1. Giza Eskubideen Europako Itunaren 8. artikulua arabera haurraren bizitza pribaturako eskubideak exijitzen du zuzenbide domestikokoak "asmozko ama"rekiko guraso-haur erlazio juridikoa arrezagutu dezala, ama hori atzerrian legez emandako jaiotza-agirian "legezko ama" bezala agertzen delarik,

2. Bizitza pribatuaren errespeturako haurraren eskubideak ez du, ordea, eskatzen arrezagutza horrek atzerrian legez emandako jaiotza-agirian agertzen diren zehaztasunak jasotzea jaiotzen, ezkontzen eta heriotzen errolda zibilean "sarrera"ren formaren bitartez; bestelako aukerak, hala nola asmozko amak haurra adoptatzea, erabili daitezkeelarik.

Irizpena bera ez da oso luzea, bost mila hitz inguru ditu, ohiko epaiak askoz luzeagoak izaten dira (15.000 hitz inguru batez beste). Bost hilabetetan hartu zen, epaiak egiteko bost urteen orde. Beraz, bizkor eta laburra. Zaila da esatea nolako laguntza praktiko ematen duen irizpen horrek, baina funtsean epai pragmatikoa bilatzeko aholkatzen dio Giza Eskubideen Auzitegiak Kasazio Auzitegiari, haurren interesean ahalbidetzea legezko ama erroldan asmozko ama izatea nahiz eta ama biologikoa ez izan, are gehiago ernalketarako asmozko amaren gametoak erabiliak izan balira (kasu honetan ez bezala #47). Kasazio Auzitegiak haurren interesa aintzat hartu behar du, eta jabetu behar da asmozko amarekiko filiazioaren arrezagutza ezak haurrari kaltea sortzen diola, gizartean duen identitatearen inguruan ziurgabetasun juridikoa sortuz⁵. Horretarako, Frantziako zuzenbidean dagoen soluzio bakarra, adopzioarena alegia, erabiltzea beste erremediorik ez badago, ba hori erabiltzeko proposatzen du eta saihesteko atzerriko agiriak izendatzen dituen "legezko ama" -biologikoa ez den ama bezala ulertuta- aldi berean asmozko ama izatearen zehaztasunak. Gai honetan Auzitegia jakitun da (#57 eta 58) adopzioa ez dela soluzio ideala, adoptatzaileek ezkondata egon behar dutelako eta subrogazio-amaren onarpena beharrezkoa litzatekelako, baina ez da gai horien azterketan sartu, aholku-irizpenaren prozeduran ezin duelako eta, beraz, Kasazio Auzitegiari dagokiolako.

Auzitegiak aitortzen du subrogazio-amatasunaren inguruan ez dagoela europar mailako nahiko kontsentsurik (#43 eta lehen aipaturiko azterketa konparatua #23an), jarrera etiko-juridiko oso desberdinak daudela eta berari ez dagokiola horretan sartzea, subsidiarotasunaren eremuan kokatzen delako, eta arlo horretan estatuek hautamen-gunea dutela. Aipatzen du gai horren inguruan nazioarteko itun bat prestatzen ari dela, Hagako konferentziaren baitan, nazioarteko zuzenbide pribatuaren ikuspegitik erantzun komun bat emateko asmoz (#59). Baina hala eta guztiz ere, estatuek ezin dituztela, diskrezio horregatik, haurren interesak kaltetu, guraso-haur erlazioak haurren nortasunari eragiten baitio, eta eremu horretan Goi Itunkideen hautamen-gunea murriztu egiten dela. Frantziako barneko zuzenbideak, Goi Itunkideen etxeko zuzenbideek (domestikoeak), horrelako guraso-haur erlazio juridikoa arrezagutu beharko luke asmozko ama atzerrian emandako jaiotza-agirian agertzen den legezko ama denean ere bai. Baina horrek ez du inplikatzeko Goi Itunkideek atzerriko agiritan agertzen diren zehaztasun guztiak euren (Goi Itunkideen) errolda zibiletan berdin jasotzera behartuta daudenik. Forma edo modu zehatzak aukeratzeko orduan Goi Itunkideek hautamen-gune zabalagoa baitute, eta adopzioa izan daiteke guraso-haur erlazioa finkatzeko modu onargarria.

Irizpen salomonikoa, ekitatea bilatzen duena, zuzenbide domestikoa berriro ere aldatzeko beharrik ezarri gabe. Agian hori izango da etorkizunean subsidiarotasunaren jitea eta epai aurreko galdaketei Auzitegiak emango dion irizpen-tonu epel eta ore-

5 "l'absence de reconnaissance en droit interne du lien entre l'enfant et la mère d'intention défavorise l'enfant dès lors qu'il le place dans une forme d'incertitude juridique quant à son identité dans la société" (aholku-irizpena, #40 eta 42).

katua, eta beharbada hori eskertuko dute⁶. Horrela balitz, *a quo* jurisidkzioari erabakitzeko eremu zabala utziko zaio, eta elkarrizketa ez da etengo, baina arriskua da *a quo* jurisidkzioek irizpen konprometituagoa bilatzea eta azkenean galdeketari uko egitea. Ikustear dago nola garatzen den epai aurreko galdeketen praktika eta aholku-irizpenen "jurisprudenzia". Hurrengo geltokia Armenian dago, oso afera delikatu baten inguruan, Konstituzio Auzitegiak galdetzen baitu arau penal zigortzaile bat (kode penalarren 300. artikulua) atzera begira aplikatu ote dakioken orduko presidenteari, 2008ko istiluetan Estatu-botereak bereganatzeagatik. ♦

BIBLIOGRAFIA

Bengoetxea, J. eta Jung, H. (1991). Towards a European Criminal Jurisprudence? The Justification of Criminal Law by the Strasbourg Court. *Legal Studies* 11(3):239–80.

European Court of Human Rights (2020). *Annual Report 2019 of the European Court of Human Rights*, Council of Europe. Strasbourg. Hemendik eskuratua
https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2019_ENG.pdf

European Court of Human Rights (2014). *The ECHR in 50 Questions*. Strasbourg: ECHR, Public Relations Unit. Hemendik eskuratua
https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_SPA.pdf

Gerards, J. (2019). *General Principles of the European Convention of Human Rights*, Cambridge University Press.

Spano, R. (2014). Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity. *Human Rights Law Review*, 14(3):487–502.
<https://doi.org/10.1093/hrlr/ngu021>

Spielmann, D. (13 January 2014): Allowing the Right Margin: *The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?* [Speech]. Heidelberg: Max Planck, Institute for Comparative Public Law and International Law. Hemendik eskuratua
https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140113_Heidelberg_ENG.pdf

Reed, R. J. (11 November 2013). *The Common Law and the ECHR*, [Speech at the Inner Temple]. London: Inner Temple. Hemendik eskuratua
https://d17g388r7gqnd8.cloudfront.net/2017/08/lecture_reed_2013.pdf

6 Lord Reed-en hitzetan, "[The] Strasbourg Court's aim is not to construct a code to be adopted by the 47 contracting states. It knows very well that there are important differences between the various societies and legal systems. But the Court is developing a body of high level principles which can be taken to be applicable across the different legal traditions. Bearing that in mind, in the Strasbourg law, as in our own, we need to identify the principles underlying the development of a line of authorities on a particular topic. We can then develop our law, when necessary, by finding the best way, faithful to our own legal tradition, of giving expression to those principles. If we do so, our domestic legal tradition can continue to develop". Euskarara moldatuta "itzuli" zerbitzuaren laguntzaz: "Estrasburgoko Auzitegiaren helburua ez da 47 estatuek adoptatu beharreko kode bat eraikitzea. Oso ongi daki ezberdintasun handiak daudela hainbat gizarte eta legezko sistemaren artean. Baina Auzitegia maila altuko printzipioen gorputz bat garatzen ari da tradizio juridiko desberdinetan aplikagarria izateko. Hori kontuan izanda, Estrasburgoko zuzenbidean, gurean bezala, gai zehatz bati buruzko arauen multzo baten garapenaren azpian aurkitzen diren printzipioak identifikatu behar ditugu. Orduan gure zuzenbidea gara dezakegu, hala behar izanez gero, gure tradizio juridikoarekiko fidel zaion biderik onena aurkituz, printzipio horiei adierazpena emanaz. Horrela egiten badugu, gure etxeko tradizio juridikoak (domestikoak) garatzen jarraitu dezake". (Reed 2013:15)

DERECHO DE EXCEPCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA

RULES OF EXCEPTION AND GUARANTEE OF RIGHTS IN TIMES OF PANDEMIC

Marc Carrillo López

Universidad Pompeu Fabra

Cómo citar / Nola aipatu: Carrillo López, M. (2020). Derecho de excepción y garantía de los derechos en tiempos de pandemia. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, (1): 60-93. <https://doi.org/10.47984/legal.2020.003>



RESUMEN

La pandemia de la COVID-19 ha supuesto un reto para el Estado de derecho. La aplicación del Derecho de excepción regulado en la Constitución ha introducido restricciones a los derechos fundamentales a fin de proteger la salud de los ciudadanos. En este estudio se examinan el alcance y los límites del estado de alarma en España, como una de las tres modalidades de Derecho de excepción previstas en la Constitución y la Ley Orgánica 4/1981, que permite afrontar el reto de la pandemia sin que sea necesaria la suspensión de derechos fundamentales. Desde esta perspectiva se analiza el impacto de las medidas de excepción adoptadas por el Gobierno sobre el ejercicio de algunos derechos fundamentales y la respuesta judicial a los recursos presentados por los ciudadanos, en especial respecto a

la libertad de circulación y el derecho de manifestación, además de la libertad de expresión especialmente a través de las redes sociales, y la garantía del derecho de *habeas data*. En todos estos casos se examina la aplicación del test de proporcionalidad para evaluar el ejercicio y los límites del poder público en la aplicación de las medidas destinadas a garantizar la sanidad pública y su incidencia sobre estos derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE

Derecho de excepción, estado de alarma, derechos fundamentales, libertad de circulación, derecho de reunión y manifestación, *habeas data*, libertad de expresión, sanidad.

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic has been a challenge for the rule of law. The application of the rule of exception regulated in the Constitution has introduced restrictions on fundamental rights in order to protect the health of citizens. This study examines the scope and limits of the state of alarm in Spain, as one of the three forms of the rule of exception provided for in the Constitution and Organic Law 4/1981, which allows facing the challenge of the pandemic without the suspension of fundamental rights being necessary. From this perspective, the impact of the emergency measures adopted by the Government on the exercise of some fundamental rights and the judicial response to the appeals presented by citizens is analyzed, especially with respect to freedom of movement and the right to demonstrate, in addition of freedom of expression especially through social networks, and the guarantee of the right to *habeas data*. In all these cases, the application of the proportionality test is examined to assess the exercise and limits of public power in the application of the measures designed to guarantee public health and its impact on these fundamental rights.

KEYWORDS

Rule of exception, state of alarm, fundamental right, freedom of movement, right to meet and demonstrate, *habeas data*, freedom of expression, health.

LABURPENA

COVID-19aren pandemia erronka izan da Zuzenbide Estatuarentzat. Konstituzioan araututako salbuespen-eskubidearen aplikazioak oinarrizko eskubideei murrizketak ezarri dizkie, herritarren osasuna babesteko. Azterlan honetan, alarma-egoerak Espainian duen irismena eta mugak aztertzen dira, Konstituzioan eta 4/1981 Lege Organikoan aurreikusitako salbuespen-zuzenbidearen hiru modalitateetako bat den aldetik, pandemiaren erronkari aurre egitea ahalbidetzen baitu, oinarrizko eskubideak etetea beharrezkoa izan gabe. Ikuspegi horretatik aztertzen da Gobernuak hartutako salbuespen-neurriek zer eragin duten oinarrizko eskubide batzuen erabileran eta herritarrek aurkeztutako errekurtsioei emandako erantzun judizialean, bereziki zirkulazio-askatasunari eta manifestatzeko eskubideari dagokienez, bai eta adierazpen-askatasunari dagokienez ere, bereziki sare sozialen eta *habeas data* eskubidearen bermearen bidez. Kasu horietan guztietan, proportzionaltasun-testaren aplikazioa aztertzen da, osasun publikoa bermatzeko neurrien aplikazioan botere publikoak duen erabilera eta mugak ebaluatzeko, bai eta oinarrizko eskubide horietan duen eragina ebaluatzeko ere.

GAKO-HITZAK

Salbuespen-eskubidea, alarma-egoera, oinarrizko eskubideak, zirkulazio-askatasuna, biltzeko eta manifestatzeko eskubidea, *habeas data*, adierazpen-askatasuna, osasuna.

SUMARIO

- I. EL ESTADO DE ALARMA COMO DERECHO DE EXCEPCIÓN EN LA CRISIS SANITARIA. 1. Las medidas de excepción en la Unión Europea. 2. El estado de alarma en el ordenamiento jurídico español y el debate sobre su aplicación tras el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. 3. La coerción estatal *ex art.* 155 y el estado de alarma *ex arts.* 55.1 CE y 116.2 CE. 4. Limitación y suspensión de derechos: ¿estado de alarma o estado de excepción?
- II. LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y EL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN.
- III. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES.
- IV. LAS REDES SOCIALES COMO SOPORTE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DEL DERECHO A COMUNICAR Y RECIBIR INFORMACIÓN.

BIBLIOGRAFÍA.

La pandemia generada por la COVID-19 ha supuesto un reto para los Estados democráticos: ante una situación de excepcionalidad sanitaria a la que ineludiblemente había que hacer frente con premura para garantizar el objetivo prioritario de la salud colectiva y el interés general de la población, ¿cuál había de ser la respuesta desde el Derecho de las instituciones públicas?; ¿los institutos constitucionales vigentes han sido suficientes para abordar la situación, sin mengua de los fundamentos que constituyen las señas de identidad del Estado de derecho?

Porque, en efecto, uno de los riesgos que puede comportar el recurso a las medidas de excepción es que, en el camino que conduce a su aplicación, desarrollo y posterior levantamiento, puedan resultar malparados algunos de los pilares del Estado de derecho, como la división de poderes, y las garantías de los derechos y libertades. El reto al que el Estado democrático se enfrenta cuando se ve en la tesitura de acudir a medidas de excepción lo expresó de forma lúcida el profesor Pérez Serrano (1984: 418), cuando, al tratar de forma general la suspensión de garantías afirmaba que “... es una situación jurídica excepcional, porque con arreglo a Derecho se entra en ella, con arreglo a Derecho se actúa durante ella y con arreglo a Derecho se liquidan sus consecuencias después de ella ...”, subrayando de esta manera que la aplicación de las instituciones jurídicas de excepción de preservar, entre otros deberes, el cumplimiento de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, frente a la tentación de operar por la vía de hecho a la que una emergencia puede incitar a caer a los responsables públicos. Por ello –añadía– la situación de excepción no exime de la exigencia de “... responsabilidad a los *órganos* que se hubiesen extralimitado”. En consecuencia, la atenuación o la suspensión de garantías constituye “... una fórmula de Derecho, excepcional, extraordinaria, pero que en ningún momento pierde la nota jurídica, siquiera la inevitable espera de libertad discrecional que al Poder público confiere y reconoce pueda en la práctica dar pie a manifestaciones jurídicamente enjuiciables...” (Pérez Serrano, 1984: 418).

En las páginas que siguen se examinarán algunos aspectos de relevancia jurídica relativos a la situación creada por la pandemia. En especial, el marco constitucional español del estado de alarma, en tanto que modalidad específica de Derecho de excepción previsto en la Constitución (art. 116.2 CE), como soporte jurídico a las medidas tomadas, y la incidencia que su aplicación ha tenido sobre el ejercicio y la garantía de algunos derechos fundamentales como la libertad de circulación y desplazamiento (art. 19 CE), el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE); el derecho a la protección de los datos personales o *habeas data* (art. 18.4 CE), o la libertad de expresión y el derecho a la información. En este elenco, ciertamente, no se agotan las cuestiones que han suscitado interés en el debate jurídico, como es el caso, entre otros, del control parlamentario de la acción del Gobierno durante la situación excepcional o los problemas de orden competencial surgidos tras la declaración del estado de alarma y que merecen una atención específica; por ejemplo, la gestión de las

medidas de aplicación tomadas en el marco de una estructura de Estado compuesto, como es el caso español, que requerirían un examen específico¹.

I. EL ESTADO DE ALARMA COMO DERECHO DE EXCEPCIÓN EN LA CRISIS SANITARIA

1. LAS MEDIDAS DE EXCEPCIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

El precedente de la situación creada en Italia en los meses de febrero y marzo de 2020 por la pandemia del coronavirus incidió en las medidas de excepción adoptadas en España en la segunda quincena de marzo. Pero a diferencia del país transalpino, la Constitución de 1978 contempla de forma precisa la regulación de diversas modalidades del llamado Derecho de excepción (arts. 55.1 y 116.2), desarrolladas en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante, Ley Orgánica 4/1981), cuyo artículo 4.b) prevé que el Gobierno puede acordar el establecimiento del estado de alarma en casos de “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”. De acuerdo con esta cobertura constitucional y legal, se adoptaron las medidas de emergencia para afrontar la grave crisis sanitaria que se concretaron en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19². Unas medidas que estuvieron vigentes hasta finales de junio mediante seis prórrogas solicitadas por el Gobierno y acordadas por el Congreso.

Hasta ahora, el estado de alarma se ha aplicado en España en una única ocasión. Fue una decisión adoptada por el Gobierno de Rodríguez Zapatero en diciembre de 2010, para hacer frente al cierre del espacio aéreo ocasionado por la huelga encubierta de los controladores aéreos. La finalidad perseguida entonces fue restablecer el servicio público esencial del transporte aéreo³.

En el marco de la Unión Europea, el artículo 168.5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado de Lisboa) atribuye al Parlamento Europeo y al Consejo de Ministros de Sanidad la adopción de “medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchar contra las pandemias fronterizas...”. Por parte de algunos Estados miembros de la Unión, las medidas de excepción han sido diversas.

1 Para una primera aproximación al tema: Velasco Caballero (2020).

2 <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463>

3 En la fase de corrección de las galeras de este artículo, como consecuencia de la acentuación de los contagios por la COVID-19 registrada después del verano, el Gobierno ha resuelto aprobar el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma, con una duración de 6 meses.

A lo largo del mes de marzo, en Italia, el gobierno del *premier* Giuseppe Conte adoptó medidas restrictivas sobre la población a través del uso de la legislación de urgencia. A falta de una previsión específica sobre el derecho de excepción en la Constitución de 1948, el ejecutivo italiano recurrió al instituto jurídico del decreto ley. En aquel momento fueron dos: el primero, fue el Decreto Ley número 6, de 23 de febrero de 2020, convalidado por el Senado con algunas modificaciones como consecuencia de la abrogación contenida en el nuevo Decreto Ley número 19, relativa al artículo 2, que puso remedio a un evidente defecto de indeterminación que introducía una atribución muy genérica a las funciones del Gobierno (Luciani, 2020: 112)⁴. A partir de la habilitación constitucional y del citado decreto ley modificado, han sido los decretos del Presidente del Consejo de Ministros la principal fuente normativa para hacer frente a la emergencia.

El impacto de las medidas relacionadas con la actividad cotidiana de los ciudadanos fue especialmente severo, pues incidían sobre el ejercicio cotidiano de alguno de sus derechos fundamentales. No obstante, la cobertura constitucional de esas medidas no fue cuestionada por la mayoría de la doctrina italiana de Derecho público. En una entrevista concedida el 8 de marzo de 2020 al diario *Repubblica*, el reputado constitucionalista Gaetano Azzariti, catedrático de *La Sapienza* de Roma, declaraba que, en efecto, las medidas gubernamentales gozaban de plena validez constitucional. Entre sus argumentos destacaba que la Constitución italiana prevé que la libertad de circulación pueda ser limitada por motivos de sanidad y seguridad (art. 16, párrafo primero); que la libertad de reunión puede ser impedida por fundados motivos de seguridad o de salud pública (art. 17, párrafo tercero); y, asimismo, añadía que el derecho a la salud no solo es un derecho fundamental de los ciudadanos sino también de interés para la colectividad (Milella, 2020).

En otros Estados de la UE, las medidas tomadas para afrontar los efectos de la pandemia se han ubicado también en las diversas modalidades constitucionales o legales de los institutos jurídicos de urgencia. Así, en Francia, sin necesidad de acudir al artículo 16 de la Constitución, que atribuye amplios poderes al presidente de la República, se recurrió a un simple decreto del mismo, de 16 de marzo de 2020, invocando el Código de Salud, que impuso medidas de confinamiento de personas en sus domicilios, con algunas excepciones previstas específicamente en dicha disposición.

En la República Federal de Alemania, la libertad de movimiento y de residencia en la totalidad del territorio federal solo puede ser restringida, entre otras causas, “para combatir peligros de epidemia, catástrofe natural o accidente especialmente grave ...” (art. 11.2). De acuerdo con esta habilitación constitucional, la Ley Federal de Protección

4 El tenor del precepto derogado era el siguiente: “Le autorità competenti, con la modalità previste dall’articolo 3, commi 1 2 2 possono adottare ulteriore misure di contenimento e gestione dell’emergenza, al fine de prevenire la diffusione dell’epidemia da COVID-19 anche fuori del casi di cui all’articolo 1, comma 1”.

contra Infecciones, de 20 de julio de 2000, los *länder* han podido adoptar mediante decreto medidas restrictivas o limitativas entre las cuales se encuentra el confinamiento (De la Quadra Salcedo III, 2020: 9).

En Bélgica, a pesar de la intransigencia de la Constitución de 1831, en cuyo artículo 187 en principio quedó proscrita la suspensión total o parcial de la Constitución, su historia constitucional más reciente pone de relieve que la atribución al Gobierno de poderes especiales no ha sido excluida. El fundamento constitucional para ello se encuentra en el artículo 105 de la Constitución, donde se establece que el Rey no dispone de otros poderes que los que le atribuye aquella, y las leyes especiales adoptadas de acuerdo con la norma suprema.

Según el parecer emitido el 31 de mayo de 1996 por la Sección Legislativa del Consejo de Estado, para que estos poderes sean compatibles con el artículo 105 es preciso que cumplan las condiciones siguientes: 1) que concurren circunstancias excepcionales o de crisis; 2) que, en función de aquellas, los poderes especiales sean atribuidos por un periodo limitado; 3) sus objetivos y las medidas a adoptar han de ser determinados con precisión; 4) la adopción de poderes especiales ha de respetar tanto las normas supranacionales e internacionales como también el sistema constitucional de distribución de competencias entre la colectividad federal y las colectividades federadas.

De acuerdo con ello, en el ámbito federal, el 27 de marzo de 2020 el Parlamento adoptó dos leyes de poderes especiales que habilitaban al Rey “à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19” (Verdussen, 2020). Entre las medidas adoptadas en la segunda de estas leyes estaban previstas algunas de carácter general destinadas a combatir la propagación del virus en el seno de la población, así como la salud pública y el orden público; la garantía de la capacidad logística para el aprovisionamiento, el apoyo directo o indirecto a la economía en los sectores más afectados, etc.⁵

En el ámbito federado, las regiones y comunidades belgas, con algunos días de antelación –a partir del 17 de marzo de 2020– algunas de ellas adoptaron medidas especiales: fue el caso de la región de Valonia, la Comunidad francesa, la región de Bruselas-capital, y la Comunidad germana. Por el contrario, inicialmente, la región y las comunidades flamencas decidieron no adoptar medidas del mismo tenor, bajo el argumento de que las reuniones del Parlamento seguían siendo posibles y, por tanto, los principios democráticos serían mejor respetados manteniendo el régimen ordinario

5 “1° combattre la propagation ultérieure du coronavirus COVID-19 au sein de la population, y compris le maintien de la santé publique et de l’ordre public ;

2° garantir la capacité logistique et d’accueil nécessaire, y compris la sécurité d’approvisionnement, ou en prévoir davantage ;

3° apporter un soutien direct ou indirect, ou prendre des mesures protectrices, pour les secteurs financiers, les secteurs économiques, le secteur marchand et non marchand, les entreprises et les ménages, qui sont touchés, en vue de limiter les conséquences de la pandémie ;

4° garantir la continuité de l’économie, la stabilité financière du pays et le fonctionnement du marché, ainsi que protéger le consommateur ; etc”.

Tomado de: <https://dice.uniu-amu.fr/fr/dice/dice/recherche/axe-3-democratie-etat-droit-droits-fondamentaux>

de poderes entre el Parlamento y el Gobierno. No obstante, pocos días después, mediante el Decreto del 20 de marzo el Gobierno de Flandes fue habilitado para adoptar nuevas medidas, aunque formalmente no se trató de un decreto de poderes especiales (Verdussen, 2020).

En Suiza, las primeras medidas a nivel federal fueron adoptadas el 28 de febrero de 2020 por el Consejo Federal, que aprobó una ordenanza destinada a luchar contra la COVID-19. Incluyó cinco disposiciones por las que, entre otras medidas, quedaba prohibida la organización de manifestaciones públicas o privadas de más de mil personas; si se trataba de un número inferior los organizadores, en colaboración con la autoridad cantonal competente, debían evaluar los riesgos para determinar si la manifestación podía llevarse a cabo. A esta ordenanza le siguió otra posterior, de 13 de marzo, que incluyó doce disposiciones de contenido más amplio que introducían restricciones sobre otros derechos de libertad e incluso de participación especialmente relevantes en el sistema constitucional suizo, como es el caso del referéndum (Hottelier, 2020). Esta segunda ordenanza estaba dirigida a regular las medidas destinadas a la población en general, las organizaciones, las instituciones y los cantones, al objeto de disminuir el riesgo de transmisión del virus y luchar contra su difusión. Entre estas medidas estaban previstas: el mantenimiento de la capacidad sanitaria, la restricción del tráfico fronterizo, la prohibición de actividades presenciales en las escuelas, etc. Asimismo, pocos días después, el 20 de marzo, el consejo decidió suspender el plazo aplicable a las iniciativas populares federales relativas a las solicitudes de referéndum a celebrar en el ámbito federal.

El fundamento constitucional de estas medidas especiales se encuentra en el artículo 185.3 de la Constitución de 18 de abril de 1999, que habilita al Consejo Federal para decretar ordenanzas de carácter temporal al objeto de afrontar situaciones que amenacen gravemente el orden público, la seguridad exterior o interior. Y también en el artículo 173.1, que permite a la Asamblea Federal actuar en situaciones de urgencia de manera paralela al Consejo Federal y adoptar ordenanzas de contenido normativo. El elemento común de las ordenanzas gubernamentales y legislativas es que no pueden ser sometidas a referéndum. Sectorialmente, la habilitación legal se encuentra en la Ley de epidemias, de 28 de septiembre de 2012. Asimismo, el régimen de urgencia también está previsto en las constituciones de diversos cantones.

Cabe subrayar que, en Suiza, tanto la noción como la declaración del régimen de urgencia y las medidas que incluye escapan a todo control jurisdiccional directo. Por esta razón, la duración de las ordenanzas de necesidad ha de ser limitada en el tiempo y, mientras tanto, la Asamblea federal conserva la potestad de fiscalizar el uso y la financiación (Hottelier, 2020).

2. EL ESTADO DE ALARMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y EL DEBATE SOBRE SU APLICACIÓN TRAS EL REAL DECRETO 463/2020, DE 14 DE MARZO, POR EL QUE SE DECLARA EL ESTADO DE ALARMA PARA LA GESTIÓN DE LA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19

La nueva aplicación del estado de alarma en España, ahora con motivo de la pandemia de la COVID-19, ha generado un cierto debate jurídico, y también en esferas del personal político, acerca de si las medidas adoptadas en aplicación del estado de alarma podían haberse adoptado haciendo simplemente uso de la legislación ordinaria en materia de sanidad, en especial, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública o, en un sentido opuesto, si aquellas eran en realidad más propias del estado de excepción. La controversia era importante porque, a diferencia del estado de excepción y, por supuesto, del estado de sitio, en el caso del estado de alarma *ex artículo 55.1 CE* no está contemplada la suspensión de derechos fundamentales⁶, sino su limitación y condicionamiento en el ejercicio según sea el caso, tal como se deriva de la propia Constitución (art. 116.2) y, específicamente, de la Ley Orgánica 4/1981 (art. 11)⁷.

Para abordar el alcance y los límites de los estados de alarma y excepción en tanto que modalidades del Derecho de excepción, es preciso retener la atención en los debates parlamentarios que precedieron tanto al texto constitucional como los relativos a la deliberación y aprobación de la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados excepcionales.

De sendos debates parlamentarios cabe deducir una primera conclusión: los constituyentes y, en coherencia, también el legislador orgánico, distinguieron entre el estado de alarma y el estado de excepción, subrayando que el primero estaba previsto para situaciones propias de desastres naturales mientras que el segundo estaba esencialmente concebido para hacer frente a crisis de orden político. En ambos casos siempre que los poderes públicos no pudiesen hacer frente a la situación de emergencia creada mediante las atribuciones ordinarias previstas por el ordenamiento jurídico de régimen común.

En las Cortes constituyentes, que –como es sabido– también ejercieron simultáneamente de legislador ordinario, los debates acerca del régimen jurídico que debía adoptar el estado de alarma como una modalidad específica del Derecho de excepción

6 "Artículo 55.1 CE. "Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción".

7 "Art. 11. Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes: a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos. b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias. c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados. d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad. e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto".

no fueron precisamente de gran intensidad, lo que no impide poner de relieve que lo entonces debatido tuvo especial transcendencia para definir y a su vez delimitar su contenido y límites. Inicialmente, mediante una enmienda presentada en nombre del Grupo Parlamentario Comunista por el diputado Simón Sánchez Montero y defendida por el ponente constitucional Jordi Solé Tura en la Comisión Constitucional y de Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, se sostuvo la necesidad de la supresión de la previsión constitucional del estado de alarma (antiguo artículo 108.2 del proyecto de ley). Sus argumentos eran los siguientes: resultaba innecesario constitucionalizar el estado de alarma porque en el proyecto no se explicaban las circunstancias excepcionales que lo podían motivar (se citaban, como un ejemplo probable, situaciones propias de un cataclismo o de desastres naturales); pero para ese caso y otros similares, el Gobierno ya disponía de poderes suficientes para afrontar la situación; además, como el proyecto nada decía sobre las causas que podían motivar la declaración de la alarma, su declaración podía servir para limitar derechos, sin decirlo. En suma, era evidente que en la voluntad de la enmienda comunista subyacía el temor a dar paso a una cláusula muy abierta que otorgase al Gobierno poderes especiales por cualquier motivo o razón, motivación que la experiencia reciente y entonces muy viva de la dictadura había acreditado con creces.

La enmienda fue rechazada con el argumento de que la regulación de los estados excepcionales debía prever uno que pudiese servir para afrontar situaciones de emergencia constitucional de menor relevancia. En este sentido, el también ponente constitucional Gabriel Cisneros Laborda (UCD) sostuvo la necesidad de mantener el supuesto del estado de alarma, ya que si este se suprimía podía darse el caso, nada imprevisible, de que una situación de poca entidad debiese ser afrontada mediante la declaración del estado de excepción, cuyas consecuencias serían *más gravosas* para el ejercicio de la libertades, lo que resultaría paradójico con la finalidad perseguida por la enmienda de supresión. Por esta razón, proponía adecuar la respuesta a la situación de excepcionalidad a la entidad del problema creado, ya que la casuística de la alarma podía ser muy diversa, por lo que resultaba imposible tipificarla en la Constitución⁸. La enmienda del grupo comunista fue rechazada, pero la lógica garantista que subyacía a su contenido incidió en los debates que en 1981 se dieron con ocasión de la deliberación y aprobación de la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados excepcionales.

Esta ley fue aprobada el primero de junio de 1981, poco menos de cuatro meses después del intento de golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, una circunstancia que, aparte de regular un aspecto tan decisivo de la Constitución como siempre es el Derecho de excepción, tras dos años y medio de vigencia de la *norma normarum*, la rebelión militar contra el régimen constitucional exigía de manera urgente y específica

8 Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (1980).

el inmediato desarrollo orgánico de las previsiones contempladas en los artículos 55.1 y 116 de la Constitución, dado el práctico vacío normativo existente en el momento de la asonada protagonizada activamente por una parte del ejército.

De los debates habidos con motivo de la deliberación del proyecto de ley orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio predominó, con relación al primero de ellos, la necesidad de precisar su contenido y límites. Se trataba de evitar que, en el caso del estado de alarma, que no comportaba suspensión alguna de derechos fundamentales (art. 55.1 CE), la imprecisión o ambigüedad de su formulación legal pudiese conducir a institucionalizar un remedo de cláusula abierta a la discrecionalidad del Gobierno al afrontar situaciones de crisis. Por esta razón, de nuevo, el Grupo Parlamentario Comunista insistió a través de sus enmiendas en evitar que se diesen esas circunstancias. Así, ante una primera redacción del artículo 4 del actual artículo de la Ley Orgánica 4/1981, donde se definían las diversas alteraciones graves a la normalidad que podían dar lugar a la declaración del estado de alarma, expuestas a modo de ejemplo, utilizando la fórmula del adverbio “como” (que, por tanto, no excluía la existencia de otras no especificadas), el diputado y ponente constitucional Solé Tura propuso –esta vez, con éxito–, en pro de la seguridad jurídica en la previsibilidad de los supuestos posibles de estado alarma, la supresión del citado adverbio. De tal forma que en la actualidad el estado de alarma puede ser declarado únicamente en los cuatro supuestos previstos en el artículo 4º, y en ningún otro más.

Otra aportación del citado grupo parlamentario en la línea de precisar los supuestos del estado de alarma y de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales que dicho estado excepcional puede limitar pero no suspender, defendida en este caso por el diputado Nicolás Sartorius, incidió sobre una primera redacción del apartado c) del artículo 4, cuya formulación resultaba en exceso imprecisa, de tal forma que podía permitir una neutralización en el ejercicio de algunos derechos fundamentales. En efecto, en la redacción del artículo 4. c) del proyecto resultante del dictamen aprobado por la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, se reputaba como causa para la declaración del estado de alarma la: “Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución”: es decir, el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de una huelga (art. 28.2 CE) o de conflicto colectivo promovido por empresarios o trabajadores (art. 38.2 CE).

La enmienda proponía la supresión del citado apartado c), dada la inseguridad que generaba para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales contemplados en ambos preceptos constitucionales. En su argumentación sostenía que la ley orgánica reguladora de los estados excepcionales no era la norma adecuada para *el mantenimien-*

to de los servicios esenciales, sino que lo había de ser una futura ley orgánica reguladora del derecho de huelga. La enmienda de supresión como tal no prosperó, pero sí que lo hizo una enmienda transaccional del mismo diputado que recogía su espíritu: se mantenía el redactado del apartado c), pero con la adición del párrafo “... y concurra alguna de las demás circunstancias contenidas en este artículo”. Con lo cual se aseguraba que el mero hecho de ejercer el derecho de huelga o cualquier otra medida de conflicto colectivo, individualmente considerados, no fuesen, *per se*, una causa para declarar el estado de alarma.

De acuerdo, pues, con el sentido de la citada enmienda transaccional, el Gobierno no puede declarar el estado de alarma para hacer frente a situaciones de conflicto social si no se producen algunas de las causas tasadas en el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981. Y, *más concretamente, en relación con las medidas de los apartados c)¹⁰ y e)¹¹* del artículo 11 de esta ley que el Gobierno puede adoptar. Ambas no pueden ser entendidas como “una ‘cláusula general’ que permita impartir cualquier orden considerada como necesaria bajo el estado de alarma” (Cruz Villalón, 1984: 78).

A los efectos del debate jurídico que se ha suscitado con motivo de declaración de este estado excepcional en relación con la COVID-19, en especial en lo relativo al objeto de los estados de alarma y excepción respectivamente, conviene recuperar algunos de los pasajes del debate parlamentario relativo a la Ley Orgánica 4/1981, que permiten precisar cuál fue la voluntad del legislador al respecto. Así, no hay duda de que el objeto del estado de alarma fue concebido, efectivamente, para hacer frente a desastres naturales, crisis sanitarias o circunstancias similares, mientras que el estado de excepción lo es para afrontar crisis de naturaleza política. En este sentido, en defensa de la enmienda citada, el diputado Sartorius se remitía al debate constituyente, con cita específica de la intervención del diputado y ponente constitucional Gabriel Cisneros, para afirmar que “... con la figura del estado de alarma estamos contemplando propiamente, más que situaciones de conflictividad política o social, eventos catastróficos, naturales...” (y citaba, para ilustrar con algún ejemplo, el caso en 1976 del desastre medioambiental en la población italiana de Seveso, cercana a Milán). En el mismo sentido, el diputado Luis Apostúa (UCD) subrayaba que “... el estado de alarma no es un hecho político”¹².

Finalmente, pero más en el terreno de la incidencia de los estados excepcionales en la *organización territorial del Estado*, cabe destacar la enmienda presentada en el debate del proyecto en el Senado por el parlamentario Zabala Alcívar, del Grupo de

10 Art. 11, c). “Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados”. Sin embargo, el autor citado sostuvo entonces que este apartado sí que podía ser concebido como una cláusula general. Entiendo, por el contrario, que a la luz de la enmienda ello no ha de ser así.

11 Art. 11, e) “Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto”.

12 Estados de alarma, excepción y sitio. *Op. cit.*, p. 201.

Senadores Vascos, por la que se proponía que la Comunidad Autónoma *fuese consultada* “... únicamente cuando el estado de alarma afecta a una Comunidad Autónoma, no cuando afecta a dos o más Comunidades Autónomas”. La enmienda entraba razonablemente en la lógica que habría de presidir la colaboración en el marco de un Estado compuesto como el que prefiguraba la Constitución. No obstante, sería rechazada¹³. A pesar de ello, el artículo 5 de la Ley Orgánica 4/1981 supuso un cierto cambio de rumbo, dado que atribuyó capacidad de impulso a la Comunidad Autónoma en el supuesto siguiente: “Cuando los supuestos a que se refiere el anterior afecten exclusivamente a todo o parte del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, el Presidente de la misma podrá solicitar del Gobierno la declaración de estado de alarma”. No era lo mismo, ciertamente, pero reconocía entidad a la Comunidad Autónoma para incitar al Gobierno del Estado a ejercer una competencia constitucional que únicamente a él le está atribuida.

Con los mimbres que aportan los, por otra parte, reducidos debates parlamentarios sobre el contenido y los límites del estado de alarma en el proceso constituyente, y los habidos con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 4/1981, se ha afrontado la segunda ocasión en la que ha tenido que ser declarado por el Gobierno. La primera lo fue, como se ha señalado, en diciembre de 2010, a causa de la huelga encubierta de los controladores aéreos. Pero ha sido en la segunda ocasión, motivada por la descontrolada expansión mundial de la pandemia de la COVID-19, que los problemas de orden jurídico se han planteado con toda crudeza tras la declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y las sucesivas seis prórrogas acordadas por el Congreso de los Diputados cada quince días, hasta la pérdida de vigencia del estado de alarma a las cero horas del día 21 de junio de 2020.

La controversia jurídica ha girado alrededor de diversos temas que pueden ser resumidos en tres: la inicial consideración por parte de las autoridades representativas de algunas comunidades autónomas (CC.AA.), aunque se mantuvo viva muy poco tiempo, que el estado de alarma suponía de hecho la aplicación de la coerción estatal *ex* artículo 155 CE sobre la capacidad de autogobierno de las comunidades autónomas. El segundo giró en torno a la idea según la cual las medidas contenidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma, eran constitucionalmente improcedentes, en especial las referidas a la libertad de circulación y residencia, razón por la cual en realidad se habría tenido que declarar el estado de excepción. Y finalmente, el tercero ha versado sobre la compleja distinción entre limitación y suspensión de derechos que se deriva según se declare el estado de alarma o el estado de excepción.

13 *Ibidem* p. 347.

3. LA COERCIÓN ESTATAL EX ART. 155 Y EL ESTADO DE ALARMA EX ARTS. 55.1 CE Y 116.2 CE

La imputación al estado de alarma de ser una forma de coerción estatal ex artículo 155 CE carecía de sentido jurídico. La institución constitucional del artículo 155 CE nada tiene que ver con las previsiones de Derecho excepcional previstas en los artículos 55.1 y 116 CE. Fue incorporada por el constituyente como una cláusula de reserva o de cierre del sistema de controles del Estado sobre las comunidades autónomas. Su formulación fue parca y es positivo que así lo sea porque de lo que se trata con este procedimiento de ejecución, una vez agotadas otras vías, es de compeler a una comunidad autónoma a cumplir con la Constitución y las leyes.

Junto con la regulación de los estados excepcionales (art. 116 CE) y de la legislación material de urgencia (art. 86 CE), la coerción estatal es una manifestación específica del Derecho constitucional de excepción prevista como *ultima ratio* para un supuesto específico de conflicto territorial entre el Estado y una comunidad autónoma (García Torres, 2019: 114): cuando esta última incumple con sus obligaciones constitucionales. Es en el hecho de formar parte del Derecho de excepción donde se acaban las similitudes entre la coerción y el estado de alarma.

Desde los estudios iniciales sobre la organización del régimen jurídico de las CC.AA. se registró unanimidad en considerar que la coerción estatal por parte del Estado sobre las CC.AA. es un instrumento de carácter extraordinario de resolución de conflictos entre ambas partes (Albertí, 1985: 471). De tal forma que, concibiéndolo así, no puede ser entendido como una especie de última instancia de los procedimientos constitucionales para resolver los conflictos de competencia entre el Estado y las CC.AA. Se trata de cosa bien distinta a un procedimiento ordinario de inspección consecuencia de unos supuestos de poderes previos de vigilancia o inspección, de los que carece el Estado según el modelo constitucional español. Nada que se asemeje a ello. La ejecución forzosa estatal no puede derivarse de la información que el Gobierno haya podido disponer sobre la actuación de una comunidad autónoma, obtenida mediante dicha inspección o supervisión estatal sobre la ejecución autonómica de la legislación del Estado, como se sostuvo en su momento (García de Enterría, 1983: 172-173).

Por otra parte, la coerción estatal que ha de afrontar una situación extrema por el incumplimiento de las obligaciones constitucionales por parte de una comunidad autónoma, tampoco presupone una posición previa de superioridad o jerarquía del Gobierno central sobre la comunidad autónoma. La inspección estatal y la compulsión ejercida por el Estado sobre las CC.AA. son dos figuras distintas (Gil Robles y Gil Delgado 1999: 511) que impiden deducir la coerción como una lógica consecuencia de un inexistente poder de inspección ordinario del Estado sobre las CC.AA. Cuestión distinta es que el carácter extraordinario del instituto de la coerción permite –sin duda– al Estado situarse temporalmente en una posición de mayor disponibilidad ejecutiva sobre el marco competencial diseñado por el bloque de la Constitución, sobre la acción

y los actos de las instituciones de la comunidad autónoma. Pero siempre bajo las condiciones de sujeción al procedimiento y control tanto parlamentario como jurisdiccional. Por tanto, con capacidad para intervenir sobre el autogobierno de la comunidad autónoma. Dicho lo cual, la coerción estatal no es ni puede ser sinónimo de una atribución siquiera provisional de plenos poderes al Estado. En consecuencia, la redefinición del ámbito de la autonomía política que conlleva la ejecución estatal forzosa en ningún caso exonera al Estado de toda sujeción a la Constitución (Álvarez, 2016: 295). El bien jurídico protegido *ex* artículo 155 CE es la garantía del orden constitucional: el respeto a la Constitución y al resto de las leyes que hayan sido vulneradas. Algo muy distinto a lo que se pretende con el estado alarma como una de las modalidades de Derecho de excepción, que no es otra que atribuir al Estado poderes especiales, como en el caso de la COVID-19, para afrontar una crisis sanitaria con la colaboración de las.

4. LIMITACIÓN Y SUSPENSIÓN DE DERECHOS: ¿ESTADO DE ALARMA O ESTADO DE EXCEPCIÓN?

A escasos días de que el Gobierno adoptase la decisión de decretar el estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, tanto en la prensa escrita como digital, así como también en alguna publicación académica periódica, menudearon comentarios en el orden jurídico a la decisión del Gobierno para hacer frente la pandemia¹⁴.

La amplia mayoría de las colaboraciones citadas sostuvieron que la declaración *del estado de alarma contenida en las medidas contempladas en el Real Decreto 463/2020*, de 14 de marzo, disponían de suficiente cobertura constitucional. El argumento central, con matices diversos, sostenía por un lado que el estado de alarma *ex* artículos 116.2 CE y 4º. b) de la Ley Orgánica 4/1981 está previsto para hacer frente a “Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”; y, por otro, que, de acuerdo con el artículo 55.1 CE y a diferencia de los estados de excepción y sitio, del estado de alarma no se deriva suspensión alguna de derechos fundamentales. Alguno de los autores citados invocaba, además, en apoyo de esta tesis, la STC 83/2016, de 28 de abril (FJ, 8), dictada con ocasión de un recurso de amparo relativo a la declaración del estado de alarma debido a la huelga encubierta de controladores aéreos en 2010, en la que el Tribunal Constitucional distinguió entre restringir o limitar un derecho (estado de alarma) y suspenderlo (estados de excepción y sitio).

14 Seguramente, uno de los primeros fue el número monográfico de la Revista *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 86-87, marzo-abril 2020.

Al mismo siguieron un amplio catálogo de publicaciones en la prensa diaria escrita y en la digital entre marzo y abril de 2020, de las que, entre otras, cabe retener los artículos escritos por: T. de la Cuadra Salcedo, M. Aragón Reyes, P. Cruz Villalón, S. Muñoz Machado, J. A. García Sáez, M. A. Presno Linera, J. Urías y yo mismo.

En esta sentencia el Tribunal desestimó el amparo solicitado por los controladores aéreos por presunta lesión de un amplio catálogo de derechos fundamentales [el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE); el derecho al juez ordinario predefinido por la ley (art. 24.2 CE); la libertad de expresión (art. 20 CE); la libertad de reunión y manifestación (art. 21 CE); la libertad de afiliación política y sindical (art. 22 CE); el derecho de sufragio pasivo (art. 23 CE); la libertad sindical y el derecho de huelga (art. 28 CE) y el derecho de petición (art. 29 CE)]. Además también rechazó la pretensión de los recurrentes sobre los elementos reglados del acto, dado que consideraban que no concurrían los presupuestos para la declaración del estado de alarma. El Tribunal estableció una argumentación para fundamentar la compleja distinción entre restricción o limitación y suspensión de derechos en los siguientes términos:

A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *contrario sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. En este sentido, se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos; la práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes y la imposición de prestaciones personales obligatorias; la intervención y la ocupación transitoria de industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier clase, con excepción de domicilios privados; la limitación o el racionamiento del uso de servicios o del consumo de artículos de primera necesidad; la adopción de las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por una paralización de los servicios esenciales para la comunidad cuando no se garanticen los servicios mínimos; y, en fin, la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento, siéndole aplicable al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización (...). (FJ 8)

Pero lo cierto es que la resolución del Tribunal no arrojó mucha luz para ilustrar dicha distinción –por otra parte nada sencilla– sobre lo que debería significar restricción *versus* limitación y suspensión de derechos. En realidad lo hizo de forma más bien apodíctica, limitándose a describir reproduciendo el contenido del artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981 relativo a las medidas que en aplicación del estado de alarma pueden adoptar los poderes públicos. Renunció a adentrarse en un terreno ciertamente complejo, al objeto de establecer algún criterio interpretativo que ayudase a delimitar el alcance de la restricción de derechos y mirar de fijar un punto de no retorno, en el que la restricción deja de serlo para pasar a ser una efectiva suspensión.

Seguramente la solución tópica y poco útil en este sentido pudiese haber consistido en establecer que la restricción *versus* limitación no podía afectar al contenido esencial del derecho, en tanto que núcleo duro o intangible del derecho fundamental. Sin duda, se trata de una solución fácil por la acreditada dificultad de determinar en

realidad en qué consiste la referencia al contenido esencial *ex* artículo 53.1 CE como límite a la capacidad de disposición del legislador. Pero, en todo caso, esta u otra solución menos retórica hubiese sido más útil al objeto de dar pleno sentido constitucional –que sin duda lo tiene, como manifestó también el legislador constituyente– al estado de alarma. Una modalidad de Derecho de excepción diferenciada del estado de excepción concebida para hacer frente a las diversas situaciones de emergencia que pueden producirse, pero en las que el orden público no es el bien jurídico a proteger sino que lo puede ser la salud pública por causa de una epidemia, la preservación del medio ambiente ante incendios, inundaciones o cualquier otro desastre natural, el abastecimiento de productos de primera necesidad, etc.

En la primera fase del debate jurídico, en las colaboraciones de urgencia de los dos primeros meses de vigencia del estado de alarma, se ponía énfasis en que la declaración del estado de alarma nada tenía que ver con la aplicación de la coerción estatal *ex* artículo 155 CE, que dicha modalidad de Derecho de excepción no suspende el régimen autonómico de competencias sino que el Estado asume algunas de forma temporal; que, técnicamente, el Real Decreto 463/2020 no es un estado de excepción sino un estado de alarma, que no deja de ser una situación extraordinaria que:

... sin suspender el régimen normal de competencias, permite al Estado, a los solos efectos de solucionar los graves problemas derivados de la pandemia, asumir temporalmente todas las competencias (...). Esa asunción temporal de competencias no solo es perfectamente constitucional porque lo prevea el artículo 116 de la Constitución, sino porque es conforme con una interpretación sistemática de esta, en cuanto no altera el orden normal y permanente de competencias que sigue igual. [De la Quadra Salcedo (I), 2020: 9]

Con relación al régimen de los derechos y libertades y sus límites, algunos de los autores que han avalado la adecuación del estado de alarma como instrumento constitucional, con remisión a la STC 83/2016, han sostenido que en el estado de alarma no puede haber suspensión de derechos fundamentales. Para ilustrar esta regla interpretativa para el caso concreto de la situación de pandemia, se ha argumentado, por ejemplo, que “nadie puede considerar que someter a cuarentena –en un centro médico o en su propio domicilio, en su caso– a un pasajero de un avión o barco con una enfermedad gravemente contagiosa (recuérdese el ébola) signifique ‘suspenderle’ sus derechos fundamentales” [De la Quadra Salcedo (II), 2020: 9]. Y en relación con las invocaciones en favor de la aplicación del estado excepción para el caso de las medidas previstas por el Real Decreto 463/2020, el citado autor sostuvo también que:

... aplicar el estado de excepción a situaciones motivadas exclusivamente por acontecimientos naturales o tecnológicos supondría una modalidad de violación constitucional: un fraude de ley y, en último extremo, de Constitución. (...) (...) Los supuestos del estado de alarma no tienen carácter político, y los del estado de alarma, sí. [De la Quadra Salcedo (III), 2020: 9]

Esta posición contrasta con aquellas otras que consideraron que, por el contrario, el Gobierno estaba haciendo un uso exorbitante del estado de alarma no solo para “legitimar la anulación del control parlamentario”, [sino también para]:

... a su amparo decretar, como se ha hecho, la suspensión generalizada del derecho de libertad de circulación y residencia de los españoles medida que solo puede adoptarse en el estado de excepción, como determina el artículo 55.1 de la Constitución”. [Y a mayor abundamiento]: “[O]rdenar una especie de arresto domiciliario de la inmensa mayoría de los españoles, que es lo que realmente se ha hecho, no es limitar el derecho, sino suspenderlo y esa conclusión resulta difícilmente rebatible desde un entendimiento jurídico correcto, y en tal sentido la medida adoptada creo que es bien distinta de la normativamente estipulada para el estado de alarma. Sí se corresponde con el estado de excepción que tiene prevista esa posibilidad de suspensión en el artículo 55.1 de la Constitución y en el artículo 29 de la Ley Orgánica 4/1981. (Aragón, 2020: 9)

En una línea distinta, pero con alguna coincidencia en el sentido de considerar que resulta innegable “la laminación a la que se están sometiendo los derechos y libertades”, otro autor consideró que, no obstante, “el problema constitucional que se ha planteado con la declaración del estado de alarma para combatir la Covid-19 no radica en si hubiera sido más procedente declarar el estado de excepción sino en los límites de los poderes gubernamentales de emergencia”. En este sentido, subrayaba la necesidad de someter los poderes del Gobierno a los límites de temporalidad y proporcionalidad en su aplicación (Muñoz Machado, 2020: 11).

En la lógica de atribuir un sentido constitucional al estado de alarma como soporte a la situación creada por la pandemia, se encuentra la posición sostenida por un antiguo presidente del Tribunal Constitucional: sin perjuicio de reconocer que la dura realidad que ofrece la emergencia es de tal magnitud “... que difícilmente podríamos encontrar acabadamente reflejada en ninguno de los estados de emergencia previstos, sea el estado de alarma, el de excepción o el de sitio”, el autor retuvo la atención en las diferencias sustantivas entre el estado de alarma y el de excepción, con el argumento siguiente: en relación con la pandemia y la respuesta dada por el Gobierno, el autor sostuvo –en una larga cita que, no obstante, es preciso reproducir– que:

... hemos podido disponer de un instituto concebido para catástrofes de este tipo, bajo el que acoger las drásticas pero necesarias medidas adoptadas. La patente restricción resultante en el ejercicio de algunos derechos fundamentales ha hecho dudar de la idoneidad de la opción por este preciso estado de emergencia, que por lo que hace a su alcance y a diferencia de los estados de excepción o de sitio, no permite la suspensión de derecho fundamental alguno. Ocurre, sin embargo, que el estado de excepción, tal como nuestro ordenamiento lo configura, es expresión y respuesta a un conflicto político abierto. Sería concebible un estado de excepción superpuesto al de alarma en una situación de amplio desafío a este último, pero esto en modo alguno ha ocurrido, de tal modo que sería incluso injusto revestir con los caracteres de una emergencia de orden público unas medidas tan generalmente acatadas por la población (Cruz Villalón, 2020: 9).

En un sentido similar, se ha señalado también que la pandemia ha ocasionado en España un gravísimo problema sanitario, con amplia trascendencia en el ámbito familiar, laboral, social, etc., “... pero no tenemos un problema de orden público” (Presno Linera, 2020: 3).

De esta serie de reflexiones producidas en las primeras semanas de las medidas de emergencia adoptadas, cabe destacar, sobre todo, la principal de ellas, que es la referida a la adecuación o procedencia constitucional de decretar el estado de alarma. Junto a esta, aparecen los poderes atribuidos al Gobierno para su ejecución y también la incidencia en el sistema de distribución de competencias en un modelo de Estado compuesto como es el diseñado por la Constitución, tema este que merecería una atención específica pero que queda al margen del objeto de este artículo.

El sentido y la finalidad del estado de alarma como una de las modalidades constitucionales del Derecho de excepción quedaron establecidos en el debate constituyente. Lo que se pretendía no era abordar problemas de orden público, sino dotar a las instituciones del Estado y, en especial, al Gobierno y al Congreso de los Diputados, de un instrumento jurídico que les permitiese adoptar decisiones especiales para afrontar hechos imprevistos originados por desastres naturales, crisis sanitarias, situaciones de desabastecimiento, paralización ilegal de los servicios públicos, etc. La identidad del estado de alarma como Derecho de excepción expresada en los debates constituyentes era esa, y no una emergencia política ocasionada por alteraciones del orden público que impidan el libre ejercicio de los derechos y libertades y el normal funcionamiento de las instituciones representativas o que ocasione una alteración grave de los servicios públicos.

En el caso de la pandemia de la COVID-19, el orden público no ha sido lesionado, ni tampoco ha impedido el funcionamiento de las instituciones, más allá de las lógicas limitaciones en el contacto físico aplicables a los representantes políticos al igual que al resto de ciudadanos. La alteración producida ha sido otra muy distinta, y ha afectado al sistema sanitario del país y a la salud de las personas. Éste ha sido el *orden* alterado y no otro (Carrillo, 2020: 6).

Con el estado de alarma, lo que el constituyente pretendió fue articular una forma especial de intervención del poder público para situaciones que, aun siendo complejas o incluso graves, no exijan la adopción de medidas tan drásticas que anulen *a radice* el ejercicio de los derechos fundamentales de la ciudadanía. La razón del estado de alarma es, en este sentido, abrir la puerta a la potestad del poder público para disponer de margen de maniobra que le permita adoptar medidas graduales y proporcionadas a la gravedad de los hechos que ha de afrontar. Un tipo de medidas que no estén relacionadas con el orden público, entendido este como sinónimo del orden en la vía pública. Y, por tanto, como de forma precisa establece el artículo 4. c) de la Ley Orgánica 4/1981, en ningún caso el estado de alarma puede servir como una vía autónoma para afrontar la conflictividad social (política, laboral, económica, etc.).

O, más concretamente, el estado de alarma no puede servir para afrontar, por ejemplo, los problemas derivados de la convocatoria legal de una huelga (art. 28.2 CE) o la adopción, conforme a la legislación sectorial, de medidas empresariales de conflicto colectivo (art. 37.2 CE) de reordenación y reajuste de la plantilla laboral ante una crisis económica del sector o por cese de la actividad empresarial, con las consecuencias sociales y económicas que en ambos casos se puedan generar. En estos casos el Gobierno no podrá aprovechar la oportunidad para recurrir al estado de alarma, salvo en el supuesto de que estas situaciones de conflicto laboral/empresarial se produzcan de forma paralela en el contexto de una catástrofe natural, crisis sanitaria, paralización de los servicios públicos esenciales de la comunidad. Este fue el sentido de la enmienda del grupo comunista durante el debate de la Ley Orgánica 4/1981.

El orden público sobre el que se proyecta la aplicación del estado de excepción, y no así el estado de alarma, es un concepto jurídicamente indeterminado de uso polivalente y frecuente en las diversas ramas del Derecho. Así, opera en el ámbito del Derecho civil, por ejemplo, para limitar los pactos, cláusulas y condiciones en los contratos privados (art. 1555 CCv.). O también en el Derecho penal, para tipificar el delito de desórdenes públicos (art. 557 CP). En Derecho administrativo el concepto de orden público es empleado, entre otros casos, para precisar la entidad de los vicios que pueden ocasionar que un acto administrativo sea nulo de pleno derecho. Pero para lo que ahora es de interés para el objeto de este trabajo y en este mismo ámbito del Derecho, existe un concepto de orden público distinto al anterior y que, como se ha señalado, responde por su similitud con la

... tranquilidad material, de orden en la calle (...) de ausencia, en suma, de perturbaciones a la tranquilidad. Vertiente ésta del orden público que automáticamente remite a la actuación gubernativa y a las potestades policiales con que el ordenamiento habilita a la Administración pública sobre la materia, así como, cambiando de plano pero con coincidencia en lo sustancial, a las eventuales consecuencias penales del delito de desórdenes públicos... (Barcelona Llop, 1995: 4631).

Esta noción del orden público habitual en los sistemas democráticos como sinónimo de tranquilidad material fue, sin embargo, especialmente utilizado de forma genérica, tergiversada, y por tanto abusiva en las diversas formas de gobierno autoritarias y dictatoriales que han jalonado la historia de la conformación del Estado español contemporáneo. La Constitución y su legislación de desarrollo se desvincularon de esta tradición. Así, en el orden jurídico-constitucional actual el concepto de orden público como límite al ejercicio de los derechos fundamentales también está previsto por la norma suprema, por ejemplo, en relación con los derechos a la libertad religiosa (art. 16.2 CE) y el derecho de reunión y manifestación (art. 21.2 CE), como una forma de hacer compatible la libertad del ciudadano con el inte-

rés colectivo. Cobra, por tanto, una nueva dimensión en la que la preservación del orden público ya no puede suponer una habilitación general para limitar el ejercicio de derechos fundamentales sino un límite interpretado de forma restrictiva. En consecuencia, la noción de orden público no tiene otro sentido "... que el de su íntima conexión con el libre ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, protección que es la que justifica que la Administración, básicamente la Administración de la seguridad pública ostente potestades que de otro modo carecerían de justificación" (Barcelona Llop, 1095: 4634). Unas potestades que, en todo caso, sean en una situación ordinaria o excepcional, nunca podrán quedar exentas de control jurisdiccional.

Esta noción de orden público es a la que el legislador constituyente fijó su atención para configurar el estado de excepción de manera diferenciada del estado de alarma. Y es a la que se refiere el artículo 13.1 de la Ley Orgánica 4/1981, en el que se define su objeto¹⁵. Sin que las circunstancias que han rodeado a la propagación de la pandemia en España y el establecimiento del estado de alarma permitan colegir que se hayan registrado los supuestos a los que se refiere dicho precepto legal relacionado con la preservación del orden público.

El orden público es un presupuesto ineludible para el libre ejercicio de los derechos y libertades (Cruz Villalón, 1984: 84). La emergencia ocasionada por la pandemia ha comportado una muy grave afectación a la salud de muchas personas y ha afectado a la capacidad de resistencia del sistema sanitario, pero no ha sido un problema de orden público el que ha comportado la limitación del ejercicio de determinados derechos, sino la necesidad de preservar la salud colectiva. Asimismo, hasta la aparición del problema sanitario las instituciones representativas y judiciales ejercían sus funciones normativas y de control parlamentario de forma regular. Y lo mismo había que decir del normal funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad. No ha sido, pues, la seguridad pública en la calle lo que ha causado el estado de alarma, sino una crisis sanitaria calificada por la Organización Mundial de la Salud como una pandemia, de origen hasta hoy no determinado científicamente. En consecuencia, y a la luz del ordenamiento constitucional y legal vigentes, en nada resulta convincente deducir, de las limitaciones y restricciones sobre derechos y libertades prescritas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que lo que procedía era decretar el estado de excepción.

Una cuestión distinta en la aplicación del estado de alarma que exige centrar la atención es la concerniente al ejercicio por el Gobierno de los poderes especiales

15 "Uno. Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción".

de los que dispone en virtud del estado de alarma, en especial la adecuación de sus actuaciones al principio de proporcionalidad. Conforme al mismo, la intervención limitativa que el legislador o, en general, el autor de la norma, lleven a cabo sobre un derecho fundamental debe quedar justificada por la relevancia que presente la finalidad que persiga la intervención normativa. Las ventajas que dicha intervención comporte sobre el derecho o derechos fundamentales afectados habrán de compensar los sacrificios (limitaciones y restricciones) que los titulares del derecho y, en general, la sociedad ha de soportar. Si en esa ponderación de intereses en conflicto, entre la defensa de la libertad personal y la garantía del interés colectivo llevada a cabo por un órgano jurisdiccional, primase el derecho afectado, la norma sería inconstitucional. Si por el contrario la prioridad correspondiese al interés general necesitado de protección, la disposición interventora sería adecuada a la Constitución (Bernal Pulido, 2007: 763-764).

El juicio o test de proporcionalidad de una medida interventora sobre derechos fundamentales reside, en primer lugar, en determinar si la misma resulta necesaria para afrontar la concreta situación de hecho que la ha provocado; seguidamente, si la medida adoptada es idónea a la finalidad perseguida sin que, por tanto, exista otra menos gravosa sobre el derecho fundamental y, finalmente, si ello es así será preciso examinar *strictu sensu* si, en efecto, es proporcional o, por el contrario, desmesurada. A este respecto, y como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional desde los inicios de su actividad jurisdiccional, como tribunal supremo de los derechos fundamentales, ha sido precisamente este ámbito del Derecho constitucional donde el juicio de proporcionalidad se ha aplicado con asiduidad:

Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (...) SSTC 62/1982 (...) STC 19/1988 (...) STC 66/1955. [STC 136/1999, de 20 de julio, F] 22]

En consecuencia, habrá de ser esencialmente con estos mimbres con los que proceda examinar el alcance de la afectación que, entre otras, hayan tenido las medidas de limitación o restricción contenidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se decretó el estado de alarma.

II. LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y EL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

La limitación de la libertad de circulación de personas, prevista en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma¹⁶, suscitó la crítica en determinados sectores del ámbito político y algo menos en el jurídico, al considerar que en realidad lo que significaban era una suspensión del derecho fundamental a la libertad de circulación (art. 19 CE). Pocas semanas después, y cuando el Congreso ya había aprobado algunas de las prórrogas del estado de alarma, la crítica se extendió también a algunas decisiones adoptadas por autoridades gubernativas de no autorizar por razones sanitarias la realización de manifestaciones. En algunos casos la jurisdicción ordinaria entendió que se vulneraba el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE)¹⁷.

Atendiendo a la interrelación entre ambos derechos fundamentales, en especial por la vinculación que presenta la libertad de circulación y de transitar por la vía pública que comporta el derecho de manifestación, el examen de las cuestiones controvertidas en el orden jurídico, suscitadas tanto por las decisiones gubernativas como las jurisdiccionales, demandan en este caso un tratamiento conjunto de ambos derechos. Porque más allá de su objeto y especificidad, los derechos fundamentales no pueden ser concebidos como compartimentos estancos. Un caso paradigmático lo constituyen la libertad de circulación y el derecho de manifestación, que es una forma de tránsito de personas en la vía pública, congregadas para expresar unas ideas o dar a conocer a la sociedad una posición.

16 "Artículo 7. Limitación de la libertad de circulación de las personas.

1. Durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada:

- a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, así como adquisición de otros productos y prestación de servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza".

17 Estos supuestos se dieron en situaciones y motivaciones distintas: en unos casos, las manifestaciones convocadas algunos sindicatos tenían que ver con la tradicional celebración del 1º de mayo; en otras fueron convocatoria promovidas por partidos políticos de oposición al Gobierno central por la declaración y/o la gestión del estado de alarma. En el momento de finalizar la redacción de este trabajo (agosto 2020), permanece *sub iudice* la resolución del recurso de inconstitucionalidad nº 2054-2020, contra los artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, presentado por el partido de extrema-derecha VOX.

La libertad de circulación.

El derecho a circular libremente por el territorio español, la libertad del ciudadano de trasladarse de un sitio o a otro, o simplemente de deambular, comporta la obligación del poder público de abstenerse y de no injerirse en la libre decisión de la persona de ir para aquí o para allá. Para que esta injerencia sea legítima, es preciso que goce de habilitación legal expresa (entre otras, las SSTC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 6 b) [Losada González, 2018: 572]. Entre las intromisiones que la Constitución y la ley pueden permitir, con carácter general se encuentran: la declaración de cualquiera de los estados excepcionales regulados por la citada Ley Orgánica 4/1981; a fin de preservar la seguridad pública, la Ley Orgánica 5/2025, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana; o, más específicamente, en materia de extranjería, la Ley 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que prevé limitaciones temporales en relación precisamente con personas extranjeras.

Pues bien, la habilitación constitucional y legal de las medidas restrictivas de la libertad o de naturaleza limitativa de la circulación (Álvarez García, 2020: 16) previstas en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, se encuentran en primer lugar en la Constitución (art. 116.2) y seguidamente en la Ley Orgánica 4/1981 [arts. 4.b) y 11. a)]. En la medida en que la situación sanitaria creada por la COVID-19 fue calificada como pandemia, que en el caso español, como en muchos otros Estados, se había propagado por todo el territorio, la potestad para adoptar medidas –no individuales y de carácter general– restrictivas de derechos, sin distinción administrativa de ámbito territorial de aplicación, correspondían al Estado (Barnes Vázquez, 2020:9) y, en consecuencia, eran estas y no otras las normas *prima facie* aplicables. Ergo, la declaración del estado de alarma era insoslayable y sus consecuencias no podían ser suplantadas por otras disposiciones a extramuros del Derecho de excepción.

Ello sin perjuicio de que, respecto de las medidas a adoptar específicamente en el sector sanitario, pudiesen también invocarse, pero de forma complementaria y no alternativa, las previsiones establecidas en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública¹⁸. Sobre todo, para adecuar la gestión de las medidas sanitarias a las competencias de las CC.AA. en materia de sanidad, en coordinación con el Estado (art. 149.1.16 CE).

La limitación o restricción de la libertad de circulación prescrita en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 no constituyó una suspensión del derecho fundamental que impidiera en todo caso su ejercicio. La propia gradación de su aplicación a través de las conocidas fases organizadas por la coordinación estatal del proceso, que oscilaron entre la fase 0 y la fase 4, permite determinar que las restricciones se adoptaron en

¹⁸ "Artículo tercero. Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible".

función de la extensión e intensidad de la contaminación del virus. Y que, incluso, en la fase inicial de aplicación de las medidas no quedó impedida la libertad del ciudadano para, por ejemplo, adquirir alimentos, productos farmacéuticos, la asistencia a centros sanitarios, desplazarse al lugar de trabajo en aquellos casos en los que la actividad se considerara esencial para la comunidad.

Como se ha tratado de argumentar *supra*, con la modalidad de Derecho de excepción que es el estado de alarma, el legislador constituyente pretendió organizar una forma especial de intervención del Estado para situaciones de crisis complejas o graves, sin que para hacerle frente hubiere que provocar el impedimento total del ejercicio del derecho. Las medidas contenidas en artículo 7 y otros preceptos conexos del Real Decreto 463/2020 respondieron, efectivamente, a esta lógica.

El derecho de manifestación.

Quizás, los efectos de las medidas para combatir la pandemia han planteado una faceta jurídica más controvertida con relación al ejercicio del derecho de manifestación. Porque, si como ha señalado la jurisprudencia constitucional, la declaración del estado de alarma comporta restricciones o limitaciones de derechos pero no su suspensión (STC 83/2016, FJ 8), quizás podría resultar paradójico el impedimento gubernativo para llevar a cabo una manifestación solicitada formalmente, fundado en la necesidad de preservar la salud colectiva y la integridad del sistema sanitario. Ahora bien, es una paradoja que resulta más bien relativa porque se haya o no declarado el estado de alarma, esto es, tanto en una situación de normalidad como de excepcionalidad, y como prescribe la Constitución, las "... reuniones en lugares de tránsito público (...) la autoridad (...) podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes" (art. 21.2).

El derecho de manifestación es una modalidad de reunión que se caracteriza por la esporádica congregación de personas en el espacio público, al objeto de mostrar ante las instituciones representativas y el entorno social unas ideas, opiniones o una postura sobre temas de interés sectorial o general, a fin de reclamar su atención al respecto. Por esta razón, el derecho de manifestación se relaciona, sobre todo, con la libertad de expresión y de forma instrumental –como hemos visto– con la libertad de circulación de los participantes en la concentración. Aunque la manifestación comporte o pueda comportar una molestia o una limitación para la libertad de circulación del resto de transeúntes que no participan en ella.

Acerca de las limitaciones al ejercicio del derecho de manifestación, la jurisprudencia constitucional y convencional han impuesto a la autoridad gubernativa una observancia especialmente escrupulosa en la aplicación del principio de proporcionalidad al que se hacía referencia *supra*, como un criterio interpretativo a tener muy en cuenta respecto del uso que el Gobierno y el resto de poderes públicos puedan hacer de sus atribuciones especiales durante la vigencia el estado de alarma.

Entre los criterios que dicha jurisprudencia ha establecido, y que son de relevancia para el objeto de este trabajo, cabe retener, por ejemplo, que el límite en la preservación del orden público se ha de basar en un temor fundado y razonable – no en una mera sospecha– de riesgo para la integridad de personas y bienes (SSTC 101/1985, 68/2005, o STEDH *Stankov c. Bulgaria*, de 2 de octubre de 2001); la noción de lugar de tránsito público ha de interpretarse estrictamente, como sinónimo de espacio abierto a la generalidad de personas (STC 196/2002); el mero incumplimiento del requisito de la comunicación previa no justifica por sí solo la prohibición de la manifestación, ni menos aún el uso de la fuerza; las molestias para el tráfico han de entenderse como una carga inherente al derecho de reunión y manifestación siempre que, naturalmente, no alcancen el nivel de alteración del orden público (SSTC 265/2006 y 31/2007); además, siempre que no suponga una amenaza para el orden público, la autoridad gubernativa no puede vetar o condicionar el modo elegido para manifestarse por los promotores (STC 99/2004); asimismo, la vigencia de un periodo electoral no legitima a las Juntas Electorales para prohibir una manifestación, puesto que no responde al principio de proporcionalidad (STC 96/2010) [Díez-Picazo Giménez, 2018: 649].

A lo largo de la vigencia del estado de alarma, desde el 14 de marzo hasta la sexta y última prórroga que finalizó a las cero horas del 21 de junio de 2020, se produjeron convocatorias de diversas manifestaciones. En algunos casos la controversia sobre la desautorización o la competencia jurisdiccional para entender del asunto se resolvieron finalmente ante juzgados y tribunales.

Así, justo una semana después de ser decretado el estado de alarma, el 21 de abril, la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra emitió una resolución que acordó la denegación de una manifestación convocada por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), a celebrar el 1º de mayo. Este sindicato planteó un recurso contencioso-administrativo ante la sala competente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que resolvió su desestimación. Además de rechazar que hubiese razones –como consideraba la parte recurrente– para promover ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad contra el Real Decreto Ley 463/2020¹⁹, en el juicio de ponderación sobre los bienes jurídicos en presencia, en su sentencia de 28 de abril de 2020 el tribunal gallego acudió al argumento de la preservación de la salud pública (los enormes efectos provocados por la pandemia, la cantidad de fallecidos y afectados, la no contención de la propagación del virus, etc.) para interpretar que debía prevalecer frente al derecho de manifestación incluso excluyendo –como proponía el sindicato convocante– de realizar la manifestación con los participantes circulando en los coches.

19 Recuérdese que, de acuerdo con la mayoritaria opinión de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional, el decreto por el que se proclama el estado de alarma tiene valor de ley (ATC 7/2012, de 13 de enero). Esta resolución contó con el voto particular en contra formulado por el magistrado Luis I. Ortega Áluarez, al que se adhirieron los magistrados Javier Delgado Barrio y Pablo Pérez Tremps.

El sindicato convocante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, que en una extensa resolución de su Sala Primera –ATC 40/2020, de 30 de abril– resolvió inadmitir a trámite, argumentando que, en el momento en el que se encontraba la situación sanitaria del país, resultaba prevalente asegurar el derecho a la garantía de la integridad física de las personas (art. 15) y la protección de la salud de las mismas (art. 43)²⁰. Conviene subrayar que, en su *ratio decidendi*, el Tribunal precisó que en este caso lo que dilucidaba no era la garantía del orden público sino la preservación de los derechos citados.

Fue una decisión razonable. En efecto, si, por razones fundadas en la imperiosa necesidad de preservar la salud de las personas, el estado de alarma supone una limitación de la libre circulación de personas, la distancia física de las mismas, la salida a la calle controlada por franjas de edad, etc., y todo ello destinado también a evitar posibles rebrotes de la pandemia que pudiesen colapsar el sistema sanitario, la consecuencia es que, siempre en función de la situación sanitaria de cada territorio concreto, resulta razonable que, con la debida ponderación jurídica que exige la especificidad de cada caso, en el que concretamente dio lugar al recurso éste fuese desestimado, y la manifestación no autorizada por el TSJ de Galicia.

Con posterioridad, y a lo largo de la vigencia del estado de alarma, se produjeron diversas resoluciones de la jurisdicción ordinaria relativas al derecho de manifestación, consecuencia de recursos planteados contra decisiones prohibitivas de la autoridad gubernativa. En las que aquí se reseñan, el órgano judicial aplica la regla de la ponderación de los derechos y en algún caso también pone énfasis en el test de proporcionalidad aplicado a la decisión administrativa. Todas ellas resuelven a favor de la prevalencia del derecho de manifestación. En general, se tienen en cuenta las circunstancias de la evolución de la situación sanitaria y las garantías ofrecidas por los convocantes de la manifestación para preservar la salud. Sin embargo, en alguna se aprecia una errónea concepción de la relación entre la libertad de circulación y el derecho de manifestación.

Por ejemplo, es el caso de la sentencia de 29 de abril de 2020, emitida por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que, con ocasión de la aplicación de las medidas contempladas por el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, establece una rígida y, por ello, difícil distinción conceptual entre la libertad de circulación y el derecho de reunión/manifestación. Lo argumenta de esta forma:

20 “Las razones que sustentan ambas son idénticas y buscan limitar el impacto que en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida pueda tener la propagación de la COVID-19. En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han aduerado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981” (FJ 4).

[L]o que caracteriza y cualifica al derecho de manifestación, respecto de la libertad individual o deambulatoria, es que el necesario vehículo personal, la concentración de ciudadanos en un determinado lugar, opera “al servicio del intercambio y libre exposición de ideas, de defensa de intereses o de publicidad de problemas y reivindicaciones” (FJ 3).

Cierto, es así. El derecho de manifestación está concebido como efectivamente interpreta la jurisprudencia constitucional y así lo recoge el TSJ en su sentencia, un canal de expresión de ideas en defensa de intereses (entre otras, la STC 193/2011). Pero, para reunirse en el espacio público y manifestar una posición reivindicativa, previamente es preciso disponer de capacidad para circular por la vía pública y acudir a la manifestación. Resulta obvio. Ahora bien, por el contrario, si se afirma como lo hace el TSJ de Aragón, que estando vigente el estado de alarma “... cabrá la posibilidad de limitar los movimientos del ciudadano en mayor o menor medida, pero nunca para impedir el libre ejercicio del derecho de manifestación” (FJ 3), la distinción a la que se aventura la Sala del citado TSJ resulta del todo incoherente. Para manifestarse en la vía pública es preciso disponer antes de libertad de circulación. Por esta razón, esta distinción es muy rígida porque parte de un presupuesto erróneo, cual es el de entender ambos derechos fundamentales como una especie de compartimentos estancos cuando pueden estar íntimamente relacionados.

Ya avanzado el mes de mayo, con ocasión de una ligera desescalada en las medidas restrictivas y de control sanitario en la propagación del virus, las convocatorias de algunas manifestaciones fueron también desautorizadas por resoluciones de la autoridad gubernativa. Sin embargo, serían declaradas nulas por diversas sentencias. Este fue el caso de la Sentencia de la Sección 1ª de Sala del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 21 de mayo de 2020. En aplicación del principio de proporcionalidad, el TSJ entendió que las garantías sanitarias ofrecidas por el partido político de extrema derecha VOX para llevar a cabo una manifestación mediante una caravana de vehículos eran suficientes. En una línea semejante se pronunció la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia 1391/2020, de 22 de mayo, ante la comunicación de una manifestación convocada por la misma entidad política. O también, la sentencia emitida por la sección 10ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 21 de mayo de 2020, ante una comunicación de convocatoria de manifestación hecha por el Partido Comunista de los Pueblos de España (PCPE) en la que, no obstante, la anulación de la resolución administrativa de prohibición impugnada iba acompañada de una indicación del propio TSJ en el sentido de que la manifestación debía sujetarse a las condiciones establecidas en la sentencia.

III. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

Su presencia en el debate jurídico se ha producido a causa de la posibilidad –hasta ahora sin traducción normativa específica en una disposición– de que las autoridades sanitarias pudiesen establecer un control de los ciudadanos sometidos a una cuarentena en su domicilio a través de teléfono celular. La finalidad sería fiscalizar sus movimientos fuera del domicilio para evitar que la persona afectada por la pandemia y confinada en casa no vulnere esta situación y ponga en peligro la salud colectiva.

El derecho al *habeas data* o derecho a la autodeterminación informativa permite al ciudadano disponer de sus datos personales que circulan por la red e impedir que sean difundidos sin su previo consentimiento, salvo en los casos en que el Reglamento de la Unión Europea y la legislación nacional establezcan excepciones. Es evidente que la red de Internet y el teléfono celular, junto a otras redes sociales, constituyen un campo abonado al acceso a los datos del ciudadano sin que este tenga conocimiento de ello.

En todo caso, si una medida como la descrita fuese puesta en práctica, su legitimidad constitucional quedaría limitada a que el control de los datos del ciudadano concernido se refiriese estrictamente a la protección de su salud y que, como consecuencia de la propagación de la pandemia, puedan afectar a la salud colectiva de la población. Con las debidas garantías de que los datos no puedan ser utilizados para otros fines. El Reglamento de la Unión Europea 2016/679, 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 (Reglamento general de protección de datos) establece dos principios esenciales que, en caso de que una norma nacional de este tenor fuese aprobada, deberían ser tenidos muy en cuenta: uno de ellos es el principio de *minimización de datos*, y el otro se refiere a la licitud de su tratamiento. De acuerdo con el primero, los datos susceptibles de ser obtenidos han de ser: “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados” [art. 5.1, c)]; y el segundo, para que la obtención de los datos sea lícita se prescribe que:

el tratamiento [sea]necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones [art. 6.1, f)].

Obviamente, entre las funciones de las autoridades públicas se encuentra la protección de la salud de las personas (art. 43 CE), en el marco de la distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. (art. 149.1 16ª CE).

IV. LAS REDES SOCIALES COMO SOPORTE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DEL DERECHO A COMUNICAR Y RECIBIR INFORMACIÓN

El impacto de la pandemia sobre los medios de comunicación y, entre ellos, el amplio espectro de las redes sociales ha sido notorio. El ejercicio de la libertad de expresión en estos tiempos traumáticos ha dado para todo. En efecto, algunos casos de actualidad confirman que el ejercicio de la libertad de expresión puede dar mucho de sí: desde las manifestaciones más brillantes del pensamiento humano, sobre todo cuando la razón como seña de identidad es el hilo conductor que las preside, hasta las más miserables de las que es capaz de emitir una persona, pasando por aquellas otras intrascendentes, tópicas o estúpidas de las que los humanos también pueden ser capaces.

Como criterio general, el Estado liberal democrático ha de dar cobertura a todas ellas, pues en ello consiste el derecho fundamental a la libertad de expresión. No es un derecho cuyo ejercicio obligue a un resultado concreto. En todo caso, será su entorno más próximo y, en su caso, el conjunto de la sociedad quien valore lo expresado.

La libertad de expresión es un pilar esencial de todo sistema que se precie democrático. Obviamente, quienes son titulares de la libertad de expresión son las personas pero no –por cierto– las instituciones representativas, que deben sujetarse a un escrupuloso deber de neutralidad en sus expresiones públicas. Su garantía es condición *sine qua non* para el ejercicio efectivo de otros derechos como la libertad ideológica. La condición de derechos fundamentales, con ser decisiva para la calidad democrática de la sociedad, no significa que sean absolutos. Salvo el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos y degradantes, el resto están sujetos a límites.

Es un hecho contrastado que las redes sociales han facilitado las posibilidades de que la ciudadanía se exprese sobre los temas más diversos. Si objetivamente constituyen una excelente plataforma de expresión y participación, también son un campo abonado para auténticos despropósitos dialécticos y morales, cuando no expresión de patéticos momentos de presunta gloria individual.

Con la creación de una red difusa de usuarios de las redes sociales en constante comunicación los unos con los otros, se ha alterado la distribución de la comunicación que, hasta la aparición de las diversas plataformas de *World Wide Web*, quedaba bajo el control de los medios convencionales. La extensión de las redes ha hecho que en la actual sociedad de la comunicación importen menos los contenidos que atraer circunstancialmente la atención. El neologismo *viral*, atribuido a aquella información o aquellas expresiones que causan impacto y atraen la atención sobre un hecho o persona concreta, se ha convertido en un campo abonado para el uso irresponsable, cuando no lesivo, de los derechos fundamentales ex artículo 20 CE. En la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 han abundado hechos de este tipo, con la difusión de noticias falsas, expresiones insultantes dirigidas a responsables políticos y profesionales sanitarios.

La idea según la cual, y llegado el caso, la voluntad popular pueda prevalecer sobre la legalidad democrática vigente se ha instalado en determinados sectores del imaginario colectivo, a través de la emisión de mensajes de opinión e incluso de informaciones que ofrecen soluciones sencillas a problemas que son complejos (Mounk, 2018:18), como la determinación de las causas y los remedios para afrontar la pandemia que, por su propia naturaleza, se ha demostrado que son muy complejos. La aproximación populista al problema ha formado parte del comportamiento mostrado por una parte del personal político, comunicadores diversos, profesionales de la información y ciudadanos habituales de las redes sociales, que rechazan cualquier intermediación o condicionamiento formal a la voluntad del pueblo. Desde esta lógica de comportamiento, estos actores políticos han mostrado un absoluto menosprecio por el mandato constitucional de la veracidad informativa, cuyo requisito principal para gozar de protección jurídica es que haya sido obtenida con diligencia profesional.

La pandemia de la COVID-19 ha sido un buen banco de pruebas para verificar el uso que los diversos actores sociales han hecho tanto de la libertad de expresión [art. 20.1. a) CE] como del derecho a comunicar y recibir información veraz [art. 20.1 d) CE]. Circunstancia esta que obliga a recordar algunos criterios jurisprudenciales sobre qué es lo que protegen ambos derechos fundamentales.

Siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la jurisprudencia constitucional desde sus inicios ha interpretado que la libre expresión garantiza el derecho de crítica, y muy particularmente la crítica política, sin que ello legitime el insulto. Pero la mayor relevancia pública de la expresión, sea por su contenido o por la persona a la que se refiere, hace que la libertad crítica goce de un mayor grado de protección. Tal circunstancia hizo que, ya desde un lejano 7 de diciembre de 1976 (Caso *Handyside*), y de nuevo diez años después, el 8 de julio de 1986, el Tribunal de Estrasburgo sentase la interpretación sobre la libertad de expresión, consagrada en el Convenio de Roma sobre garantía de los derechos fundamentales, interpretando que “no se aplica solamente a las ‘informaciones’ o ‘ideas’ que se reciben favorablemente o se consideran inocuas o indiferentes, sino también a las que ofrecen, hieren o molestan. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no hay sociedad democrática” (Caso *Lingens*).

En los sistemas democráticos vigentes, el planteamiento de la libertad de expresión, cuando esta se sitúa en el terreno del exceso gratuito, tampoco ha de estar sujeta a la inmediata respuesta penal. Ciertamente, la libertad de expresión no es omnímoda. Pero límite a la expresión miserable habría uno e infranqueable, y es el que se fundamenta teniendo en cuenta la conocida doctrina del juez Holmes basada en la regla del *clear and present danger test*: la incitación directa a la violencia. Fuera de estos casos, es preferible que la sociedad conozca a sus miserables y extraiga las consecuencias. Aquellas expresiones odiosas o que puedan concitar desprecio pero

carentes del elemento doloso dirigido a provocar una inmediata acción violenta no habrían de ser objeto de respuesta penal; sobre todo, teniendo en cuenta la ambigüedad de la que resulta depositario por ejemplo, el elemento objetivo del tipo en los delitos de odio del artículo 510 del Código Penal, y ello sin perjuicio de reconocer el esfuerzo interpretativo contenido en la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General, sobre las pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal²¹.

Finalmente, en lo que concierne a la comunicación de información a través de las redes sociales, el hecho de que el soporte técnico de difusión sean estas, en cualquiera de sus múltiples modalidades de acceso generalizado, no exime a su autor de responsabilidad. Las reglas interpretativas que operan para la información en los medios convencionales han de ser también operativas cuando en la red se difunden noticias falsas. Esto es, algunos de los criterios hermenéuticos establecidos por la jurisprudencia constitucional no desaparecen y siguen estando vigentes cuando es la red el medio a través del cual se expresa el mensaje, aun cuando en ocasiones sean notorias las dificultades para determinar el titular responsable.

En consecuencia, y a modo de síntesis, también en la red será preciso: 1) Distinguir entre la libertad de expresión y el derecho a comunicar y recibir información veraz. En el primer caso, por la existencia de elementos valorativos; y en el segundo, por la relevancia de factores de naturaleza fáctica que integran el objeto de la información (entre otras, las SSTC 6/1988; 178/1993, 138/1996). 2) Será preciso tener en cuenta que el derecho a la información, según los casos, ocupa una posición similar a la que es propia de un *primus inter pares* respecto de los derechos de la personalidad: a) cuando la información verse sobre asuntos en los que por razón de su objeto sea relevante o resulte de interés general, o los hechos resulten noticiables; b) o bien cuando la información se refiera a personas que, en razón de su dimensión pública, por el cargo que ocupan, la función representativa que ejercen (personajes públicos) o la actividad profesional que habitualmente desarrollan (personajes de notoriedad pública), también resulten de interés público (SSTC 171/1990 y 134/1999). 3) El derecho de crítica a las instituciones públicas, y a aquellos que temporalmente las representan, es una lógica consecuencia de la libertad ideológica y el pluralismo político (STC 20/1990, o la ya citada STEDH de 8 de julio de 1986, *Caso Lingens c. Austria*). 4) La veracidad en la información es un límite constitucional que ha de ser entendido en términos relativos y no absolutos; en consecuencia, gozará de protección constitucional aquella información que haya sido elaborada y difundida con diligencia y buena fe profesional, es decir, con escrupuloso respeto a las normas deontológicas de la profesión periodística, incluso en los casos en los que hayan podido incurrir en

21 BOE nº124, de 25 de mayo de 2019.

errores (STC 6/ 1988); y si se trata de un particular como sujeto activo de la información, este no quedará exento de responsabilidad en caso de falsedad. 5) La veracidad informativa no siempre exculpa de responsabilidad: la veracidad no legitima la injuria. (SSTC 105/1990, 171/1990 y 172/1990). 6) La relevancia jurídica del mandato constitucional de la veracidad informativa no es la misma cuando se enfrenta al derecho al honor que cuando afecta al derecho a la intimidad. La veracidad opera como causa legitimadora de las intromisiones en el derecho al honor, mientras que su relevancia puede ser distinta si el bien jurídico afectado concierne al derecho a la intimidad. En este caso, la intromisión será legítima solo si se justifica en función del interés público que trascienda de la información difundida (STC 171/1990). ✦

BIBLIOGRAFÍA

Albertí Rovira, E. (1985). La ejecución estatal forzosa. En E. Aja, et al. *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, (pp. 471-746). Madrid: Tecnos.

Álvarez Álvarez, L. (2016). La coerción estatal del artículo 155 CE en la estructura del Estado autonómico. *Teoría y Realidad Constitucional*, (38), 277-304.

Álvarez García, V. (2020). El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria. *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, (86-87), 5-19.

Aragón Reyes, M. (11 de abril de 2020). Hay que tomarse la Constitución en serio. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html

Barcelona Llop, J. (1995). Orden Público (Dº. Administrativo). En *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III (pp. 560-4635). Madrid: Civitas.

Barnés Vazquez, J. (14 de agosto de 2020). Un falso dilema. *El País*. Recuperado de <https://elpais.com/opinion/2020-08-13/un-falso-dilema.html>

Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Carrillo, M. (17 mayo 2020). Los derechos en tiempo de pandemia. Al revés y al derecho [Blog]. Recuperado de <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5800>

Carrillo, M. (2020). Impact constitutionnel sur l'État de droit des mesures adoptées en Espagne. *Démocratie, État de droit et droits fondamentaux face à la pandémie de Covid-19: perspectives croisées* [Conférence virtuelle 30 avril 2020]. Recuperado de https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/m.carrillo_impact_constitutionnel_sur_létat_de_droit_des_mesures_adoptees_en_espagne-1.pdf

Constitución española. En *Trabajos Parlamentarios*. (1980). Vol. II (pp. 1356-1361). Madrid: Cortes Generales.

Cruz Villalón, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Tecnos.

Cruz Villalón, P. (17 de abril de 2020). La Constitución bajo el estado de alarma. *El País*, p. 9. Recuperado de https://elpais.com/elpais/2020/04/16/opinion/1587025782_733659.html

De la Quadra-Salcedo, T. (17 de marzo de 2020). (I) Estado de alarma y lealtad. *El País*, p. 9. Recuperado de https://elpais.com/elpais/2020/03/16/opinion/1584378059_121764.html

De la Quadra-Salcedo, T. (8 de abril de 2020). (II) Límite y restricción, no suspensión. *El País*, p. 9. Recuperado de https://elpais.com/elpais/2020/04/07/opinion/1586245220_558731.html

De la Quadra-Salcedo, T. (28 de abril de 2020). (III) La aversión europea al estado de excepción. *El País*, p. 9. Recuperado de https://elpais.com/elpais/2020/04/27/opinion/1587997245_501599.html

Díez-Picazo Giménez, L. M^a (2018). Artículo 21. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M. E. Casas Baamonde (Dirs.). *Comentarios a la Constitución española*, tomo I (pp. 645-652). Madrid: BOE/Fundación Wolters Kluwer.

García de Enterría, E. (1983). *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*. Madrid: Civitas.

García Sáez, J. A. (3 abril 2020). Garantizar los derechos humanos durante estado de alarma. *Al revés y al derecho* [Blog]. Recuperado de <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5755>

García Torres, J. (2019). El artículo 155 paso a paso. En *El artículo 155 de la Constitución*. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (pp. 105-172). Madrid : Tribunal Constitucional : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Gil-Robles y Gil Delgado, J. M^a y Gil-Robles Casanueva, L. (1999). Artículo 155. El control extraordinario de las Comunidades Autónomas. En O. Alzaga Villaamil, (Dir.) *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Edersa.

Hottelier, M. (2020). Démocratie, État de droit et droits fondamentaux face à la pandémie de Covid-19. Suisse. *Démocratie, État de droit et droits fondamentaux face à la pandémie de Covid-19: perspectives croisées* [Conférence virtuelle 30 avril 2020]. Recuperado de <https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/m.hottelier-suisse.pdf>

Ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio: trabajos parlamentarios (1984). López Garrido, D. (Dir). Madrid: Cortes Generales.

Losada González, H. (2018). Artículo 19. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M. E. Casas Baamonde, (Dirs.) *Comentarios a la Constitución española*, tomo I (pp. 567-579). Madrid: BOE/ Fundación Wolters Kluwer.

Luciani, M. (2020). Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza. *Rivista della Associazione Italiana del Costituzionalisti*, (2), 109-141.

Milella, L. (8 marzo 2020). Coronavirus, Azzariti: "Le misure sono costituzionali a patto che siano a tempo determinato". *La Repubblica*. Recuperado de https://www.repubblica.it/politica/2020/03/08/news/coronavirus_azzariti_le_misure_sono_costituzionali_a_patto_che_siano_a_tempo_determinato_-250680089/

Mouk, Y. (2018). *Le peuple contra la démocratie*. Éditions de l'Observatoire. (Versión en francés del original : *The people v. Democracy. Why our freedom is in danger & how to save it*. Harvard University Press. Hay traducción al castellano en: *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y como salvarla*. Paidós, Barcelona 2018).

Muñoz Machado, S. (27 de abril de 2020). La Constitución, la peste y la economía. *El País*, p. 11. Recuperado de https://elpais.com/elpais/2020/04/26/opinion/1587892880_109743.html

Pérez Serrano, N. (1984). *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Civitas.

Presno Linera, M. A. (26 marzo 2020). Por qué se decreta un estado de alarma y no de excepción por el coronavirus. *The Conversation*. Recuperado de <https://theconversation.com/por-que-se-decreta-un-estado-de-alarma-y-no-de-excepcion-por-el-coronavirus-134806>

Urías, J. (14 abril 2020). Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión". *Al revés y al derecho* [Blog]. Recuperado de <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5774>

Velasco Caballero, F. (2020). Estado de alarma y distribución territorial del poder. *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, (86-87), 76-85.

Verdussen, M. (2020). Démocratie, État de droit et droits fondamentaux face à la pandémie de Covid-19. La situation en Belgique. *Démocratie, État de droit et droits fondamentaux face à la pandémie de Covid-19: perspectives croisées* [Conférence virtuelle 30 avril 2020]. Recuperado de https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/m._verdussen-note_de_travail_ndeg_1-15_avril_2020.pdf

LA SENDA HACIA UN FEDERALISMO LEGISLATIVO DESDE UNOS PARLAMENTOS AUTONÓMICOS EN RED

REGIONAL PARLIAMENTS IN NETWORK: TOWARDS A LEGISLATIVE FEDERALISM?

Esther Seijas Villadangos

Universidad de León

Cómo citar / Nola aipatu: Seijas Villadangos, E. (2020). La senda hacia un federalismo legislativo desde unos parlamentos autonómicos en red. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, (1): 94-129.
<https://doi.org/10.47984/legal.2020.004>



RESUMEN

Este trabajo estudia cómo la colaboración y cooperación interparlamentaria en un Estado descentralizado, en particular el Estado autonómico, ha contribuido y puede sustentar la conformación de un substrato sólido, real, de naturaleza federal, de la mano de lo que se denominará federalismo legislativo. El punto de partida será el estudio de cómo en España se ha afrontado dicha cooperación interparlamentaria, para –sin perder el referente de la irrupción de la cooperación interparlamentaria en un orden global– referenciar desde un punto de vista comparado, centrado en los casos estadounidense y canadiense, cómo los parlamentos en Estados federales han contribuido a sostener dicha estructura territorial desde su colaboración. El

federalismo legislativo será un punto final en el que se compendiarán todas las enseñanzas de esa revisión casuística previa. Un análisis de los logros y retos de la cooperación interparlamentaria será la reflexión final sobre la concepción de la colaboración interparlamentaria territorial como garantía del pluralismo y como eslabón entre la unidad y la diversidad que sustenta la esencia de una federación.

PALABRAS CLAVE

Federalismo legislativo, cooperación interparlamentaria, soberanía parlamentaria, federalismo funcional, federalismo asimétrico.

ABSTRACT

This essay studies how the interparliamentary collaboration and cooperation in a decentralized State, in particular the Autonomous State, has contributed to and can sustain the conformation of a solid, real substrate of a federal nature. The starting point will be the study of how such interparliamentary cooperation has been dealt with in Spain, in order to –without losing the benchmark of how interparliamentary cooperation has settled in a global order– refer, from a comparative point of view focused on the American and Canadian cases, how the parliaments in federal states have contributed to sustaining this territorial structure through their collaboration. Legislative federalism will be a final point, in which all the teachings of that previous case review will be summarized. An analysis of the achievements and challenges of interparliamentary cooperation will be the final reflection on the conception of interparliamentary territorial collaboration as a guarantee of pluralism and as a link between the unity and diversity that sustains the essence of a federation.

KEYWORDS

Legislative federalism, interparliamentary cooperation, parliamentary sovereignty, functional federalism, asymmetric federalism.

LABURPENA

Lan honek Estatu deszentralizatu batean, bereziki Estatu autonomikoan, parlamentuen arteko elkarlanak eta lankidetzak izaera federaleko substratu sendo baten eraketa nola lagundu duen eta nola sustengatu dezakeen aztertzen du, federalismo legegile deituko diogunaren eskutik. Abiapuntua izango da aztertzea nola egin zaion aurre parlamentuen arteko lankidetzak horri Espainian, ikuspegi konparatu batetik, Estatu Batuetako eta Kanadako kasuetan zentratuta, nola lagundu duten estatu federaletan dauden parlamentuek lurralde-egitura horri eusten, lankidetzan arituz, betiere, parlamentuen arteko lankidetzak ordena orokor batean finkatu den erreferentea galdu gabe. Federalismo legegilea azken puntua izango da, eta bertan laburbilduko dira aurretiko berrikuspen kasuistiko horren irakaskuntza guztiak. Parlamentuen arteko lankidetzaren lorpenak eta erronkak aztertzea izango da lurraldeetako parlamentuen arteko lankidetzak aniztasunaren berme gisa eta federazio baten funtsa sostengatzen duen batasunaren eta aniztasunaren arteko katebegi gisa ulertzeko moduari buruzko azken gogoeta.

GAKO-HITZAK

Federalismo legegilea, parlamentuen arteko lankidetzak, subiranotasun parlamentarioa, federalismo funtzionala, federalismo asimetrikoa.

SUMARIO

- I. LA COLABORACIÓN Y LA COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA SUBESTATAL. 1. Cooperación orgánica interparlamentaria subestatal. 1.1. COPREPA. 1.2. CALRE. 2. La colaboración profesional. 2.1. AELPA. 2.2. ASEINPA. 3. Redes de cooperación interparlamentaria. 3.1. Red_Parlamenta. 3.2. Los parlamentos autonómicos en redes sociales. 4. Parlamentos digitalizados, abiertos, conectados a la sociedad y colaborativos. 5. La cooperación interparlamentaria subestatal como principio organizativo en la teoría constitucional. 6. A modo de ilustración, desde lo concreto. La actuación de las asambleas regionales frente a la Covid-19: la cooperación entre parlamentos en un tiempo de pandemia.
 - II. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL INTERPARLAMENTARIA. ESPECIAL ATENCIÓN A LA UNIÓN EUROPEA.
 - III. UNA APROXIMACIÓN COMPARADA: EL FEDERALISMO LEGISLATIVO EN ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ. 1. Estados Unidos. 2. Canadá.
 - IV. LA COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA, UNA ETAPA EN LA SENDA FEDERAL: EL FEDERALISMO LEGISLATIVO.
- BIBLIOGRAFÍA.*

La apertura de un nuevo espacio para la reflexión sobre el avance político, social y jurídico de un Estado es un motivo de alegría para todos. La *Legebiltzarreko Aldizkaria – LEGAL – Revista del Parlamento Vasco* y quienes han promovido su creación merecen también un aplauso, porque han materializado el sentir de que no todo está dicho, aun admitiendo que ha sido mucho, y que hay que seguir trabajando, escuchando, debatiendo, errando y acertando, en resumen, que hay que seguir viviendo y pugnando por un futuro mejor. El honor de tener un hueco en este número inaugural es un estímulo a contribuir con toda mi ilusión al éxito del proyecto y de su significado. Gracias.

Las primeras líneas que voy a plasmar son aquellas que siempre se sienten, pero que suelen quedarse en el tintero porque, en unos casos se dan por obvias, y en otros se entrevén en el grueso del texto y no aportan datos sustantivos, por lo que razonablemente se omiten. El contexto patológico, esperpéntico, terrible y real en el que se ha redactado esta reflexión no puede soslayarse. Escribir ha sido como agarrarse a la maroma del deber ser, de lo que tendría que ocuparnos y preocuparnos, pero que no es así. No es frivolidad, sino sensatez, lo que motiva a seguir con nuestras cuitas, sin perder la sensibilidad extrema con la que convivimos. Me viene a la memoria el prólogo de *Federal Government*, –publicado por vez primera en 1946– donde Kenneth Wheare se esforzaba por escribir sobre el federalismo en medio del dramático caos londinense de la Segunda Guerra Mundial, excusándose por no incorporar prolijas notas documentando su trabajo y procurando compensar esa carencia con profundas reflexiones sobre el significado del federalismo, que, al fin y a la postre, convertirían ese trabajo en uno de los referentes de esa propuesta organizativa que es la federación. Salvando las distancias en todos los sentidos, y con el recurso de internet, las notas de este trabajo no podrán ser todas las deseadas, pero materializan argumentos y contraargumentos, postulados y tributos que buscarán abrir nuevos espacios y vías alternativas a la contribución colectiva al pensamiento federal en y desde España.

La temática propuesta radica en ahondar en cómo la colaboración y cooperación interparlamentaria en un Estado descentralizado, en particular el Estado autonómico, ha contribuido a y puede sustentar la conformación de un substrato sólido y real de naturaleza federal. Algunas apreciaciones metodológicas pueden ser útiles para su comprensión. Se ha optado por implementar una metodología inductiva, en la que, a partir de análisis concretos, la reflexión se elevará a postulados más amplios y generales. En ese rastreo *lege data* de la colaboración y cooperación entre parlamentos regionales se abrirán varios frentes que se entrecruzarán: uno temporal, en el que se presentará una síntesis de lo que se ha hecho, se está haciendo y de lo que cabría realizar –retrospectiva, perspectiva actual y prospectiva–; otro comparado, que se centrará en los casos estadounidense y canadiense, sin perder el referente de cómo la cooperación interparlamentaria se ha asentado en un orden global, y otro material, abordando los distintos flancos de esa colaboración y cooperación, principalmente a nivel orgánico, procesal y normativo-axiológico –la colaboración interparlamentaria como principio

normativo-. Desde ese poso, se engarzará una propuesta final en la que se articulará una reflexión dialéctica sobre la concepción de la colaboración interparlamentaria territorial como garantía del pluralismo y como eslabón entre la unidad y la diversidad que sustenta la esencia de una federación.

I. LA COLABORACIÓN Y LA COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA SUBESTATAL

La colaboración y la cooperación interparlamentaria son las coordinadas principales que marcan el desarrollo de las relaciones interparlamentarias, pudiendo entrever semánticamente un matiz de intensificación del vínculo de actuación o de trabajo conjunto, cuando hablamos de cooperar (“obrar juntamente con otro u otros para la consecución de un fin común”, RAE), respecto a colaborar (“trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra”, RAE). Estas categorías son diferenciables en teoría, especialmente si nos centramos en el terreno competencial¹, pero se entrecruzan en la práctica, llevando a que el Tribunal Constitucional hable indistintamente de “colaboración y/o cooperación” (SSTC 31/2010, FJ 120 o 53/2017, FJ 16). El punto argumental del que partimos es el deber de colaboración que se encuentra “implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado” y es consustancial “al modelo del Estado de las Autonomías”, (tempranamente, SSTC 18/1982, FJ 14, 152/1988, FJ 6, y más reciente STC 78/2017, FJ 6, B, f), entre otras). Así, plantearémos una cooperación interparlamentaria de naturaleza orgánica, nacional e internacional, y una colaboración a nivel profesional, que, no obstante, pese a su naturaleza instrumental, puede ser más eficaz incluso que la anterior. En este afán introductorio de aislar semánticamente la cooperación interparlamentaria, entendida como “un ámbito más activo e intenso de relación que pueda servir para la mejora en el funcionamiento de dos o más instituciones parlamentarias, mediante el intercambio de experiencias, la reflexión conjunta o la puesta en común de medios personales y materiales” (Astarloa, 1998: 113), también hemos de proceder a su depuración respecto a otras prácticas, consecuencia de la cada vez mayor presencia de la política exterior en los parlamentos

1 En este sentido, la diferencia entre colaboración, cooperación y coordinación la podemos compendiar en que, a partir de un deber general de colaboración, la cooperación y la coordinación se conciben como parámetros de actuación en el ámbito del reparto competencial, preceptivos cuando lo establece el bloque de constitucionalidad y facultativos cuando no. Así, el principio de coordinación halla un anclaje constitucional (art. 149.1. 13, 15 y 16) con un contenido de carácter formal, conectado a un método de actuación, “la fijación de medidas y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos” (STC 140/2017, FJ 3 o tempranamente STC 32/1983, FJ 3). Por su parte, la cooperación apunta a una especie de ejercicio mancomunado o coejercicio de competencias, que incide en el ámbito de lo sustancial o material y que el Tribunal Constitucional ubicó en el difuso y metajurídico mundo de la voluntad o de los deseos: “la siempre necesaria voluntad de cooperación entre el Estado y” (STC 95/1986, FJ 5) las Comunidades Autónomas, a lo que agregaríamos de estas entre sí. (Tajadura, 2002: 75-83).

(Elorriaga, 2001: 9) y de los legislativos y los parlamentarios en dicha política supraestatal, hasta el punto de poder hablar de una subespecie del Derecho parlamentario, como sería el parlamentarismo internacional (García Chourio, 2018: 12), que pivota en torno a la cooperación exterior de los órganos legislativos y de una “diplomacia parlamentaria” a la que se conectarían aquellas actividades de diálogo y contacto internacional entre miembros de los órganos legislativos, con un marcado carácter protocolario, propio de esta cultura de la diplomacia, que aunque a veces pueda solaparse, quedaría fuera de lo que vamos a analizar como propiamente cooperación interparlamentaria subestatal. Tampoco podemos ignorar una colaboración instintiva, espontánea, fruto de un mimetismo interparlamentario, que derivaría en una cooperación implícita o subliminal y cuya existencia ha contribuido a proveer de unas bases comunes de partida para cada impulso cooperativo. Así, nuestro objetivo se centrará en las sinergias cooperativas parlamentarias intraestatales, sobre las que se solapan las consecuencias de nuestro sistema de gobierno y legislación multinivel, y que son el primer estadio en la construcción de un modelo de federalismo legislativo.

1. COOPERACIÓN ORGÁNICA INTERPARLAMENTARIA SUBESTATAL

La implementación de los objetivos de la cooperación interparlamentaria a nivel subestatal en España se ha materializado con dos referentes básicos: COPREPA y CALRE. El avance en el intercambio de información y buenas prácticas entre los parlamentos autonómicos ha sido parejo a la creación y consolidación de ambas.

1.1. COPREPA

COPREPA² es un foro institucional de encuentro de los Presidentes de Parlamentos Autonómicos del Estado Español (art. 1 Reglamento COPREPA/<http://www.coprepa2009.es/reglamento.html>). Sus objetivos y funciones se centran en el intercambio de experiencias sobre el funcionamiento de las cámaras, el análisis de los problemas, retos y oportunidades a los que se enfrentan los sistemas parlamentarios, así como, en su caso, la aprobación de iniciativas tendentes a mejorar su funcionamiento o su intercomunicación. Su formalización se remonta al año 1997, donde, bajo la presidencia de las Cortes de Aragón, se miró al federalismo cooperativo germánico como un patrón a seguir. Particular referente fue la Conferencia de Presidentes de Parlamentos de los *länder* de la República Federal Alemana (Embid, 1987: 44-46). A partir de ahí, la temática que ha copado sus diálogos ha sido polarizada por los siguientes contenidos:

2 Datos obtenidos desde <https://coprepa.es/>. La última reunión del Plenario de la COPREPA, hasta la fecha, se desarrolló en Mérida, el 30 y 31 de enero de 2020, donde los presidentes y presidentas de cámaras legislativas territoriales asistentes rubricaron además una declaración institucional en la que se incidió en la necesidad de afrontar grandes retos que se plantean en la sociedad, como el fortalecimiento de la Unión Europea, la consolidación de las instituciones, el cambio climático, la igualdad de género y la lucha contra la despoblación.

los reglamentos de las cámaras legislativas autonómicas y sus modificaciones; grupos parlamentarios y transfuguismo; el intercambio de información y la comunicación entre parlamentos; el estatuto de los parlamentarios; la relación legislativo-ejecutivo a nivel autonómico; la reforma institucional y los parlamentos autonómicos; la iniciativa municipal; la igualdad entre mujeres y hombres; la configuración del Senado como cámara de representación territorial; el ahorro energético; la construcción de la Unión Europea y el principio de subsidiariedad; la conexión con la ciudadanía y la transparencia parlamentaria; la necesidad de una voz única en la CALRE (Conferencia de Asambleas Legislativas Regionales de la Unión Europea) y el reto de la despoblación. El espejo de esta cooperación lo hallamos, indiscutiblemente, en la Conferencia de Presidentes de Parlamentos de la Unión Europea y del Parlamento Europeo (EU Speakers Conference), que desde 1999 reúne anualmente a los presidentes de los parlamentos nacionales de la Unión Europea y al presidente del Parlamento Europeo³.

Conforman la COPREPA los presidentes de los parlamentos regionales de las 17 asambleas legislativas de las comunidades autónomas españolas (Parlamento del País Vasco, Parlamento de Cataluña, Parlamento de Galicia, Parlamento de Andalucía, Junta General del Principado de Asturias, Parlamento de Cantabria, Parlamento de La Rioja, Asamblea Regional de Murcia, Cortes Valencianas, Cortes de Aragón, Cortes de Castilla-La Mancha, Parlamento de Canarias, Parlamento de Navarra, Parlamento de Extremadura, Parlamento de las Illes Balears, Asamblea de Madrid y Cortes de Castilla y León). El funcionamiento de la COPREPA se articula a través de los siguientes órganos: Plenario, Presidencia y Permanente. El Plenario es la asamblea integrada por los presidentes y las presidentas de los parlamentos autonómicos formalmente convocada a tal efecto. Se reúne, al menos, una vez al año, preferentemente en el mes de enero, y la duración de las sesiones es como mínimo de dos días. La Presidencia corresponde al presidente o presidenta de aquella Cámara a la que el Plenario encomiende la preparación y organización de la siguiente reunión –en el ejercicio 2020 recae en la presidenta de la Asamblea de Extremadura–. El mandato se inicia con la clausura del Plenario y termina con la clausura de la reunión sucesiva. La Presidencia se designa entre los candidatos que se hayan presentado, decidiéndose por consenso y, en su defecto, por mayoría absoluta. La Comisión Permanente o Permanente está integrada por quien

³ El Parlamento de la Presidencia saliente de la Unión Europea, (rotación establecida en la Decisión UE 2016/1316, del Consejo, de 26 de julio de 2016), en este momento el Parlamento de Finlandia, organiza en el primer semestre de cada año la reunión de dichos presidentes, a la que se han incorporado los presidentes de las asambleas de los países candidatos –la conferencia prevista para mayo de 2020 en Finlandia ha sido cancelada–. Las normas y procedimientos para la Conferencia de Presidentes de los Parlamentos de la UE se adoptaron en forma de directrices en la Conferencia que se celebró en Roma del 22 al 24 de septiembre de 2000 y, posteriormente, se revisaron en la Conferencia de Estocolmo del 14 al 15 de mayo de 2010 (*The Stockholm Guidelines for the Conference of Speakers of EU Parliaments*). Esta reunión viene precedida por la reunión de los secretarios de dichos parlamentos nacionales, Meeting of the Secretaries-General of the European Union Parliaments, que avanza los trabajos a abordar y desarrolla técnicamente sus contenidos. En el presente ejercicio, tres cuestiones eran los objetivos principales: actuar y actualizar los mecanismos de cooperación interparlamentaria en la Unión Europea, el uso de la tecnología para potenciar dicha cooperación y la evaluación de Eurojust.

ocupe la presidencia de la COPREPA y los presidentes titulares anteriores. No obstante, para preservar el pluralismo político y facilitar el consenso, se adopta el principio “3 componentes + 3 partidos” siempre que ello sea posible, conforme a las siguientes reglas complementarias:

- a. Cuando los tres miembros de la Permanente pertenezcan al mismo partido político, podrán incorporarse a la misma hasta dos miembros más, siempre que pertenezcan a partidos distintos.
- b. Cuando los miembros de la Permanente pertenezcan a dos partidos políticos, podrá incorporarse a la misma otro miembro, siempre que pertenezca a un partido político distinto de aquellos dos que ya cuentan con representación en la Permanente.

En los supuestos a) y b) serán los presidentes o las presidentas de los parlamentos autonómicos pertenecientes a partidos que no cuentan con presencia en la Permanente quienes deberán ponerse de acuerdo en la designación de aquel o de aquellas representantes que se incorporarán a la Permanente. Esa idea de consenso, con su doble acepción, de consenso positivo y consenso negativo –cuando alguno de los participantes no convenga con el acuerdo o declaración acordada, pero no oponga su veto– es el dato más relevante del proceso colaborador de este foro (art. 3 del Reglamento, que fue aprobado inicialmente el 11 de octubre de 2006).

En síntesis, el rol que desempeña la COPREPA se puede condensar en el siguiente: “la COPREPA debe servir como espacio de diálogo e intercambio de experiencias, para que el Parlamentarismo autonómico, el más cercano a los ciudadanos, continúe con su desarrollo, sea modelo de buenas prácticas y esté a la altura de lo que nuestra sociedad demanda a quienes han recibido el mandato de representarla”, conforme a su declaración de León, de 26 de septiembre de 2014⁴.

1.2. CALRE

La CALRE (Conferencia de Asambleas Legislativas Regionales de la Unión Europea), fundada en 1997 en Oviedo (a partir de las diez tesis de Stuttgart, articuladas por el Centro Europeo de Investigación del Federalismo de Tubinga en colaboración con el legislativo del Land de Baden-Württemberg), es la conferencia de los presidentes de los parlamentos de los estados federados, autonomías o regiones con competencia legislativa de la Unión Europea⁵. En total aglutina a 74 regiones de ocho países que representan a más de 200 millones de habitantes. Específicamente, la CALRE integra los parlamentos de las comunidades autónomas españolas, los consejos regionales italianos, las asambleas de las regiones y comunidades belgas, los parlamentos de

⁴ https://coprepa.es/wp-content/uploads/2018/07/2014_Declaraci%C3%B3n-de-Le%C3%B3n.pdf

⁵ <https://www.calrenet.eu/what-is-calre/organization-rules>

los *länder* alemanes y austríacos, el Parlamento autónomo de Åland (Finlandia), las asambleas regionales de las islas Azores y Madeira (Portugal) y las de Escocia, Gales e Irlanda del Norte (Reino Unido). Dos son los referentes que actúan como nexo entre estos integrantes: pertenecer a la Unión Europea y tener competencias legislativas. Estas características otorgan a la CALRE una forma de homogeneidad que es crucial para la determinación de objetivos comunes. Por su competencia legislativa, todas estas regiones tienen que integrar las normativas europeas a su propia regulación – fase descendente– (Ordoñez Solís, 2000: 244), puesto que la integración en la Unión no ha modificado la distribución competencial interna (STC 208/1999. FJ 4). Sus objetivos se centran en contribuir a la participación democrática de las asambleas legislativas regionales dentro del marco de la Unión Europea mediante el fortalecimiento de las relaciones entre las asambleas regionales y, en particular, mediante el intercambio de buenas prácticas. A ello cabría agregar el respaldo a las actividades de cooperación transfronteriza de sus asociados y la coordinación de sus miembros en la participación en proyectos de desarrollo institucional organizados por terceras partes. Todo ello en el marco del pleno respeto al principio de autonomía de cada asamblea.

Identificar la naturaleza jurídica de la CALRE nos lleva a descartar su carácter de asociación, de conformidad con el ordenamiento jurídico español o de cualquiera de los Estados de la Unión Europea, si bien el Comité de las Regiones no duda en incluirla en las asociaciones europeas territoriales que representan a las autoridades locales y regionales con las que interactúa para implementar el diálogo estructurado⁶ (COM (2003) 811 FINAL), articulado sobre los principios de apertura, participación, coherencia y efectividad. Se trataría de un “foro interparlamentario multilateral” (Arce Janáriz, 2002: 5), un punto de encuentro de carácter político (un *political network*), de mero impulso jurídico, pero sin esa fortaleza y eficacia.

En lo que respecta a su organización y funcionamiento, la CALRE actúa a través de dos órganos: la Asamblea Plenaria, compuesta de los presidentes de todos los parlamentos que pertenecen a la conferencia, y la Comisión Permanente, con ocho presidentes de parlamentos regionales: uno por cada país al que corresponden las regiones representadas. La presidencia de la CALRE (que lo es tanto de la Comisión Permanente

⁶ V. gr. Dentro de la Comisión ECON del Comité Europeo de las Regiones (CDR), se ha articulado el denominado diálogo estructurado sobre los desafíos locales y regionales de los acuerdos comerciales de la UE. Es habitual la participación de la Asamblea de Regiones Europeas (AER), la Conferencia de Asambleas Legislativas Regionales Europeas (CALRE) y la Conferencia de Regiones Europeas con Poder Legislativo (REGLEG). Los diálogos estructurados tienen como objetivo garantizar que las asociaciones europeas que representan a las autoridades locales y regionales mantengan conversaciones periódicas con la Comisión Europea a los efectos de mejorar la legislación de la UE, garantizando que las opiniones de las asociaciones locales y regionales se tengan en cuenta antes de que comiencen los procesos formales de toma de decisiones, para garantizar una mejor comprensión de las directrices políticas de la UE y hacer que la UE sea más transparente y significativa para sus ciudadanos. El CDR por la presente actúa como intermediario, organizador y facilitador, debido a su fuerte vínculo con ambas partes. En 2016, el comité implementó un nuevo modelo que vincula cada diálogo con una de las comisiones del CDR y lo mantiene dentro de sus reuniones de comisión. (<https://cor.europa.eu/es/news/Pages/CoR-to-become-observer-at-Advisory-Group-on-EU-trade-agreements.aspx>)

como de la Asamblea Plenaria) cambia cada año de país. En 2020 corresponde a la presidencia del Parlamento de Canarias, concretamente a Gustavo Matos Expósito. El 29 y 30 de octubre del 2001, la Asamblea Plenaria aprobó, en la 5ª Conferencia de la CALRE, en Funchal (Madeira, Portugal), el vigente Reglamento de la CALRE, que regula la organización práctica y al que posteriormente se han introducido diversas modificaciones.

En sus diferentes conferencias se ha hecho un especial hincapié en la cooperación interparlamentaria (Declaración de Milán, 2004, 8ª Conferencia) y en una reivindicación del rol a desempeñar por los parlamentos regionales en la era de internet (Informe de los Presidentes de los Parlamentos del Valle de Aosta e Irlanda del Norte sobre los parlamentos regionales en la era de internet, Declaración de Madeira, 2001, 5ª Conferencia) o con respecto a las nuevas tecnologías (Documento sobre los compromisos de los parlamentos regionales en relación con las nuevas tecnologías de la información, “Declaración de Reggio Calabria”, 2003, 7ª conferencia). También se ha abierto un espacio a la cooperación reforzada entre parlamentos regionales, en función de las singularidades específicas de determinadas regiones, ya sean regiones insulares (la Declaración de los presidentes de las Asambleas legislativas de las Regiones Insulares Europeas miembros de la CALRE, Cagliari, el 2 de mayo de 2003: Declaración de Reggio Calabria, 2003, 7ª conferencia), regiones del área euromediterránea (Declaración de Milán, 2004, 8ª Conferencia) o regiones capitales (Declaración final de la cuarta Conferencia de Presidentes de los parlamentos de las regiones capitales en la Unión Europea, celebrada en Berlín del 23 al 25 de febrero de 2003; la declaración se presentó como anexo a la “Declaración de Reggio Calabria”, 2003, 7ª conferencia). Estos últimos parlamentos han desarrollado un foro específico integrado por los presidentes de las asambleas de las regiones capitales de la Unión Europea que gozan de potestad legislativa y en cuya región está ubicada la capital de su Estado respectivo: Parlamentos de Berlín, Bruselas, Lazio, Viena y Madrid. En lo que respecta a su dinámica de funcionamiento, los trabajos de este foro de presidentes de asambleas capitalinas tienen un paralelismo a la CALRE, concluyendo con una declaración final que es remitida a los respectivos gobiernos regionales, al Parlamento Europeo, a la Comisión Europea, al Comité de las Regiones de la UE, a la propia Presidencia de la CALRE y a los Gobiernos de los Estados de los que forman parte las regiones participantes (Alemania, Austria, Bélgica y España). La Asamblea de Madrid ha albergado su reunión constitutiva en 1999; la 5ª Conferencia de Presidentes de Parlamentos de Regiones Capitales de la Unión Europea, que tuvo lugar los días 26 y 27 de abril de 2006, en la que se abordaron cuestiones que afectan de manera especial a las regiones capitales: su financiación, las políticas de inmigración, la prevención de ataques terroristas y el diálogo entre las distintas culturas y religiones, y la 9ª, en el año 2010, que versaría sobre temas de vigente actualidad como la financiación de los servicios sociales en épocas de crisis y la financiación del transporte público en las

regiones capitales. Esta conexión interorgánica también se produce entre COPREPA y CALRE, mediante la articulación de grupos de trabajo, por ejemplo, sobre “Igualdad y Reto Demográfico”.

Es importante destacar que desde la CALRE se ha incubado otra iniciativa asociativa como es la Conferencia de Presidentes de Regiones con competencias legislativas de Europa (REGLEG), que toma como base esa regionalización con potestad legislativa, pero que conecta a los gobiernos regionales. Integra a 73 regiones de siete Estados miembros (Austria, Bélgica, Finlandia, Alemania, Italia, Portugal, España), una vez formalizada la salida del Reino Unido. En su funcionamiento hay una confluencia organizativa y temática con la CALRE, en el sentido de habilitar un puente de comunicación entre los gobiernos de la Unión y de ellos con las propias instituciones, sobre el principio base de la subsidiariedad.

Como dato positivo de esta cooperación, destaca que, en su esencia, especialmente en las relaciones interparlamentarias europeas, se ha buscado potenciar el “hecho parlamentario”, apoyado o canalizado a través de un “hecho regional”, es decir, es una cooperación más abierta y más democrática. En el lado oscuro, podemos apuntar que los temas abordados son dispares, invadiendo aspectos más propios de los ejecutivos, como la legitimación regional ante el Tribunal de Justicia (Arce Janáriz, 2005: 13), lo que acaba restando credibilidad a esta cooperación interparlamentaria. Así, el paralelismo CALRE-REGLEG tendría que tener mayores consecuencias y una mejor coordinación, lo que indudablemente repercutiría en una mayor eficacia. Hay que recordar que la conexión con el Parlamento Europeo de todas las organizaciones de carácter territorial se canaliza a través del Comité de Desarrollo Regional (REGI) y del Comité de Asuntos Jurídicos (REGI), en todo lo concerniente a la aplicación horizontal del principio de subsidiariedad, conforme a los Protocolos 1 y 2 del Tratado, en los que se configura a los parlamentos nacionales de los Estados miembros como los interlocutores primarios en el diálogo interparlamentario⁷. Sin embargo, la aspiración de la CALRE respecto a crear, dentro de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Eurocámara, una subcomisión de relación con los parlamentos regionales, que canalizaría las diferentes

7 El Tratado de Lisboa consolidó el importante papel de los parlamentos nacionales para garantizar el buen funcionamiento de la Unión, especialmente de la mano del principio de subsidiariedad, concentrando su participación tanto en una fase ascendente, como descendente de la legislación europea. El Parlamento Europeo ha revisado y modificado su Reglamento interno y ha establecido procedimientos administrativos para garantizar la aplicación adecuada de las nuevas disposiciones del Tratado. Además, en 2009 y 2014, la Comisión de Asuntos Constitucionales del PE redactó varios informes de iniciativa que tratan específicamente sobre el desarrollo de las relaciones entre el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales. Estos informes condujeron a resoluciones no legislativas adoptadas por el plenario del PE que incluían una serie de propuestas para mejorar aún más las relaciones interparlamentarias. V. gr. Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a los parlamentos nacionales (informe Rangel); Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de abril de 2018, sobre los informes anuales 2015-2016 sobre subsidiariedad y proporcionalidad (informe Delvaux); Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de abril de 2014, sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales (informe Casini); Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de mayo de 2009, sobre el desarrollo de las relaciones entre el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales en virtud del Tratado de Lisboa (informe Brok); Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de febrero de 2002, sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales en la integración europea (informe Napolitano) (<https://www.europarl.europa.eu/relnatpar/en/home/interparliamentary-cooperation.html>).

propuestas institucionales formuladas por dichas instituciones, no se ha formalizado. Con todo y como referencia más reciente, tras la constitución de un grupo operativo sobre subsidiariedad, proporcionalidad y “hacer menos pero de forma más eficiente”, el 14 de noviembre de 2017 por el presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker y presidido por Frans Timmermans, en su informe de 10 de julio de 2018, son varias las propuestas que se formulan para potenciar el papel de los parlamentos regionales en el marco de las instituciones y órganos comunitarios⁸, pudiendo sintetizarse todas ellas en la necesidad de su futura recepción en los Tratados y en que desde la situación actual habría que promover que ese diálogo informal existente sea más estructurado para alcanzar una mayor eficacia (Recomendación n.º 1). Finalmente, que estemos ante foros políticos, no jurídicos, no es negativo *per se*, siempre y cuando ese impulso político sea sólido y ahonde en las necesidades reales de los ciudadanos, especialmente cuando lo que se busca es compensar el déficit democrático de nuestras instituciones, particularmente a nivel europeo. El reto está en la eficacia, en que todas estas prácticas cooperativas y colaborativas entre parlamentos potencien el hecho parlamentario, el papel y el liderazgo de los propios parlamentos. Donde tienen mucho terreno que abonar es en los aspectos procedimentales, de funcionamiento interno de las cámaras y de potenciación de la representatividad, que ha de ser integradora y correctora del monolitismo de los ejecutivos, aun cuando estos sean coaliciones o estén forzados a abandonar un patrón monocromo.

8 El informe responde a tres interrogantes que el presidente había planteado al grupo: cómo aplicar mejor los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en las instituciones de la UE, cómo mejorar la participación de las administraciones locales y regionales en la elaboración y aplicación de las políticas de la UE, y si existen campos en los que puedan con el tiempo retransferirse competencias a los Estados miembros. El grupo operativo concluyó que en materia de subsidiariedad y proporcionalidad era necesaria una nueva forma de trabajar para que las autoridades locales y regionales y los parlamentos nacionales y regionales contribuyeran más eficazmente a la formulación de políticas de la UE y a la elaboración de nueva legislación. Según esta propuesta, todos los niveles de gobierno evaluarían con mayor coherencia la subsidiariedad y la proporcionalidad, para lo cual se basarían en un “modelo de red”, una especie de lista de control sobre subsidiariedad y proporcionalidad. Un método común que debería ser usado por las instituciones y órganos comunitarios y por los *parlamentos* nacionales y *regionales* para abordar todas las cuestiones vinculadas a los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y las bases procesales de la legislación nueva y de la existente. Se establece el carácter preceptivo de la consulta de los parlamentos nacionales a los parlamentos regionales en el contexto del control de subsidiariedad. Estos cambios formales en los roles y en la interacción entre los parlamentos nacional y regionales requerirían cambios en los Tratados y deberían ser considerados en el futuro. Con todo, dentro de lo preceptuado por las disposiciones de los Tratados vigentes, un diálogo más estructurado, aunque informal, podría asegurar que los parlamentos regionales con poder legislativo se impliquen de modo más efectivo en el proceso de control de la subsidiariedad (Recomendación n.º 1, p. 12). Al deber de los parlamentos nacionales de consultar a los parlamentos regionales cuando sus competencias se vean afectadas por la legislación comunitaria, se une el deber de la Comisión de recepcionar las opiniones razonadas y responder no solo a los parlamentos nacionales, sino también a los regionales, hecho que ha de reflejarse en su informe anual sobre subsidiariedad y proporcionalidad (Recomendación n.º 2, p. 13). Otra curiosa recomendación de este grupo operativo para incrementar la capacidad de las instituciones regionales, de sus autoridades, y por ende de los parlamentos regionales, de participar en el proceso legislador europeo, es la de promover acciones innovadoras para comunicarse con los ciudadanos de la Unión Europea, por ello avala la articulación de un programa similar al ERASMUS, para políticos regionales y locales, entre ellos los parlamentarios regionales. (Recomendación n.º 4, p. 15). La necesidad de mejorar la comunicación y la colaboración interorgánica se resalta para los parlamentos nacionales, los parlamentos regionales y el Comité de las Regiones, para lo que se recomienda un mejor y más eficaz uso de sus plataformas IT, a los efectos de compartir información. (Recomendación n.º 7, p. 18). *Report on the Task Force on Subsidiarity, Proportionality and “Doing Less More Efficiently”* (https://ec.europa.eu/commission/files/report-task-force-subsidiarity-proportionality-and-doing-less-more-efficiently_es).

2. LA COLABORACIÓN PROFESIONAL

Asumiendo ese tenue matiz entre colaboración y cooperación de las primeras líneas de este epígrafe, entendemos oportuno referir cómo los profesionales de los parlamentos territoriales en España han sido pioneros e impulsores de la idea de trabajo en conjunción como motor de una mejor praxis en sus respectivos quehaceres, a la par que como referente de la consolidación de una disciplina que es el Derecho parlamentario, en este caso autonómico.

2.1. AELPA

La Asociación Española de Letrados de Parlamentos (AELPA) es una asociación, constituida en 2004 por tiempo indefinido –al amparo de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo reguladora del Derecho de asociación–, para crear y mantener vínculos estables entre sus miembros, teniendo como fines sociales la promoción de los intereses profesionales y culturales de los mismos (art. 3, Estatutos de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos).

Son tareas de la asociación todas las que conduzcan al logro de los objetivos antes mencionados, como la organización de cursos, seminarios y conferencias, la edición de revistas y anuarios, etc. y, en general, cualesquiera otras de naturaleza análoga relacionadas con las funciones propias de sus miembros. En ese sentido, es una de las asociaciones más activas, siendo un referente de imprescindible consulta, no solo para sus asociados, sino para la academia, en materias como las bases de datos, generales –normativa parlamentaria, legislación y boletines oficiales– o en ámbitos materiales específicos, como el proceso catalán o la declaración de estado de alarma (<https://aelpa.org/>). Destacan sus publicaciones generales, como el *Manual Aelpa del Parlamentario*, Madrid, Aelpa-Wolter Kluwers, 2016 (Coord. Sarmiento Méndez) o las temáticas, fruto de las diferentes jornadas avaladas por la asociación (<https://aelpa.org/enlaces-de-bibliografia-y-bases-de-datos/>).

Son miembros de pleno derecho de la asociación los letrados unidos a cualquiera de los parlamentos, asambleas legislativas o cortes existentes en el Estado español, por una relación de servicio profesional de carácter estatutario y, como tal, integrados en los respectivos cuerpos o plazas de tal nombre, que soliciten su ingreso a la junta directiva. Su estructura y funcionamiento se asemejan al de cualquier asociación (junta directiva, con un presidente, vicepresidente, secretario y tesorero).

2.2. ASEINPA

Es la Asociación Española de Interventores de Parlamentos, que aglutina a los profesionales encargados de la vigilancia de la legalidad en la gestión económica de las instituciones parlamentarias. Entre sus preocupaciones, tal y como evidencia la programación de las jornadas de dicha asociación, está el control de las subvenciones parlamentarias o la auditoría de las cuentas anuales de los parlamentos desde un punto

de vista comparado entre los parlamentos de España, pero sobre todo la necesidad de ejercer ese trabajo de forma reglada, con autonomía y plena independencia frente a los órganos a controlar, a los efectos de lograr la transparencia de la gestión económica.

3. REDES DE COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA

Alcanzar los objetivos trazados por la cooperación interparlamentaria requiere un impulso orgánico, pero a la vez una estructura que lo sustente y apoye. Esta se ha conseguido mediante la creación de una plataforma para el intercambio de información y documentación entre los parlamentos autonómicos y por la apertura de la vida y la actividad parlamentaria a través de las redes sociales.

3.1. Red_Parlamenta

Bajos los auspicios de la COPREPA, e implementando sus objetivos, se crea la Red_Parlamenta, cuya formalización se remonta al acuerdo adoptado en Mérida, en mayo de 2010, con la finalidad de crear una plataforma para el intercambio de la información parlamentaria, definido en su convenio de creación como un mecanismo estable de colaboración mutua en el ámbito de la documentación e información, “será un sistema integral para el intercambio de información entre las Asambleas integrantes del Convenio, sustentado en los principios de colaboración, comunicación y mutua confianza” (cláusula primera del convenio)⁹.

La titularidad de dicha plataforma corresponde a todos los titulares que forman parte de la red, que son quienes asumen de forma solidaria y compartida la responsabilidad relativa tanto a la gestión como a los costes derivados del desarrollo y mantenimiento del portal (cláusula tercera del convenio). Los contenidos disponibles, desde noviembre de 2014 para todo el público, se estructuran en los siguientes bloques: actividad parlamentaria (publicaciones oficiales —boletines; diarios de sesiones— buscadores de tramitación parlamentaria; iniciativas legislativas; reglamentos y resoluciones; tramitaciones de las reformas de los Estatutos de Autonomía; emisiones y videotecas de las sesiones parlamentarias de los distintos parlamentos); recursos y colecciones (bases bibliográficas de los parlamentos; revistas, que nos indican en qué biblioteca se puede encontrar la revista con un enlace al texto completo si se halla volcado en internet; guías de recursos —sobre distintos temas, como elecciones, parlamentos o el Brexit, elaborados por dos parlamentos como son el catalán y las Corts Valencianes—; jurisprudencia compilada por el Parlamento de Andalucía en materia parlamentaria y en materia electoral por las Cortes de Aragón; otros recursos —históricos elaborados por el Parlamento de Cantabria y por la Junta General del Principado

⁹ <https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/2011.%20COPREPA-CONVENIO%20RED%20PARLAMENTA.pdf>

de Asturias– y web social, donde se aloja un directorio de redes sociales de los departamentos de información y documentación de los distintos parlamentos); actividad documental (dosieres de documentación y bibliografías temáticas; boletines de sumarios y boletines de actualidad y e-comisiones –información, documentación, actividad parlamentaria y legislación básica de interés para los miembros de las Comisiones–) y finalmente un enlace sobre información electoral en el que se recopilan los datos más relevantes sobre las elecciones autonómicas, desde doctrina jurisprudencial hasta sondeos, candidaturas y resultados. Hay que mencionar que en la gestación de esa red tuvo un interesante papel la Federación Española de Sociedades de Archivística, Biblioteconomía, Documentación y Museística (FESABID), y que su buen hacer tuvo un temprano reconocimiento, al obtener el VII Premio Nacional de la Sociedad Española de Documentación e Información Científica (SEDIC).

Este formato de cooperación interparlamentaria se refleja también en el ámbito europeo, con otros escenarios como la plataforma IPEX (*Interparliamentary EU Information Exchange*) que facilita el intercambio de documentos de interés para la Unión entre los parlamentos de la UE, o en el Centro Europeo de Investigación y Documentación Parlamentaria (CEIDP), que canaliza las peticiones de información cuando un determinado parlamento desea informarse de forma más detallada sobre las prácticas y las políticas de otros países de la UE.

3.2. Los parlamentos autonómicos en redes sociales

Desde la propia Red_Parlamenta se promueve la compilación de la actividad de los parlamentos autonómicos en redes sociales, a la par que se impulsa su propia presencia (red_parlamenta @red_parlamenta). El punto de partida de los parlamentos autonómicos se focalizó en la relación con la sociedad a través de los medios de comunicación tradicionales, prensa, radio y televisión. En la década de los noventa las asambleas inauguraron sus páginas webs y ya en la primera década del siglo XXI llegaron primero los blogs y luego las redes sociales, a través de las que se ha buscado “añadir una prolongación virtual a la acción política real” (Greciet, 2018: 3574).

La principal razón para introducirse en redes sociales puede sintetizarse en un objetivo: estar allí donde están los ciudadanos y trasladar su presencia e información en las fuentes que consultan, siendo lo más inclusiva posible (Mergel, 2013: 330). Los medios sociales de comunicación pueden usarse con distintos fines: la información (provisión de material, información de antecedentes, alianzas entre medios e información general para el público), la educación (difusión de actividades, material pedagógico y otros recursos para estudiantes y docentes), la divulgación (vínculos y asociaciones con la sociedad civil, con el sector empresarial y con otros grupos, facilitando el acceso del público al parlamento) y la interacción (habilitar canales activos para informar a los ciudadanos y relacionarse con ellos, para pedir propuestas y despertar el interés por las actividades parlamentarias) (Williamson, 2013: 11).

Las redes sociales que han utilizado los parlamentos autonómicos son mayoritariamente Twitter, Facebook, LinkedIn, Youtube e Instagram. En menor medida, Flickr, Google + y Pinterest. El primer parlamento en incluir su presencia en redes sociales fue el canario, en 2008. Le seguirían en 2009 Cataluña, Galicia, Navarra y Extremadura (Rodríguez-Andrés y Álvarez Sabalegui, 2018: 996).

Con todo, el balance de esta interacción social en redes de los parlamentos no parece haber desplegado todo su potencial, ni alcanzado sus objetivos. Ese ideal acercamiento de los ciudadanos a los parlamentos no se ha logrado (Campos-Domínguez, 2014: 45), porque se siguen concibiendo las redes sociales como un tablón de anuncios, obviando la dimensión de *feedback* que incorporan y que las singularizan. Así, las redes sociales, a pesar de tener un potencial discursivo e interactivo muy importante, quedan comprimidas a una función de presencia y de divulgación informativa de la actividad parlamentaria, más bien testimonial, asociada a un disciplinado deseo de cumplir con el expediente de modernización, cercanía y transparencia, pero lejos de una función deliberativa y mucho menos participativa (Giraldo-Luque, 2017: 1294). “La mayoría de los perfiles siguen siendo usados de forma prioritaria como plataformas de difusión unidireccional de información” (Rodríguez-Andrés y Álvarez Sabalegui, 2018: 1002).

4. PARLAMENTOS DIGITALIZADOS, ABIERTOS, CONECTADOS A LA SOCIEDAD Y COLABORATIVOS

Reflexionar sobre la colaboración y cooperación interparlamentaria requiere insertar una exigua referencia a cómo esta dimensión colaborativa de los parlamentos ha transitado sobre uno de sus principales retos actuales, que es la conversión de nuestros parlamentos en parlamentos abiertos (García-Escudero, 2015: 206). Esta concepción deriva de la aplicación a la institución parlamentaria de la doctrina del gobierno abierto y supone la creación de una serie de derechos, pero entendemos que también de una serie de obligaciones por parte de los ciudadanos para que su implementación sea plena. Si se habilitan cauces para participar en las tareas parlamentarias, los ciudadanos hemos de usarlos, además, de una forma constructiva y responsable. Este concepto de parlamento abierto está en proceso de construcción y consolidación, e incorpora una dimensión cambiante que implica su constante reformulación y evolución, todo ello sobre una base constitucional que se sintetiza en la voluntad de “establecer una sociedad democrática avanzada”, tal y como se refleja en el preámbulo, pero que se afianza en el conjunto del articulado (arts. 9.2 y 3, 23, 29, 48, 77 y 105, entre otros).

Los parlamentos autonómicos han sido alumnos aventajados en esa carrera hacia la apertura de sus actuaciones, a veces de un modo febril (Cabo, 2013: 62), pudiéndose destacar la labor de alguno de ellos, como el vasco (con herramientas

como Zabalik, Parte hartu o ADI –Aporta, Debate, Influye–), el catalán, el canario o el cántabro (Rubio, 2018: 13-14). Sin embargo, lo que ahora más nos importa es cómo la conversión de nuestros parlamentos en instituciones abiertas y digitalizadas ha propiciado una vis colaborativa entre ellos. Pese a que la doctrina ha reparado en que resulta difícil destacar herramientas específicamente colaborativas en los parlamentos españoles, referenciando como ejemplo la Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales (Aranda, 2017: 31), podemos destacar algunas experiencias más amplias que implican una colaboración, tanto a nivel interparlamentario, como en lo que se refiere a la utilización de las TIC para potenciar la participación conjunta e interconectada entre diferentes segmentos y grupos de interés a través de cauces parlamentarios. En ese sentido, la Alianza para el Gobierno Abierto (Open Government Partnership, OGP), integra un Legislative Openness Working Group¹⁰, liderado por la Comisión de Transparencia del Parlamento de Chile, en colaboración con el National Democratic Institute (NDI)¹¹, que incorpora entre sus objetivos el intercambio de experiencias en materia de parlamentos abiertos. El NDI es una organización no gubernamental que promueve prácticas e instituciones democráticas en todo el mundo. Fundada en 1983, destaca por haber sido pionera en la defensa del uso de la tecnología como un componente integral del desarrollo democrático. Es cofundadora de OpeningParliament.org, red en la que participan más de 180 organizaciones de 80 países, que monitoriza la actividad parlamentaria y persigue un mayor apertura del proceso legislativo. Bajo sus auspicios se ha elaborado la Declaración de Transparencia Parlamentaria, que es un conjunto de principios de actuación general adoptados por más de 70 organizaciones de la sociedad civil mundial y que postula una serie de buenas prácticas para alcanzar y progresar en el ideal de un parlamento abierto. La defensa del intercambio de buenas prácticas entre los diferentes parlamentos es uno de los pilares de esta guía¹².

5. LA COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA SUBESTATAL COMO PRINCIPIO ORGANIZATIVO EN LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

La doctrina iuspublicista no ha construido una teoría jurídica sobre las funciones de cooperación parlamentaria, ni a nivel interno (Astarloa, 1998: 115), ni a nivel europeo (Fernández Alles, 2010: 77), por ello es interesante recabar no solo cómo se han implementado, sino cómo se provee una cobertura normativa a dicha praxis. En ese sentido, sobre la base del establecimiento de una sociedad demo-

10 <https://www.opengoupartnership.org/stories/legislative-openness-comes-to-ogp/>

11 <https://www.ndi.org/legislative-openness>

12 <http://openingparliament.org/static/pdfs/spanish.pdf>

crática avanzada, la clave la hallamos en la conciliación de los atributos de soberanía y autonomía parlamentaria con dicha cooperación, impulsada por un modelo territorial descentralizado y multinivel. El referente es el concepto de Estado constitucional cooperativo/ *Der kooperative Verfassungsstaat*¹³ (Häberle, 2018: 2), y dentro de él, cobrará un pleno sentido el referente al federalismo cooperativo, en una conexión género-especie. El constitucionalismo se conecta al valor de la cooperación, al igual que resulta inherente al mismo, la paz, la justicia, los derechos fundamentales, el interés general, la seguridad o las estructuras del Estado de derecho, incluidas las territoriales. Eso supone concebir que el constitucionalismo es el pilar del ordenamiento jurídico y social y que en esa conexión la Constitución tiene que incorporar la pluralidad. Así, la Constitución de 1978 inserta esa acepción de Estado constitucional cooperativo (arts. 1, 2, 9.2 o títulos III y VIII; de modo expreso la apelación a la cooperación funcional de las comunidades autónomas y el Estado puede referenciarse en los arts. 69.5 –Senado–, 87.2 –iniciativa legislativa–, 131.2 –planificación de la economía–, 145.2 –acuerdos y convenios de cooperación–, 166 –reforma de la Constitución–). La democracia ciudadana, propia de un Estado de derecho, se manifiesta a través de las múltiples conexiones cooperativas que se producen en el Estado constitucional, siendo los parlamentos, en particular los parlamentos autonómicos, unas instituciones, unos actores privilegiados de ese patrón cooperativo y colaborativo. El fortalecimiento normativo de ese cariz cooperativo de nuestro Estado lo hallamos en la legislación estatal (v. gr. principios de las relaciones interadministrativas, art. 140 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), y en la legislación autonómica, particularmente en sus Estatutos. Especialmente importante en ese impulso colaborativo fueron las diversas reformas estatutarias que han regulado esa cooperación (Montilla, 2011: 164-175) y (Ruiz Robledo, 2008: 485), especialmente en lo que se refiere a acción exterior. Con todo, lo más interesante a los efectos del presente discurso es cómo los reglamentos de las cámaras se han aproximado a la misma, integrándola como un principio de las relaciones interparlamentarias. Así, el Reglamento de las Cortes de Aragón (aprobado en Sesión Plenaria celebrada el día 28 de junio de 2017), cuyo artículo 8 establece: “Las Cortes de Aragón, en su condición de máxima representación del pueblo aragonés, fomentarán las relaciones de solidaridad, colaboración y cooperación con las Cortes Generales y con los demás Parlamentos autonómicos”. En consecuencia, la colaboración interparlamentaria abandona paulatinamente el terreno *lege ferenda*, para consolidarse en el *lege data*, teniendo

13 P. Häberle, “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten” (1975) y “Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß -ein Pluralismuskonzept” (1978), trabajos presentes en la recopilación del mismo autor, *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein/Ts., 1980, pp. 306-7. En castellano, Xabier Arzoz, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, en la recopilación de P. Häberle (1996).

como eslabón una práctica cada vez más consolidada y fecunda, y un reto, que es el de contribuir al enraizamiento del federalismo, un federalismo necesariamente cooperativo.

6. A MODO DE ILUSTRACIÓN, DESDE LO CONCRETO. LA ACTUACIÓN DE LAS ASAMBLEAS REGIONALES FRENTE A LA COVID-19: LA COOPERACIÓN ENTRE PARLAMENTOS EN UN TIEMPO DE PANDEMIA

El coronavirus es un *top concern*, también en un contexto de la cooperación interparlamentaria. A través de sus distintas materializaciones se han habilitado recursos para afrontar este nuevo contexto. Entre todos los foros de canalización de la cooperación interparlamentaria ha sido la National Conference of State Legislatures la más activa (<https://www.ncsl.org/research/health/ncsl-coronavirus-covid-19-resources.aspx>), lanzando un rico panel de recursos, estructurados por materias y emitido en forma de blogs, podcasts o webinars (v. gr., especialmente interesante fue *COVID-19 and Elections*), pensando expresamente en los legisladores estatales. Más tímida ha sido la respuesta de la CALRE, donde nos encontramos con una comunicación de su presidente, Matos Expósito, en la que se envía un mensaje de apoyo y solidaridad desde el que se apela a una Europa unida, más fuerte y más igualitaria (<https://www.calre.net.eu/archives/9906>), sin que se pautе estrategia o práctica alguna a seguir de modo conjunto por sus parlamentos miembros¹⁴.

Los parlamentos autonómicos no han partido de un guion comunicado. Formalmente, la retina se ha hecho eco de ponentes que hablan en soledad, y materialmente, las comparecencias de los presidentes autonómicos, la constitución de comisiones parlamentarias sobre la COVID-19, las reuniones telemáticas de las diputaciones permanentes allí donde se había disuelto el parlamento, (País Vasco y Galicia) con declaraciones institucionales de relevancia que afectan a la suspensión de elecciones, al debate de proposiciones no de ley vinculadas a la COVID-19, declaraciones institucionales o la ausencia de la COVID-19, más allá de la noticia sobre el teletrabajo de su personal. Aquí cabría coordinar, con más urgencia y eficacia que nunca. El reto está trazado. Que esta pandemia y las extremas circunstancias en las que nos hallamos sirvan para reconciliarnos con el compromiso de contribuir a mejorar la vida de los ciudadanos, desde un compromiso de colaboración y cooperación leal, en este caso entre parlamentos autonómicos.

14 En ese mismo sentido, más testimonial que eficaz, nos encontramos los pronunciamientos de otras organizaciones de cooperación interparlamentaria, desde la UIP, <https://www.ipu.org/parliaments-in-time-pandemic>; Parlamento centroamericano <https://parlacen.int/inicio> ECOWAS <https://www.ecowas.int/covid-19/> o PARLATINO <https://parlatino.org/news>

II. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL INTERPARLAMENTARIA. ESPECIAL ATENCIÓN A LA UNIÓN EUROPEA

Como complemento a este glosario de referentes de cómo se aborda orgánicamente la cooperación interparlamentaria, hemos de hacer una escueta referencia a la UIP, Unión Interparlamentaria, decana de esa colaboración. Fundada en 1889 y con sede en Ginebra, su diferencia de otras organizaciones internacionales es que no es una organización intergubernamental sino una institución para el fomento de la cooperación de los parlamentos entre sí, con el sistema de Naciones Unidas y de la paz y la democracia a través del diálogo político. Cuenta con 178 parlamentos nacionales afiliados y 12 agrupaciones parlamentarias territoriales asociadas, y goza del estatus de observador permanente dentro del sistema de Naciones Unidas (<https://www.ipu.org/about-ipu/members>).

El mandato de la UIP se concentra en cinco áreas específicas, la mayoría de cuyos proyectos están dirigidos a parlamentos de países en vías de desarrollo: el establecimiento de normas y directrices para los parlamentos; la formación y capacitación de los parlamentarios; la promoción y protección de los derechos humanos; la igualdad de género en política; elaboración de la agenda del desarrollo y del buen gobierno. La Unión Interparlamentaria colabora con instituciones del sistema de Naciones Unidas (PNUD, UNITAR, Alto Comisionado para Derechos Humanos, etc.) y organiza seminarios y talleres dentro de sus áreas de interés con objeto de que los parlamentos nacionales asuman una mayor responsabilidad e implicación en las relaciones internacionales a través de una serie de medidas nacionales, regionales y globales.

Otros referentes internacionales de la cooperación interparlamentaria, sin agotar la casuística, y con la intención de ratificar la idea de la cooperación interparlamentaria, entremezclada con el Derecho internacional y el institucionalismo interestatal, con presencia de parlamentos estatales y parlamentos territoriales de estados federados, es un signo de una nueva concepción global del parlamentarismo, serían: Parlamento Andino (la Comunidad Andina (CAN) está compuesta por: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. <https://parlamentoandino.org/>); Parlamento Centroamericano (PARLACEN) (compuesto por parlamentarios de Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, República Dominicana y Panamá. Como observadores permanentes se han acreditado el Senado del Estado Libre Asociado de Puerto Rico y la delegación de observadores permanentes de la Cámara de Diputados de los Estados Unidos Mexicanos. <http://www.parlacen.int/Inicio.aspx>; East African Legislative Assembly (EALA) (compuesta por parlamentarios de Burundi, Kenia, Ruanda, Sudán del Sur, Tanzania y Uganda. <http://www.eala.org/>); Asamblea Interparlamentaria de Naciones Miembros de la Comunidad de Estados Independientes/ Interparliamentary Assembly of Member Nations of the Commonwealth of Independent States (CIS) (aglutina los parlamentos de la Federación Rusa, Azerbaiyán, Armenia, Bielorrusia, República de Moldavia, Kazajistán, Kirguistán, Tayikistán, Uzbekistán y Ucra-

nia. Como observador, la República Islámica de Afganistán. <https://iacis.ru/eng/>); Inter-Parliamentary Committee of the West African Economic and Monetary Union (WAEMU) (Benín, Burkina Faso, Costa de Marfil, Guinea Bissau, Mali, Níger, Senegal y Togo. <http://www.uemoa.int/>); Parlamento Latino Americano y Caribeño (PARLATINO) (Sus miembros son los parlamentos de los Estados de América central, el Caribe y América del Sur. <http://www.parlatino.org/>); Parliament of the Central African Economic and Monetary Community (CEMAC) (formado por Camerún, África Central, Congo, Gabón y Chad. <http://www.cemac.int/>); Parliament of the Economic Community of West African States (ECOWAS) (el Parlamento está compuesto por 115 escaños. Cada uno de los 15 Estados miembros tiene un mínimo garantizado de cinco escaños. Los escaños restantes se comparten sobre la base de la población. En consecuencia, Nigeria tiene 35 escaños; Ghana, ocho escaños; Costa de Marfil, siete escaños, mientras que Burkina Faso, Guinea, Malí, Níger y Senegal tienen seis escaños cada uno. Los otros, Benín, Cabo Verde, Gambia, Guinea Bissau, Liberia, Sierra Leona y Togo tienen cinco escaños cada uno. <http://parl.ecowas.int/>); Asamblea Parlamentaria de la Francofonía (APF) (Entre sus miembros destacan Francia, Canadá, Rumanía, Camboya, Madagascar o la República Democrática del Congo, pero también parlamentos subnacionales como el de Quebec, Ontario o Manitoba. Entre sus asociados nos encontramos, igualmente, parlamentos subnacionales como los de las provincias canadienses de la Columbia Británica, Saskatchewan o Alberta, o Estados como Polonia o Lituania. Entre los observadores, podemos referir a Méjico, pero también a los parlamentos de estados federados como Louisiana, New Hampshire y Maine. <http://apf.francophonie.org/>). Este último referente, el de la Asamblea Parlamentaria de la Francofonía, es especialmente interesante ante nuestros ojos, porque, como veremos seguidamente, será uno de los pilares que nos faculte a sustentar un federalismo legislativo embrionario en el caso canadiense, por la mencionada participación de los legislativos de algunas de sus provincias.

La Unión Europea ha convertido la cooperación interparlamentaria en un sello identitario, a través del cual también ha buscado su consolidación. Los principales objetivos de la cooperación parlamentaria de la Unión son: promover el intercambio de información y buenas prácticas entre los parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo, con miras a reforzar el control parlamentario, la influencia y la potestad parlamentaria de investigación; asegurar el ejercicio efectivo de las competencias parlamentarias, en particular en la monitorización de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y promover la cooperación con los parlamentos de terceros países. El marco normativo¹⁵ que avala dicha cooperación interparlamentaria remite al Tratado de Lisboa, (art. 12: “Los Parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen

15 Sobre los antecedentes, especialmente desde el Tratado de Maastrich y los Protocolos del Tratado de Ámsterdam, véanse García Vázquez, 2018: 4 y De la Fuente, 2004: 17 y ss.

funcionamiento de la Unión”; protocolos n.º 1, *El cometido de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea* y n.º 2, *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*), la legislación secundaria de la Unión y por los acuerdos entre el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales. Los instrumentos para su canalización, que hemos ido insertando en el discurso previo, se compendian en los siguientes: la Conferencia de Presidentes de Parlamentos de la Unión Europea (The EU Speakers’ Conference, EUSC)¹⁶; COSAC (Conferencia de Órganos Especializados en Asuntos Comunitarios)¹⁷; La Conferencia Interparlamentaria para la Política Exterior, de Seguridad Común y la Política Común de Seguridad y Defensa (IPC CFSP/CSDP)¹⁸; La Conferencia Interparlamentaria sobre la Estabilidad, la Coordinación Económica y la Gobernanza en la Unión Europea (IPC SECG)¹⁹; Grupo interparlamentario de investigación sobre Europol²⁰, sobre Eurojust²¹ o sobre la Agencia Europea de Fronteras y Guardacostas²². A todas estas conferencias se han de agregar otros recursos para la cooperación interparlamentaria de carácter puntual, organizados por el parlamento del Estado miembro que ocupa la presidencia rotativa del Consejo de la UE y el Parlamento Europeo. Estas pueden tener lugar en varios formatos, como reuniones parlamentarias conjuntas, reuniones de comités conjuntos o reuniones de la Comisión Interparlamentaria (ICM) organizadas por el Parlamento Europeo. El reto radica en evitar la superposición y la duplicación de dichas actividades con las reuniones interparlamentarias permanentes.

16 Es un foro para el intercambio de opiniones, información y experiencias entre los presidentes de los parlamentos nacionales y el presidente de la Unión Europea. Vid. supra nota 2.

17 Los miembros de los comités de los parlamentos nacionales que se encargan de los asuntos de la UE y los miembros del Parlamento Europeo se reúnen dos veces al año durante una conferencia de órganos especializados en asuntos comunitarios, más conocida habitualmente por el acrónimo francés COSAC, para intercambiar información y buenas prácticas, y para debatir cuestiones de interés común para Europa. Regulada por el artículo 10 del Protocolo sobre el rol de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea, tiene la función de canalizar la información recibida tanto al Parlamento Europeo, como al Consejo o la Comisión. *Rules of Procedure of the Conference of Parliamentary Committees for Union Affairs of Parliaments of the European Union* (2011/C 229/01) (<http://ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/files/download/082dbcc564afa0210164b2e954b4030b.do>).

18 Esta Conferencia establece un marco para el debate y el intercambio de información y buenas prácticas en el Área de Política Exterior y de Seguridad Común para garantizar que tanto los parlamentos nacionales como el Parlamento Europeo dispongan de la máxima información para acometer sus obligaciones en este ámbito. *Rules of Procedure of the Inter-Parliamentary Conference for the Common Foreign and Security Policy and the Common Security and Defence Policy* (<https://secure.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/files/download/082dbcc54b222e18014b5040e5453653.do>).

19 Esta Conferencia establece un marco para el debate y el intercambio de información y buenas prácticas para la aplicación del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria. *Rules of Procedure of the Interparliamentary Conference on Stability, Economic Coordination and Governance in the European Union*.

20 Este grupo monitoriza las actividades de la Europol buscando su transparencia y control. Se fundamenta en el artículo 88 del Tratado y en el artículo 51 de la Europol, y se explicita en las *Rules of Procedure of the Joint Parliamentary Scrutiny Group on Europol*.

21 Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y por la que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo PE/37/2018/REV/1.

22 Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.º 1052/2013 y (UE) 2016/1624.

Esta intensa actividad de cooperación interparlamentaria no podría desarrollarse sin unas infraestructuras de apoyo, como el Encuentro de los secretarios generales de los parlamentos europeos (art. 8 de la *Guía de Estocolmo para la Conferencia de Presidentes de los Parlamentos de la UE*, vid. supra nota 2) o las oficinas de los distintos parlamentos nacionales en Bruselas (Neuhold, 2016: 242), pero sobre todo a partir de bases de datos como IPEX (InterParliamentary EU information eXchange), una plataforma accesible al público para el intercambio de información entre los parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo, en el que se incluye un calendario de dichos encuentros interparlamentarios y de los trabajos desarrollados por el Centro Europeo de Investigación y Documentación Parlamentaria (ECPRD o CEIPD), compartida por el sustento del Parlamento Europeo y el Consejo de Europa (<https://ecprd.secure.europarl.europa.eu/>). Con todo ello vemos el mismo esquema explicitado para la cooperación interparlamentaria subestatal, pero a nivel europeo.

Una valoración de todas estas experiencias colaborativas es su carácter instrumental, centrada en la comunicación de problemáticas comunes. A nivel global podemos referenciarlas como un apoyo a la consolidación de la democracia parlamentaria, a partir de infraestructuras que trascienden a cada Estado. A nivel europeo, su reto es ahondar la participación y la conexión entre ciudadanos e instituciones, contribuyendo a paliar ese déficit democrático que se achaca de modo tan recurrente a las instituciones comunitarias. Sobre esa base, su principal aportación es técnica: habilitar herramientas para consolidar y facilitar los trabajos legislativos. En el ámbito del deber *ser/sollen*, su reto principal radica en plantear aquellas cuestiones que trascienden a los propios Estados y a sus territorios, buscando respuestas globales parlamentarias allí donde los acuerdos intergubernamentales no pueden o no quieren llegar. El actual contexto de pandemia global es el más idóneo para tal praxis.

III. UNA APROXIMACIÓN COMPARADA: EL FEDERALISMO LEGISLATIVO EN ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ

El término *federalismo legislativo* es el eslabón que nos facultará a hacer un tenue guiño al ámbito comparado, a la vez que a avanzar en lo que será la tesis principal de este trabajo: la contribución de la colaboración de los legislativos territoriales a crear y consolidar una estructura y unas relaciones federales en un Estado. Por federalismo legislativo entendemos un proceso colaborativo entre instituciones de los estados federados en el que las asambleas legislativas desarrollarían un papel activo, apostando por un posicionamiento respecto a cuestiones federales, por una minoración de la disciplina de partido y por un refuerzo del papel de los propios parlamentos, junto a una dimensión activa en la monitorización de las tareas legislativas de los propios

parlamentos estatales. Los supuestos a comentar son Estados Unidos y Canadá²³. No obstante, este referente a la casuística comparada no quiere soslayar una referencia al caso germano, que sirvió como inspiración para nuestra COPREPA, tal y como hemos señalado. En Alemania la idea de la cooperación interparlamentaria se puede categorizar como un instrumento del federalismo cooperativo y del carácter integrador con el que se asocia. Es una cooperación interparlamentaria de carácter orgánico, Conferencia de los presidentes de los parlamentos de los *länder*, que se apoya en una infraestructura cooperativa funcional, como es la asociación de directores de los parlamentos alemanes, fundada en 1925, lo equivalente a letrados mayores en nuestro contexto, y en la Comunidad de Trabajo Interparlamentario –Die Interparlamentarische Arbeitsgemeinschaft (IPA)– que data de 1953 y cuya singularidad es integrar a aquellos parlamentarios de los Landtag, del Bundestag y del Parlamento Europeo que quieran trabajar activamente en pro de la cooperación interparlamentaria. Como datos de interés de la Landtagspräsidentenkonferenz, LPK, destaca su carácter preconstitucional, ya que data de 1947, con lo que su función trascendió más allá de la cooperación interparlamentaria contribuyendo a forjar un Estado constitucional y federal, sobre una base democrático-parlamentaria, y su composición, en la que integra al presidente del Bundestag y al letrado mayor del Bundesrat. En sus conferencias ha ido abordando, desde un forma ágil y flexible, las principales cuestiones que atañen a los parlamentos federados, a la par que no ha desdeñado posicionarse sobre cuestiones constitucionales, siempre defendiendo su estatus subestatal²⁴.

23 El estudio de los casos estadounidense y canadiense se fundamenta en una concepción instrumental del federalismo, en este caso con el apelativo de federalismo legislativo, en la que se prioriza su capacidad de beneficiar a las personas, más allá de un reparto de poder entre instituciones. Estados Unidos es donde se ha definido la idea moderna de gobierno federal (Wheare), siendo indudablemente su principal contribución a la teoría política (Morley). Por lo tanto, es imprescindible recabar cómo sus “inventores” (Derthick, 1992: 10) han afrontado la implementación pionera del federalismo legislativo, referenciándolo como un “modelo” (Scheiber, 2000), que se puede seguir o no, pero del que podemos aprender. Por su parte, en Canadá hallamos un referente inexcusable en la conjunción entre federalismo y parlamentarismo donde la dimensión colaborativa entre instituciones se ha erigido como un signo identitario y singularizante de esa federación, hasta el punto de consolidar un Ministerio de Relaciones Intergubernamentales. Pese a ello, el reto radica en ver qué hay detrás de ese velo referencial de federalismo interestatal (Simmons, 2017: 573), cuando sus protagonistas son los legislativos y cuando su objetivo es alcanzar un federalismo intraestatal – la representación de las unidades subestatales dentro de las instituciones estatales–, la auténtica “cuadratura del círculo” (Smiley y Watts, 1985: 29).

24 Un estudio de la misma puede verse en Huth, Ronald, (1988) *Die Konferenz der Präsidenten der deutschen Landesparlamente; eine Studie über ihre Geschichte und Funktion unter besonderer Berücksichtigung ihres Beitrages zur Stärkung landesparlamentarischer Kompetenzen*, Frankfurt, WSV, Wirtschafts- u. Sozialpolitik Verl.-GmbH. En castellano, el trabajo de 1987 de Embid Irujo al que hemos hecho referencia. La temática viene a coincidir con la que se ha abordado en su homólogo español (aspectos de funcionamiento de las Cámaras, la relación con el Senado, las comisiones de investigación parlamentaria, el estatuto de los diputados, la relación federación-*länder* o, recientemente, la digitalización y las oportunidades y retos que plantea para los parlamentos estatales (Declaración de la Conferencia de los Presidentes de Landtag en el Castillo de Ettersburg, 11 junio de 2018. Si bien hay un dato que nos aproxima al federalismo legislativo que veremos en el caso estadounidense, que convierte a esta Conferencia de Presidentes en impulsores de una legislación común, a adoptar luego por cada Landtag, tanto en el caso de las comisiones de investigación parlamentarias, como en lo relativo al derecho de petición (Embid, 1987: 37).

1. ESTADOS UNIDOS

Las relaciones interestatales en los Estados Unidos han evolucionado de forma paralela al tránsito entre modelos federales. Así, desde un federalismo dual que marcaría la colaboración entre niveles territoriales en términos de mínimos, pasando por su evolución hacia un federalismo cooperativo, donde es difícil concebir la formalización de cualquier política sin la implicación de todos los niveles territoriales, hasta un federalismo coactivo, donde la federación pugna por monopolizar y controlar las actuaciones estatales.

En lo que se refiere a la implementación estadounidense del federalismo legislativo, la inexistencia de instituciones formales que canalicen las relaciones entre el Legislativo federal y los Legislativos estatales, o de estos entre sí, no obsta que podamos hablar de una conexión entre ellos. Las manifestaciones del mismo se circunscriben a los siguientes considerandos, orgánicamente y funcionalmente.

Orgánicamente, desde el punto de vista asociativo puede hablarse de una cooperación interlegislativa. La mayoría de los legislativos estatales participan en asociaciones profesionales como la Conferencia Nacional de Legislativos Estatales, NCSL²⁵. Su principal cometido es asesorar a los legislativos de los Estados a identificar las mejores políticas de sus homólogos y promover la celebración de acuerdos interestatales. Desde esta organización también se canalizan, en lo que sería una fase ascendente de dichas relaciones, las preocupaciones de los legislativos estatales hacia el Congreso federal, de modo que de la misma pudiera derivarse un apelativo de lobby frente al mismo. Esta presión es ejercida en ocasiones de modo particularizado por los legislativos de determinados Estados, como por ejemplo Nueva York o Illinois, que disponen de oficinas permanentes en Washington. Estamos ante una organización de tamaño “macro”, acorde al más puro tópico americano. En sus reuniones anuales se dan cita unos 4000 miembros, pudiendo resumir su actividad en torno a los siguientes referentes:

25 Se funda en 1975 sobre la base de tres organizaciones preexistentes que competían por liderar la defensa de los intereses de los legislativos estatales. Estas eran la *National Legislative Conference* (NLC), creada en 1948 a la sombra del *Council of State Governments*, por un grupo de directores de agencias de servicios legislativos, es decir profesional, siendo coherentemente sus objetivos, aspectos procesales legislativos, organización y servicios. En 1959, se forma la *National Conference of State Legislative Leaders*, impulsada por los grandes estados que, buscando eludir el diseño profesional y la afinidad al ejecutivo de la anterior, perseguía en realidad rivalizar con la *National Governors' Association*. A principio de los 60 surge la *National Society of State Legislators*, impulsada desde el sector privado y que reivindicaba un papel más activo de los legislativos estatales. En esa misma línea, presente en la actual asociación de conexión público-privada, se crea la *Citizens Conference on State Legislatures*, a principios de los 70, a medio camino entre lobby y sincera preocupación por impulsar el rol de los legislativos estatales. En el bienio 1973-74, el liderazgo de diferentes presidentes de legislativos estatales, especialmente el de Connecticut William Ratchford, y el apoyo académico de la Eagleton Institute of Politics, de la Universidad Rutgers, condujo a la disolución de las dichas asociaciones y la formación de la *National Society of State Legislators/Conferencia Nacional de Legislativos Estatales*. Véase Kurt, Karl, “Our History” (<https://www.ncsl.org/bookstore/state-legislatures-magazine/sl-mag-the-history-of-us.aspx>). Su web es muy rica en contenidos <https://www.ncsl.org>

- Consultoría, asesoramiento e información a los legislativos estatales. Se convierte en una especie de Consejo que lleva a responder unas 16.000 consultas anuales, tanto de carácter procesal como sustantivo, remitidas por los diferentes miembros (profesionales y representantes) de los legislativos estatales, e incluso a recabar la presencia de expertos para las diferentes comisiones de cada parlamento.
- Proveer una base de datos a los legislativos estatales. A través de la plataforma NCSLnet se facilita el acceso de los miembros de los legislativos estatales a LEGISNET y a los diferentes repositorios temáticos de la NCSL, así como a artículos e investigaciones desarrolladas por la Conferencia y por cada estado.
- Organizar encuentros y seminarios. Una gran conferencia anual, en los meses estivales, a la que se agregan diversos foros, seminarios y con múltiples recursos multimedia, destacando los “webinar”, podcasts, vídeos divulgativos y publicaciones. Mensualmente publica una revista, *State Legislatures*, y trimestralmente, *Conference Report*, a lo que se agregan diversas publicaciones temáticas de interés para los legislativos estatales.
- Finalmente, podríamos destacar una importante actuación formativa, programa TRAIN, que atiende a las demandas del personal de los parlamentos y a los propios parlamentarios. Es una asociación de composición híbrida, de profesionales y trabajadores de los legislativos y parlamentarios, con un gran activismo en asuntos federales y a través de una fundación que desarrolla una gran tarea de apoyo a los legislativos (Foundation for State Legislators).

El papel de los legislativos estatales en Estados Unidos ha sido objeto de un cada vez mayor protagonismo, sin poder obviar que, salvo Nebraska, todos los estados federados tienen un legislativo bicameral, cuya actividad ha sido reflatada de la mano del nuevo federalismo judicial, que ha descubierto el potencial estatal para defender los derechos de los ciudadanos, y de la búsqueda de un alter al poder de los gobernadores, pese a la naturaleza presidencial del sistema (Seijas, 2019a: 296).

Funcionalmente, la más llamativa implicación de ese federalismo legislativo deriva en la aprobación de leyes uniformes, con lo cual se busca fortalecer los estados, promoviendo su autonomía, a la vez que simplificar la vida de los ciudadanos que bien trabajan o viajan por los distintos estados. La existencia de “leyes uniformes” (Smith, 2015: 418) es consecuencia del acatamiento de las propuestas formuladas por la Uniform Law Commission, ULC, anteriormente designada Con-

ferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes (NCCUSL)²⁶, que está integrada por juristas designados por los gobernadores de los estados. Su slogan es *Better Laws, Stronger States*. En la práctica, estas leyes uniformes no lo son en puridad, dado que no todos los estados las aprueban, y cuando lo hacen, introducen modificaciones en el proceso legislativo. Existen significativas excepciones en que se aproxima a esa uniformidad legislativa, como por ejemplo en materia de comercio, mediante la adopción de un Código Comercial Uniforme, que se aplica a las ventas y transacciones comerciales. Pero ni tan siquiera este texto puede calificarse de uniforme, ya que por ejemplo Louisiana lo ha adaptado a la singularidad de su código civil, de tradición hispano-francesa.

En esa cooperación estatal-federal en el ámbito de los legislativos, fase ascendente, también se ha de integrar la potestad de los legislativos estatales, de dos tercios de ellos, para instar la creación por el Congreso de una Convención Constitucional, con el objetivo de proponer enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos. Por otro lado, cualquier propuesta de enmienda o de convocatoria de una Convención por parte del Congreso debe ser ratificada por tres cuartas partes de los legislativos estatales o por Convenciones estatales popularmente elegidas. La colaboración parlamentaria impulsa así uno de los rasgos más característicos de un modelo ideal de federalismo: la participación de los estados en la reforma constitucional.

En una proyección descendente –referida a la colaboración interparlamentaria para la aplicación de la legislación federal en los estados–, cabría sostener que formalmente el Congreso carece de instituciones dedicadas a monitorizar las relaciones intergubernamentales, o conseguir de modo directo que los estados acaten las prescripciones federales, si dejamos de lado la Oficina Presupuestaria del Congreso. No obstante, existen diferentes estrategias por las que el Congreso usa sus poderes constitucionales para canalizar la acción de los estados. Estos supuestos que hacen referencia

26 Esta organización data de 1892, fecha desde la que ha procedido a redactar más de 300 proyectos de leyes uniformes. Diferencia en sus actuaciones entre leyes uniformes, si han sido descritas así a nivel federal, o leyes modelo, cuando pretenden ser el referente de las distintas leyes a adoptar por los legislativos de los estados. El funcionamiento de esta comisión parte de una estructura integrada por el Comité Ejecutivo y el Comité de Alcance y Programa. Unos comités sectoriales de estudio revisan un área de derecho asignada a la luz de criterios definidos y recomiendan si ULC debe proceder a elaborar un borrador sobre ese tema. Unos comités de redacción redactan dichos borradores de leyes uniformes sobre solicitudes de asociaciones de abogados, entidades gubernamentales estatales, grupos de interés privado, comisionados de derecho de uniformes y ciudadanos privados. Cualquier parte que desee sugerir una idea para un acto uniforme o modelo puede comunicarse con la oficina central de la ULC en Chicago, que enviará la sugerencia al Comité de Alcance y Programa. El *iter* es el siguiente. Se propone una idea al Comité de Alcance y Progreso. Este lo remite al Comité Ejecutivo. Tras dos años de estudios, se traslada a su consideración por la Conferencia Anual, en la que se vota por los representantes de los estados. Si se aprueba, se derivan a los legislativos estatales donde estos la tramitarán, si lo estiman oportuno y tiene los apoyos para ello, hasta su conversión en una ley formal. Materialmente se centran en derecho comercial, derecho de familia, sucesiones y fideicomisos, bienes raíces o resolución prejudicial de conflictos. Entre las propuestas legislativas más ampliamente adoptadas se encuentran el Código Comercial Uniforme, la Ley Uniforme de Donaciones de Órganos, la Ley Uniforme de Secretos Comerciales, la Ley Uniforme de Jurisdicción y Cumplimiento de la Custodia de los Niños, la Ley Uniforme Interestatal de Apoyo Familiar, la Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas, la Ley Uniforme de Transferencias a Menores o la Ley Revisada Uniforme de Acceso Fiduciario a los Activos Digitales. <https://www.uniformlaws.org/home>

a la *preemption*²⁷, los mandatos y las órdenes directas²⁸, que son en realidad, instrumentos coactivos, más que cooperativos. En el marco del federalismo fiscal, el Congreso desempeña un rol de activador de las políticas estatales en un determinado sentido. Así, a partir del amplio poder de gasto federal, el Congreso puede instar a los estados a adoptar nuevas responsabilidades y desarrollar unas líneas políticas precisas. Esas subvenciones pueden ser generales, por ejemplo, en servicios sociales, o muy específicas y puntuales. El Congreso no puede, como sostuvo el Tribunal Supremo, forzar a los estados a aceptar esas subvenciones, pero si las desean tienen que cumplir con los requisitos marcados en las mismas (*South Dakota versus Dole*, 483, U.S. 203 (1987)). Aquí el espacio para la colaboración interparlamentaria es una apelación a una resistencia a preservar su autonomía, que pugna con una tendencia centralizadora cada vez mayor. Un bloqueo a estas medidas implica renunciar a fuentes de financiación y, por consiguiente, comprometer la calidad de las actuaciones sobre los ciudadanos. La eficacia más directa se desplazaría hacia un federalismo intraestatal donde los representantes de los estados en el Senado frenasen esas prácticas.

El Congreso, a veces, autoriza renunciar a políticas específicas federales a los efectos de fortalecer la experimentación política de los estados y la flexibilidad y cooperación intergubernamental. Curiosamente, se puede percibir un efecto bumerán en estas políticas, dado que si se readoptan como federales, de las mismas pueden derivarse diferentes mandatos a los estados, como aconteció con las reformas sanitarias de Obama (2010), inspiradas en las de Massachussets (2006).

La interpretación que el Tribunal Supremo parece hacer de todas estas prácticas lleva a su concepción como “un lento movimiento hacia la limitación de los poderes del Congreso” y el consiguiente apoyo a la autoridad discrecional de los gobiernos estatales²⁹, y también de sus legislativos. Es por ello que dichas relaciones entre los estados se hayan calificado no de federales, sino de confederales (Hanson, 2008: 31).

27 Esta actuación se describe como el desplazamiento por parte de las leyes federales de las leyes estatales en determinadas circunstancias. La traducción más certera sería la fusión de dos de sus principales significados. Por un lado, la prevalencia de la legislación federal frente a la legislación de las unidades constituyentes estatales. Por otro, la anticipación con que la legislación federal se promulga con respecto a la legislación de los estados. Su materialización se concreta bien en la obstaculización o impedimento por parte de las autoridades federales de prácticas o políticas estatales de corte innovador, o bien de un ejercicio de predominio y superioridad que condicionaría dichas actuaciones (Seijas, 2018: 159-161).

28 El término *mandato* cubre una amplia tipología de actuaciones políticas con el denominador común de generar efectos centralizadores y coercitivos sobre las políticas públicas y la actividad legislativa de los parlamentos estatales. Estos mandatos serían: legislación que incluye mandatos directos, condiciones para subvenciones, tanto específicas como transversales, legislación “preeminente” total o parcial, previsiones federales sobre ingresos fiscales que afectan a las bases imponibles estatales o locales, actuaciones legales desarrolladas por los tribunales y agencias federales; normativa sobre demoras y no ejecuciones; habilitación federal para interponer recursos a los gobiernos estatales y locales. Toda esta serie de medidas han concluido en promover una nacionalización y centralización en áreas que tradicionalmente eran un espacio de actuación exclusivamente estatal (Posner, 2008: 306).

29 *INFIB versus Sibelius* (2012). En relación con la cláusula de comercio, reclamando que la misma tiene unos límites para la Federación. Otro supuesto, de 2013, es *Shelby County versus Holder* (2013), donde el Tribunal señaló una extralimitación del Congreso al requerir a los estados una preautorización del Departamento de Justicia Federal, con carácter previo a reformar los procesos electorales.

2. CANADÁ

Aun cuando el federalismo ejecutivo aparece fuertemente arraigado en la cultura política federal canadiense, hay que hacerse eco de una tenue revisión del mismo, de la mano del que hemos denominado “federalismo legislativo”, merced al cual las asambleas legislativas desarrollarían un papel más activo en el ámbito de las relaciones interprovinciales, apostando por un refuerzo del papel de los comités legislativos, junto a grupos de expertos, en la revisión de los acuerdos (Bakvis, 2009: 256). La ratificación de esta posición la hallamos en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde donde se sostuvo que el parlamento, y el principio de soberanía parlamentaria en el que se sustenta, es el responsable del diseño de los acuerdos intergubernamentales, de modo que aunque el primer ministro adopte un compromiso con las provincias y en ellas se genere una “expectativa legítima” sobre su contenido, solo el parlamento y no el ejecutivo tiene la autoridad para respaldar su contenido (*Reference Re. Canada Assistance Plan (B.C.) 1991*, de 15 de agosto, FJ. 42).

Las peculiaridades de los legislativos canadienses (Seijas Villadangos, 2018: 143), donde la mayoría de los legislativos provinciales nacieron bicamerales a imagen del vecino americano para luego proceder a disolver su cámara alta o fusionarla con la cámara popular, se singularizan en que incorporan un legislativo que se compone del representante de la Reina en cada una de ellas, designado como subgobernador (*Lieutenant Governor*), y una Asamblea de electos. En Quebec, el legislativo provincial se denomina desde 1982 *Parlement du Quebec*, mientras que en tres provincias (Nueva Escocia, Isla del Príncipe Eduardo y Terranova) la denominación es Asamblea General. En las restantes provincias recibe la denominación genérica de Legislativo.

Las relaciones oficiales (cooperación orgánica) entre estos parlamentos son limitadas (Massicotte, 2015: 250), y serían prácticamente inexistentes, a no ser por su pertenencia común a las asociaciones internacionales en las que se integran, como la ya referida Asociación Parlamentaria de la Commonwealth/Commonwealth Parliamentary Association (CPA), la Asamblea Parlamentaria de la Francofonía/Assemblée Parlementaire de la Francophonie (APF) o la Confederación Parlamentaria de las Américas/Parliamentary Conference of the Americas (COPA)³⁰. En el marco de esas asociaciones, los funcionarios de alto nivel de los legislativos, como por ejemplo los portavoces o los miembros de las Mesas, se reúnen anualmente. V. gr. Association of Clerks-at-the-Table in Canada, the Association of Parliamentary Counsel in Canada, the Association

30 Se creó en 1997 bajo los auspicios de la Conferencia de Legislativos Estatales estadounidense, la Asamblea Nacional de Quebec y la UNALE, La Unión Nacional de Legisladores y Legislativos Estatales de Brasil. En su estructura se integra un grupo de Mujeres Parlamentarias de las Américas (<https://www.feminamericas.net/>). Esta asociación se pretendía reactivar con su reunión de marzo de 2020 en Puerto Rico, pero la pandemia de la COVID-19 ha frustrado esa iniciativa (<http://www.copa.qc.ca/eng/>).

of Legislative Counsel in Canada³¹ o Canadian Association of Parliamentary Administration (CAPA). Es decir, la cooperación interparlamentaria en Canadá, a pesar de ser menor que la intergubernamental, también existe. Entre los temas abordados en la misma, destaca, por ejemplo, el análisis de las resoluciones provinciales cuestionando las actitudes del gobierno federal o cuestiones puntuales, como el izado de la bandera canadiense en dichas asambleas. Este hecho no está impuesto por la legislación federal, pero *de facto* se realiza en todas las asambleas, con la salvedad de Quebec. En el otro lado, el *Legislative* que incorpora las banderas de todas las provincias es el de Alberta. En consecuencia, la lectura de esta cooperación deviene de su conversión en una arena para la batalla.

Ahondando en esas técnicas de cooperación, es preciso efectuar una precisión acerca del modelo westminsteriano de parlamento que ha inspirado el parlamentarismo canadiense. Desde la soberanía parlamentaria, se habilita un escaso reducto a dicha dejación de la misma en otras instituciones y en otros parlamentos. En 1951, el Tribunal Supremo estatuyó que sería inconstitucional que un legislativo delegara sus poderes legislativos en otra Cámara, incluso con carácter revocable, por vulnerar la separación de poderes (*Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31). Es decir, este es un límite infranqueable para la cooperación entre legislativos.

No obstante, esta restricción no cerraría la puerta de modo tajante a un acercamiento funcional entre legislativos, desarrollado a través de distintas estrategias, que se adscribirían a la infinita lista de adjetivos con que se acompaña al federalismo, en este caso federalismo colaborativo (Cameron & Simeon, 2002: 49)³²:

- a. La delegación administrativa faculta al legislativo federal o a los legislativos provinciales a delegar potestades administrativas, por ejemplo, en un Consejo regulador. Esta práctica ha sido usada para regular el comercio provincial e intraprovincial (P.E.I. *Potato Marketing Board v. Willis* [1952] 2 SCR 392).
- b. La incorporación de referencias o estándares. Consiste en la adopción por parte de un legislativo de los estándares legales o bases, en la terminología española, de otro orden de gobierno en un ámbito determinado. Estas técnicas facultan a las provincias a implementar un sistema de reconocimiento mutuo interprovincial, una especie de ventanilla única. Esta estrategia se puede ilus-

31 Su función es el asesoramiento independiente sobre problemas comunes en la vida parlamentaria provincial. Los temas han sido esencialmente procesales: como recomendaciones para los impulsores de *private bills* o leyes particulares; la tramitación legislativa entre la tercera lectura y la sanción real o las peculiaridades de la legislación económica. (Clegg, 1985: 16-17).

32 Este interesante trabajo ahonda en las sui géneris características de las relaciones intergubernamentales en Canadá, que podrían condensarse en una antinomia que deriva de su eficacia y de su fragilidad. Son útiles porque contribuyen a que problemas encallados en el rigorismo institucional se soluenten y son frágiles porque dependen de la voluntad de sus actores (diplomacia federal-provincial), al no haber un mandato constitucional que las regule. Entre sus desventajas, destacan los autores, el riesgo de marginar a los parlamentos de la fiscalización de sus contenidos, algo que quedaría resuelto si se abriera ese campo colaborativo a los propios legislativos (pp. 49 y 64).

trar con el “sistema de pasaporte” diseñado por las comisiones de seguridad de las distintas provincias, que permitía el acceso a los mercados de todas ellas con la certificación validada en una provincia. La alternativa a esa cooperación provincial podría venir de la habilitación federal para crear tal mecanismo regulador, posibilidad frustrada por la negativa de varias provincias, al considerar que con ello se invaden sus techos competenciales (*References Securities Act, 2011*). Es decir, se lograría lo mismo con la cooperación provincial, pero si es la federación quien lo postula, sería intromisión inconstitucional en las competencias provinciales. Aquí, los medios son tan importantes como el fin.

- c. Otra práctica apunta a la posibilidad de que la legislación de un orden de gobierno se elabore condicionalmente a partir de lo establecido por otro. Así, la legislación federal, suspendiendo la total prohibición de una actividad por motivos penales, declina si un legislativo provincial lo habilita expresamente, como ocurrió en los préstamos a corto plazo sobre los salarios, que incorporaban intereses usurarios. Lo que generaría una aplicación asimétrica del Derecho penal, a partir del artículo 347. 1 (2), del Código Penal canadiense de 1985. El cuestionamiento de esta práctica ha venido de diversas provincias, lideradas por Quebec, esgrimiendo que se trata de una invasión federal en su ámbito de competencias, afectando a la exclusividad de sus títulos. Cuando el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre este particular en 1997, manifestó que se trataba de la traducción concurrente del federalismo cooperativo, implementado a través de las relaciones intergubernamentales, opinión prevalente frente a una minoría que los consideraba como una erosión del reparto competencial trazado por la Constitución (*R. v. Hydro-Québec [1997] 3 SCR 213*).

Es en esta última manifestación donde se han fusionado la colaboración orgánica interparlamentaria y la proyección funcional, de la mano de la intervención de la *Uniform Law Conference of Canada*, creada en 1918, emulando el referente estadounidense que hemos analizado líneas atrás. Así, se ha buscado la coincidencia de las reuniones de la *Association of Parliamentary Counsel in Canada* y la *Association of Legislative Counsel in Canada*, foros de discusión profesional y asesoramiento, con la *Uniform Law Conference of Canada*, por ejemplo, desde 1984 (Clegg, 1985: 17), pese a la diferente naturaleza de dichas formaciones. Esta última está auspiciada por la *Canadian Bar Association*, y busca como objetivo primario “promover la uniformidad de la legislación entre provincias y territorios canadienses en materias en las que sea posible y ventajosa” (<https://www.ulcc.ca/en/about-us-en-gb-1/history-of-the-conference>). Las principales materias han sido el Derecho procesal penal y el mercantil. Es importante considerar que esta organización es independiente de los gobiernos y que tiene una misión esencialmente instrumental de facilitar las relaciones jurídicas en todo el territorio canadiense. A partir de ahí, pueden derivarse esos estándares incorporables en la legislación provincial en lo que les atañe

competencialmente, puesto que recordemos que, a diferencia de en los Estados Unidos, el artículo 91 de la Constitución canadiense asigna a la federación la regulación del Derecho penal y la regulación del matrimonio y divorcio.

Es en estos ejemplos donde un federalismo interestatal horizontal, que prioriza las relaciones interprovinciales, se enfrenta a un federalismo intraestatal vertical e integrador, en el que una ideal federación desplegaría su gestión en armonía con los intereses provinciales.

IV. LA COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA, UNA ETAPA EN LA SENDA FEDERAL: EL FEDERALISMO LEGISLATIVO

El federalismo aporta una fórmula idónea para la estructuración territorial del Estado español al conciliar la necesidad de continuar y profundizar el autogobierno de las regiones y nacionalidades, junto con una imprescindible unidad, sustentada sobre la solidaridad y la defensa de los intereses generales de la totalidad de la ciudadanía. Esa conversión federal, iniciada tímidamente en la transición y en la paradójica negación constitucional del federalismo (art. 145.1 CE), puede seguir dos senderos: uno formal, a través de una reforma constitucional, otro informal como mutación constitucional, mediante un desarrollo legal, en sentido federalizante. El cambio sustantivo radica en el éxito del fortalecimiento de una cultura federal, erigida sobre la inexcusabilidad de la lealtad y la convicción de la idoneidad de sus principios, abrazar el “deseo federal” (Wheare, 1946: 40). La opción que hemos propuesto para ahondar en nuestra federalidad se articula desde un “federalismo resiliente” (Seijas, 2017: 342), un formato que se adapta a nuestras necesidades de contribuir desde la estructura territorial al mantenimiento y mejora del Estado del bienestar –federalismo funcional– y que atienda a los hechos diferenciales existentes –federalismo asimétrico–, pero que se aleje de alojar discriminaciones bajo el velo de la diferencia (disimetrías). Su evolución tiene que canalizarse desde el respeto a la rigidez de sus postulados esenciales (unidad, pluralidad y solidaridad) y la flexibilidad de su adaptación a la especificidad de la situación española.

En ese *iter* es imprescindible la cooperación de las partes, ya sea la provista por el diseño constitucional, o bien la que se vaya consolidando mediante la eficacia de mecanismos de relación entre instituciones, que se traduzca en unos efectos para el conjunto de la sociedad. La función de integración que ha de proveer cualquier formato federal se alcanza por esta vía cooperativa, dependiendo de su cumplimiento la vitalidad de la federación. El Estado federal promueve la integración de las diferentes entidades territoriales, respetando la diversidad y observando la imprescindible unidad estatal. Las instituciones de un Estado federal y los parlamentos territoriales lo son, no pueden concebirse únicamente como sujetos pasivos, sino sobre todo como “factores del proceso de integración” (Smend, 1985: 179).

En ese contexto se ubica la presencia imprescindible de los parlamentos territoriales (federalismo legislativo), como agentes activos de la integración, no solo por su participación en los procesos legislativos multinivel (Seijas 2019b), sino a través de la cooperación interparlamentaria, tal y como hemos mostrado en nuestro análisis. Sobre la naturaleza jurídica de esa cooperación, hemos observado su evolución desde el ámbito político hacia la arena jurídica, en su consolidación como principio rector de las relaciones interparlamentarias. Es en ese halo donde puede desplegar todo su potencial, al beneficiarse de la flexibilidad del discurso político, y proyectar su eficacia en la necesidad de que los parlamentos respeten sus decisiones y doten de eficacia los resultados de dicha cooperación.

Los principales atributos de esa cooperación interparlamentaria se desgranarían del modo siguiente:

La cooperación interparlamentaria es garantía del pluralismo territorial y, por consiguiente, de las fórmulas organizativas a través de las que se canaliza su gestión, entre ellas el federalismo. La cooperación no es un freno a la descentralización, sino un ejercicio armónico y racional de la misma. A través de esas conexiones interparlamentarias se impulsa el protagonismo legislativo territorial, a la vez que mediante el intercambio de información y posicionamientos se busca que la gestión del todo sea eficaz y compatible con las necesidades de cada parte. Los parlamentos territoriales afrontan problemáticas comunes y, consecuentemente, no caben objeciones razonables a que las soluciones sean también comunicadas. Entender la descentralización como la búsqueda desesperada de la diferencia no se justifica en los paradigmas contemporáneos de sistemas democráticos que priorizan la atención a los ciudadanos. Es más, esa hipertrofia diferenciadora es la principal patología que aboca las federaciones a un fracaso irreversible. Conectar y cooperar no es centralizar, sino racionalizar esfuerzos y respuestas a dificultades particulares, a la par que rentabilizar las ventajas de un federalismo horizontal, frente a las reticencias y dificultades del articulado verticalmente.

La cooperación parlamentaria es un impulso al fortalecimiento de la institución parlamentaria. Las sinergias cooperativas son un antídoto a la desparlamentarización, puesto que sus decisiones se apoyan en la representación del pluralismo territorial que, en ocasiones, se orilla desde los ejecutivos. Esa primacía del principio parlamentario se concilia con la cooperación porque a través de ella no se quiebra ni se cuestiona la soberanía parlamentaria, que otros instrumentos –como el referéndum– parecen obstinados en enfrentar a la soberanía del cuerpo electoral. Que los parlamentos, los parlamentarios y sus profesionales se formen, informen y deliberen en comunidad no merma “el derecho de hacer y deshacer” (Dicey, 1959: 261) que reside en cada asamblea legislativa, sino que lo enriquece por esa comunicación, que contribuye a recuperar la centralidad de los parlamentos en un momento donde preocupa su marginalidad del sistema político.

La cooperación interparlamentaria contribuye a alcanzar el equilibrio entre unidad y diversidad que caracteriza al federalismo. La colaboración entre parlamentos no es un eslabón a la uniformidad normativa porque, como hemos visto, ni tan siquiera donde se ha buscado de modo expreso se ha materializado como consecuencia de la soberanía de cada parlamento, pero sí hacia una homologación y operatividad de las leyes que se elaboran, que, pese a tener una eficacia acotada espacialmente, trascienden materialmente dicho territorio.

Sobre esta cimentación teórica, los retos principales de la cooperación interparlamentaria en España son diversos y complejos, pudiéndose proyectar en diversos ámbitos de actuación: la iniciativa legislativa de los parlamentos autonómicos ante el Gobierno y el Congreso de los Diputados, especialmente impulsando iniciativas de reforma constitucional (art. 87.2 y 166); el reto de la eficacia en la innovación y de la apertura parlamentaria a los ciudadanos puede afianzarse si se afronta desde una reflexión conjunta, compartiendo experiencias y resultados de las mismas, que es donde se aprecia un mayor cuestionamiento de dicha tendencia; la presencia de los parlamentos ante la jurisdicción constitucional, desde el condicionamiento de su legitimación activa a la afectación a “su propio ámbito de autonomía” (art. 32.2 LOTC). Cabría imprimir una racionalización a esos procesos, pero también pasivamente, focalizando la atención en atender la erradicación de actos y decisiones que violen derechos y libertades en el seno de las asambleas (art. 42 LOTC); la acentuación de la cooperación interparlamentaria en tiempos de crisis, especialmente crisis sanitarias, donde se ha proyectado una minimización de la actuación de los parlamentos autonómicos y desde luego no se ha aplicado el potencial de su cooperación –prácticamente silencio desde COPREPA, parejo a la CALRE, a diferencia de la NCSL, que ha activado toda su infraestructura de recursos en ayuda de los legisladores estatales– compartiendo estrategias o transmitiendo mensajes coherentes con los de otras autonomías a sus respectivos ciudadanos, cuando se ha evidenciado que aquí no vale sectorializar, que el virus es transversal y se comunica sin reparar en fronteras; potenciar la provisión de herramientas y recursos que acentúen la formación de los parlamentarios y de los profesionales, pero especialmente de aquellos que han de tener un mínimo de conocimientos –constitucionales, estatutarios, procedimientos parlamentarios, fiscales, internacionales– más allá de su estudios de origen para desempeñar su función como representantes de los ciudadanos; las relaciones con el derecho de la Unión Europea, tanto en fase ascendente, como descendente, asumiendo los lógicos plazos perentorios, por ejemplo en control de subsidiariedad, y dando una respuesta común, no una fragmentada por cada parlamento, ante la Comisión Mixta para la Unión Europea, con una reforma de la Ley 38/2010, de 20 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para reforzar las funciones asignadas a dicha comisión mixta, donde se contemplase de modo expreso la eficacia de una posición de los órganos de cooperación interparlamentaria.

Todos estos retos podrían sintetizarse en el esfuerzo de la cooperación interparlamentaria en consolidar los logros alcanzados, a la vez que potenciar su protagonismo, más allá de flashes protocolarios, sin olvidar en el viaje de retorno a cada asamblea todo lo compartido, física o virtualmente, con otros parlamentos. Para ello habrá que seguir cambiando y adaptándonos a las nuevas realidades, sin olvidar que “el constitucionalismo es una ciencia de la paz, es una palabra de esperanza y debe estar lista para la reforma y ser responsable” (Häberle, 2018: 13). ♦

BIBLIOGRAFÍA

Aranda Álvarez, E. (2017). Parlamento Abierto. Una visión desde los principios de funcionamiento de las cámaras parlamentarias. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (111), 13-43.

Arce Janáriz, A. (2002). Las Regiones Legislativas de la Unión Europea. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (7), 3-18. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=633169&orden=0&info=link>

Arce Janáriz, A. (2005). La conferencia de asambleas legislativas de las regiones de Europa (CALRE) como ejemplo de colaboración interparlamentaria. En *Jornadas sobre los parlamentos y déficit democrático en Europa: El papel de los parlamentos regionales*, (pp. 1-35). Zaragoza: Fundación Giménez Abad. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5771868.pdf>

Astarloa Huarte-Mendicoa, I. (1998). Elementos para el desarrollo de la cooperación parlamentaria. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, (6), 113-144.

Bakvis, H. et al. (2009). *Contested federalism. Certainty and ambiguity in the Canadian federation*. Ontario: Oxford University Press.

Cabo, D. (2013). Civio y el open data. En I. Ramos Vielba et al. (Coords.). *Parlamentos Abiertos a la sociedad. Participación y monitorización*. Madrid: Fundación IDEAS – Friedrich Ebert Stiftung.

Cameron, D. y Simeon, R. (2002). Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism. *Publius: The Journal of Federalism*, 32 (2), 49-72. <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.pubjof.a004947>

Campos-Domínguez, E. (2014). Historia, concepto y evolución del Parlamento 2.0. En R. Rubio-Núñez (Coord.). *Parlamentos abiertos: tecnología y redes para la democracia*, (pp. 31-60). Madrid: Congreso de los Diputados.

Clegg, M. (1985). The Association of Parliamentary Counsel in Canada. *Canadian Parliamentary Review*, 8 (1), 16-17. Recuperado de <http://www.reuparl.ca/english/issue.asp?param=112&art=450>

De la Fuente Cabero, M. I. (2004). El papel de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea. *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (11), 97-124.

Derthick, M. (1992). The Structural Protections of American Federalism. En H. Scheiber (Ed.). *North American and Comparative Federalism: Essays for the 1990s* (pp. 2-23). Berkeley: University of California, Institute of Governmental Studies Press

Dicey, A. (1959). *Introduction of the law of the Constitution*. Londres: Macmillan, (primera edición 1885).

Embid Irujo, A. (1987). La conferencia de presidentes de parlamentos de los Länder: un ejemplo de federalismo cooperativo y de cooperación interparlamentaria. *Revista de las Cortes Generales*, (11), 27-46.

Elorriaga Fernández, G. (2001). La diplomacia parlamentaria. *Revista de Las Cortes Generales*, (54), 7-20. <https://doi.org/10.33426/rcg/2001/54/796>

Fernández Alles, J. J. (2010). La cooperación interparlamentaria e intergubernamental de las Comunidades Autónomas en asuntos europeos tras la STC 31/2010. *Revista de Derecho Político*, (79), 61-113.

García Chourio, J. G. (2018). La cooperación parlamentaria internacional en la era de la gobernanza global. *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, (130), 11-51.

García-Escudero Márquez, P. (2015). Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana. *Teoría y realidad constitucional*, (36), 171-216.

García Vázquez, S. (2018). La cooperación interparlamentaria y el despertar fallido de los parlamentos nacionales: Desequilibrio institucional e impacto de la integración europea sobre las instituciones de los estados miembros. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (29). Recuperado de https://www.ugr.es/~redce/REDCE29/articulos/03_GARCIA.htm

Giraldo-Luque, S. et al. (2017). ¿Cómo usan los parlamentos las redes sociales? Un estudio comparado y longitudinal aplicado a países de América y Europa (2010, 2015 y 2017). *Revista Latina de Comunicación Social*, (72), 1278-1299. <http://dx.doi.org/10.4185/RLCS-2017-1219>

Greciet García, E. (2018). Cuarenta años de Parlamentos autonómicos. En B. Pendás García, (Dir.). *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, vol. 4, tomo 4, (pp. 3561-3574). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Häberle, P. (1996). *Retos actuales del Estado Constitucional*. Oñati: IVAP.

Häberle, P. (2018). El constitucionalismo como proyecto científico. *ReDCE*, (29), 1-14.

Hanson, R. (2008). Intergovernmental Relations. En V. Gray y R. Hanson (Eds.). *Politics in the American States. A comparative analysis*, cap. II. Washington: CQ Press.

Mergel, I. (2013). A framework for interpreting social media interactions in the public sector. *Government Information Quarterly*, 30 (4), 327-334. <https://doi.org/10.1016/j.giq.2013.05.015>

Montilla Martos, J. A. (2011). Las relaciones de colaboración en el nuevo marco estatutario: bilateralidad y participación. *Revista de Estudios Políticos*, (151), 153-199.

Neuhold, C. y Högenauer, A. L. (2016). An information network of officials? Dissecting the role and nature of the network of parliamentary representatives in the European Parliament. *The Journal of Legislative Studies*, 22 (2), 237-256. <https://doi.org/10.1080/13572334.2016.1163884>

Ordóñez Solís, D. (2000). Las Cortes Generales y los parlamentos autonómicos en la Unión Europea. *Revista de las Cortes Generales*, (49), 209-256.

Posner, P. (2008). Mandates. The Politics of Coercive Federalism. En T. Conlan y P. Posner. *Intergovernmental Management for the 21st Century*, pp. 286-307. Washington: Brooking Institution Press.

Rodríguez-Andrés, R. y Álvarez-Sabalegui, D. (2018). Presencia y actividad de los parlamentos autonómicos en las redes sociales: pocos avances en el fomento de la participación ciudadana. *El profesional de la Información*, 27 (5), 994-1003.

Rubio-Núñez, R. y Vela-Navarro-Rubio, R. (2018). El parlamento abierto en España. *Revista General de Derecho Constitucional*, (27), 1-57.

Ruiz Robledo, A. (2008). La actividad exterior de las Comunidades Autónomas en el segundo estado autonómico. *Revista de Derecho Político*, (71-72), 481-513.

Scheiber, H. N. (2000). American Federalism as a Model. En K. A. Modeer (Ed). *The New Federalism: Structures and Infrastructures*. Stockholm: FRN.

Seijas Villadangos, M. E. (2017). Federalismo resiliente: vanguardia y retaguardia de una nueva organización territorial del Estado español. En G. Ruiz-Rico Ruiz (et al.), *Regeneración democrática y reforma constitucional* (pp. 305-344). Valencia: Tirant lo Blanch.

Seijas Villadangos, M. E. (2018). En *Estrategias participativas para la resolución extrajudicial de conflictos territoriales en los Estados compuestos: Estudios comparado (Canadá, Estados Unidos y España)*. Madrid: INAP.

Seijas Villadangos, M. E. (2019a). Las constituciones de los estados federados; en particular las de los estados norteamericanos. *Teoría y Realidad Constitucional*, (44), 271-308.

Seijas Villadangos, M. E. (2019b). La reforma de la Constitución y la participación de los parlamentos autonómicos en las leyes de ámbito estatal. En A. L. Sanz Pérez y J. M. Corona Ferrero, (coords.). *Parlamentos autonómicos y reforma constitucional* (pp. 253-288). Santander: Parlamento de Cantabria.

Simmons, J. (2017). Canadian multilateral inter-governmental institutions and the limits of institutional innovation. *Regional & Federal Studies*, 27 (5), 573-596. <https://doi.org/10.1080/13597566.2017.1389725>

Smend, R. (1985). *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (traducción de *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928).

Smiley, D. y Watts, R. (1985). Intrastate federalism in Canada. En *Research Report, Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada*, vol. 39 (pp. xix -170). Toronto: University of Toronto Press for Supply and Services Canada.

Smith, T. (2015). Intergovernmental relations in the United States in an age of partisanship and executive assertiveness. En J. Poirier (et al.). *Intergovernmental Relations in Federal Systems. Comparative Structures and Dynamics* (pp. 411-439). Ontario: Oxford University Press/Forum of Federations/IAFCFS.

Tajadura Tejada, J. (2002). El principio de cooperación en el Estado autonómico: concepto, presupuestos y fines. *Anuario jurídico de La Rioja*, (8), 73-104.

Wheare, K. (1946). *Federal Government*. London: Oxford University Press.

Williamson, A. (2013). *Directrices para el uso de los medios sociales de comunicación por los parlamentos*. Ginebra: Unión Interparlamentaria UIP.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 19 DE DICIEMBRE DE 2019 (CASO ORIOL JUNQUERAS)

COMMENTARY TO THE DECISION OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION OF 19 DECEMBER 2019 (ORIOL JUNQUERAS CASE)

Antoni Bayona i Rocamora

Parlamento de Cataluña

Cómo citar / Nola aipatu: Bayona i Rocamora, A. (2020). Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2019 (caso Oriol Junqueras). *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, (1): 130-141. <https://doi.org/10.47984/legal.2020.005>



RESUMEN

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2020 (caso Oriol Junqueras) tiene especial relevancia porque determina cuándo y cómo se adquiere la condición de miembro del Parlamento Europeo y se goza, asimismo, de la inmunidad parlamentaria europea. Hasta la sentencia no existía una posición clara al respecto, y el tribunal europeo la resuelve primando el ejercicio del derecho de sufragio por encima de otras condiciones eventualmente establecidas por el derecho de los Estados miembros. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo en la causa penal del *procés* y establece una doctrina interpretativa del derecho

europeo en el sentido de que la condición de diputado y la inmunidad asociada al cargo se producen desde el mismo momento de la proclamación oficial de los resultados electorales. Sin embargo, la sentencia no ha podido tener aplicación efectiva debido a la decisión del Tribunal Supremo de no suspender la causa principal y dictar sentencia antes de conocer la opinión del tribunal europeo, lo que pone en evidencia un mal uso del procedimiento prejudicial.

PALABRAS CLAVE

Eurodiputado, inmunidad, elecciones, prejudicialidad.

ABSTRACT

The ruling of the Court of Justice of the European Union of December 19, 2020 (Oriol Junqueras case) is of special relevance because it determines when and how the status of member of the European Parliament and also the European parliamentary immunity are acquired. Until the ruling, there was no clear position on the matter, and the European court resolves it by prioritizing the exercise of the right to vote over other conditions eventually established by the law of the Member States. The judgment of the Court of Justice of the European Union answers the preliminary question submitted by the Supreme Court in the criminal case of the *procés* and establishes an interpretative doctrine of European law in the sense that the status of deputy and the immunity associated with the position occur from the moment of the official announcement of the electoral results. However, the judgment has not been able to be effectively applied due to the Supreme Court's decision not to suspend the main cause and to pass judgment before hearing the opinion of the European court, which highlights a misuse of the preliminary ruling procedure.

KEYWORDS

MEP, immunity, elections, prejudiciality.

LABURPENA

Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren 2020ko abenduaren 19ko epaiak (Oriol Junqueras kasua) garrantzi berezia du, Europako Parlamentuko kide noiz eta nola izango den eta, era berean, Europako parlamentu-immunitatea noiz eta nola edukiko den zehazten duelako. Epaia eman arte, ez zegoen jarrera argirik horri buruz, eta Europako auzitegiak ebatzi zuen, botoa emateko eskubidea lehenetsiz estatu kideen zuzenbideak ezarritako beste baldintza batzuen gainetik. Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren epaiak Auzitegi Gorenak *procés*-aren auzi penalean aurkeztutako judizio aurreko arazoari erantzuten dio, eta Europako zuzenbidearen interpretazio-doktrina bat ezartzen du, hau da, diputatu-izaera eta karguari lotutako immunitatea hauteskunde-emaitzak ofizialki aldarrikatzen diren une beretik gertatzen direla. Hala ere, epaia ezin izan da benetan aplikatu, Auzitegi Gorenak auzi nagusia ez eteteko eta Europako auzitegiaren iritzia jakin aurretik epaia emateko hartutako erabakiaren ondorioz. Horrek agerian uzten du epai-keta aurreko prozedura gaizki erabili dela.

GAKO-HITZAK

Eurodiputatua, immunitatea, hauteskundeak, aurrejudizialtasuna.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES.
- II. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO.
- III. EL MARCO NORMATIVO.
- IV. LA RESPUESTA DEL TJUE.
- V. LA INEFICACIA PRÁCTICA DE LA SENTENCIA DEL TJUE.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2019 (cuestión prejudicial C-502/19, caso *Junqueras*) tiene importancia política y jurídica porque clarifica aspectos esenciales de la inmunidad de los miembros del Parlamento Europeo, especialmente en lo que concierne al momento en que la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria se origina y puede ser esgrimida por su titular frente al inicio o la continuación de una acción penal contra su persona.

Aunque la sentencia no entra explícitamente a valorar aspectos propios de la relación entre el ordenamiento europeo y el nacional, no hay duda alguna de que la doctrina que establece incide de lleno sobre esta siempre delicada cuestión. Así ocurre porque la opción interpretativa que adopta el tribunal devalúa claramente los efectos del derecho nacional en beneficio de la eficacia plena del derecho europeo.

La sentencia también tiene una importancia que va más allá del derecho sustantivo y se proyecta sobre la esfera procesal. Es así porque la cuestión prejudicial es un procedimiento indisolublemente unido a otro proceso judicial principal del cual deriva. La finalidad de la cuestión prejudicial es la necesidad de obtener una interpretación del derecho europeo cuando esta interpretación es necesaria para resolver el proceso principal o un aspecto relevante del mismo. Con la cuestión prejudicial se asegura que esta interpretación sea establecida por la justicia europea con carácter general y sirva como canon de aplicación del juez nacional. Es la lógica que se encuentra bajo los artículos 19.2.b) del Tratado de la Unión Europea (TUE) y 267.b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La misma lógica que también lleva a la necesidad de suspender el procedimiento judicial nacional mientras el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se pronuncie.

Como es público y notorio, el Tribunal Supremo (TS) (Sala segunda, causa especial del *procés* núm. 20907/2017) planteó una cuestión prejudicial relacionada con la inmunidad parlamentaria de Oriol Junqueras mediante Auto de 1 de julio de 2019, como consecuencia de haber sido elegido eurodiputado en las elecciones celebradas el 26 de mayo del mismo año. Tras ver rechazado por el tribunal el permiso para comparecer ante la Junta Electoral Central (JEC) con el fin de prestar la promesa o el juramento de acatar la Constitución que exige el artículo 224.2 de la Ley Electoral General, el eurodiputado interpuso recurso de súplica ante el TS, siendo entonces cuando se planteó la cuestión prejudicial para obtener una interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) respecto a en qué momento se adquiere la condición de miembro del Parlamento Europeo y cuándo empieza a producir efectos la inmunidad asociada a este cargo.

Es, pues, con base en estos antecedentes como debe ser valorada la sentencia del TJUE y también la coherencia que respecto de ella puede establecerse sobre la actuación del TS una vez planteada la cuestión prejudicial. Una actuación que ya

podemos adelantar calificándola de sorprendente y anómala puesto que ha llevado, en la práctica, a que la interpretación del TJUE sobre el momento en que la inmunidad europea produce efectos sea irrelevante y ha impedido, además, que el propio procedimiento prejudicial instado por el TS haya podido cumplir la finalidad para la que está concebido.

II. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

Después de iniciada la fase de juicio oral en la causa penal del *procés*, Oriol Junqueras se presentó como candidato a las elecciones al Parlamento Europeo que se celebraron el día 26 de mayo de 2019. En el momento de presentarse como candidato, Oriol Junqueras se encontraba en situación de prisión provisional decretada por el TS desde el día 2 de noviembre de 2017. Sin embargo, esta situación no impidió la presentación de la candidatura por no ser causa de inelegibilidad ni incompatibilidad de acuerdo con la normativa electoral aplicable a las elecciones al Parlamento Europeo. El candidato resultó electo, y así se hizo constar en el acto de proclamación oficial de los resultados electorales al Parlamento Europeo (Acuerdo de la Junta Electoral Central (JEC) de 13 de junio de 2019, publicado en el BOE núm. 142, de 14 de junio de 2019).

El artículo 224 de la Ley Orgánica Electoral General (LOREG) establece que la JEC procede al recuento de votos emitidos en las elecciones al Parlamento Europeo, atribuye los escaños correspondientes a cada una de las candidaturas y proclama a los candidatos electos. Pero también establece que los candidatos proclamados electos deberán jurar o prometer acatamiento a la constitución ante la JEC en el plazo de cinco días desde su proclamación. Si este requisito no se cumple, la consecuencia prevista por la ley es la declaración de vacante del escaño correspondiente y la suspensión de todas las prerrogativas que pudieran corresponder al electo por razón del cargo, hasta que no se produzca el acatamiento a la Constitución. Como puede deducirse fácilmente de esta regulación, la LOREG no atribuye al acto de proclamación oficial de electos el valor determinante para la plena adquisición de la condición de miembro del Parlamento Europeo, puesto que para perfeccionar esta condición se exige el cumplimiento del requisito de acatar la Constitución.

Una vez proclamado electo, Oriol Junqueras solicitó al Tribunal Supremo un permiso extraordinario de salida del centro penitenciario para poder comparecer, bajo vigilancia policial, ante la JEC con el fin de cumplir con el requisito de acatamiento de la Constitución. Sin embargo, el permiso fue denegado y el diputado electo no pudo dar cumplimiento, contra su voluntad, al requisito establecido por la ley. Esta circunstancia determinó que la JEC excluyera al diputado electo de la comunicación oficial al Parlamento Europeo, declarando vacante el escaño correspondiente al interesado con suspensión de sus prerrogativas.

La decisión del TS de denegar el permiso obliga a hacer dos consideraciones importantes. En primer lugar, resaltar la incoherencia que se produce entre la posibilidad legal de que una persona en situación de prisión provisional pueda presentarse como candidato a las elecciones al Parlamento Europeo y condicionar, al mismo tiempo, el resultado electoral a un requisito que obedece a una lógica interna o nacional y se antoja claramente desproporcionado cuando se trata del ejercicio de un derecho de sufragio activo y pasivo definido hoy en día como un derecho de ciudadanía europea. En segundo lugar, la enorme dificultad de comprender la motivación jurídica de la denegación de un permiso de salida que no podía poner en peligro la medida cautelar de prisión provisional; recordemos que el mismo candidato pudo asistir justo un mes antes y con permiso judicial a la sesión constitutiva del Congreso de los Diputados, después de haber sido elegido diputado en las elecciones celebradas el 28 de abril de 2019.

Resulta obvio que la denegación del permiso de salida para poder realizar el acto de acatamiento constitucional tuvo el efecto objetivo y práctico de impedir que el candidato electo pudiera perfeccionar su condición de eurodiputado y fue la causa determinante para que la JEC declarara la vacante del escaño y la suspensión de cualquier prerrogativa asociada al cargo de acuerdo con el artículo 224 de la LOREG. Esta es la consecuencia que se desprende del derecho español, aunque es imposible ocultar que se trata de una consecuencia ajena a la voluntad del interesado y deriva de una decisión judicial cuya motivación es muy difícil de justificar e incluso puede llegar a ser considerada como arbitraria.

Oriol Junqueras interpuso recurso de súplica contra la decisión del TS por la que se le denegó el permiso de salida para acudir ante la JEC, y es en el marco de este recurso cuando el TS decide plantear la cuestión prejudicial al TJUE, tal y como le pide el recurrente (Auto de 1 de julio de 2019). La lectura del auto pone en evidencia, sin embargo, una línea argumental que mezcla inapropiadamente consideraciones de orden penal asociadas al proceso penal (especialmente, la necesidad de asegurar la finalidad del proceso y el mantenimiento de la medida cautelar de prisión) con el debate propiamente dicho de las consecuencias asociadas al resultado del proceso electoral europeo (momento de la adquisición efectiva de la condición de miembro del Parlamento Europeo y reconocimiento de las prerrogativas asociadas al mismo). Como dice la misma sentencia del TJUE (apartado 35), se constata que el TS entiende que en este caso debería primar la medida de aseguramiento cautelar de Oriol Junqueras sobre las consecuencias inherentes al derecho de participación política en los trabajos del Parlamento Europeo, ya que en otro caso correría peligro la finalidad de la causa penal si se le autorizara a abandonar el territorio español (una consecuencia derivada de su condición de diputado y de la prerrogativa de la inmunidad europea).

Pero a pesar de ello, el TS no elude el debate acerca de la necesidad de plantear la cuestión prejudicial ante las dudas que pudieran existir, desde la perspectiva del derecho europeo, sobre el momento en que se debe considerar que se adquiere la condición de miembro del Parlamento Europeo y empiezan a surtir efectos los privilegios e in-

munidades asociadas al cargo. En este contexto, el TS centra sus dudas interpretativas en dilucidar si la inmunidad parlamentaria se aplica sólo a los candidatos que han sido incluidos en la relación que la autoridad electoral competente de cada Estado ha trasladado al Parlamento Europeo, una vez cumplidos los trámites exigidos por el derecho interno, y han tomado posesión de su escaño; y si las inmunidades parlamentarias son aplicables o no en el período temporal que precede a la primera sesión que el Parlamento Europeo celebra después de las elecciones.

Sin embargo, como adelantábamos antes, en la formulación de la cuestión prejudicial se encuentra demasiado presente el factor de “protección” de los intereses penales que contamina inevitablemente la propia iniciativa de plantear la cuestión prejudicial hasta el punto de poder llevar a la irrelevancia la decisión final del TJUE, al no asumirse plenamente las consecuencias que deberían derivar de la interposición de la cuestión prejudicial. Porque, inexplicablemente, esta interposición no lleva al TS a la decisión lógica y correcta de suspender el juicio oral y esperar a conocer el criterio del TJUE sobre las dudas interpretativas planteadas, como tampoco se resiste a plantear como cuestión prejudicial algo tan inapropiado como que el TJUE se pronuncie acerca de si es posible efectuar una ponderación (y determine quién deba hacerla y cómo) entre la protección que lleva aparejada la inmunidad parlamentaria y los derechos e intereses que se encuentran en juego en la causa penal.

Esta forma de proceder pone de relieve una lectura equívoca del procedimiento prejudicial europeo. Una lectura que parece buscar más una interpretación del derecho *ad casum* y que desconoce que el sentido último del procedimiento prejudicial no es otro que el de obtener un criterio interpretativo del derecho europeo para ser luego aplicado al proceso principal, sin más. Una lectura que también parece ignorar que el planteamiento de una cuestión prejudicial no pretende obtener una opinión teórica o consultiva del TJUE, sino un criterio decisorio y vinculante. Un efecto que es imposible respetar si el tribunal no suspende el proceso principal y espera a conocer el criterio del TJUE para actuar en consecuencia, máxime cuando la continuación del proceso puede llevar a que la decisión de la justicia europea devenga inoperante en la práctica. Como veremos más adelante, esto es precisamente lo que ha ocurrido en este caso al haber circunscrito el TS de manera inexplicable y artificiosa los efectos suspensivos de la prejudicialidad al recurso de súplica y no extenderlos a la causa penal en sí misma, a pesar de su inevitable incidencia sobre la misma.

III. EL MARCO NORMATIVO

Las elecciones al Parlamento Europeo y los privilegios e inmunidades de sus miembros carecen de una regulación unificada. Hasta el momento son ámbitos que no han pasado a ser competencia exclusiva europea, aunque existen cada vez más voces que plantean la conveniencia de que sea así. Pero el panorama normativo actual ofrece

una situación mixta en la que conviven normas europeas y el derecho de los Estados. Como es lógico, esta situación favorece la existencia de problemas de integración e interpretación normativas, de los que no queda excluido el supuesto contemplado en la sentencia que comentamos.

En lo que concierne al derecho de la Unión, la normativa principal sobre las elecciones al Parlamento Europeo se encuentra en el artículo 14 del TUE y especialmente en el Acta relativa a la elección de los representantes en el Parlamento Europeo de 20 de septiembre de 1976, modificada en diversas ocasiones. Del artículo 14 del TUE es importante destacar la novedad que supuso cuando fue aprobado configurar el Parlamento Europeo como una institución que representa a los ciudadanos de la Unión mediante el ejercicio del derecho de sufragio, superando el anterior esquema que contemplaba a los eurodiputados como representantes de los Estados miembros. La consideración de los eurodiputados como representantes del conjunto de los ciudadanos de la Unión y no de los Estados permite establecer al TJUE la importante conclusión de que, conforme al principio de democracia representativa que se desprende del artículo 14 del TUE, es necesario que la composición del Parlamento Europeo refleje de forma fiel y completa la libre expresión de las preferencias manifestadas por los ciudadanos europeos por sufragio universal directo.

La naturaleza representativa basada sobre la ciudadanía europea queda perfectamente reafirmada en el artículo 39 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) cuando reconoce como derecho fundamental de todos los ciudadanos de la Unión el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. La conexión del proceso electoral europeo con un derecho fundamental, también europeo, está muy presente en la sentencia del TJUE y en su decantación, como veremos después con más detalle, a primar los efectos del ejercicio del derecho de sufragio (activo y pasivo) sobre eventuales requisitos establecidos por el derecho interno de los Estados que pudieran condicionar o anular aquellos efectos.

El Acta de 1976 sobre elección de los representantes al Parlamento Europeo debe interpretarse, como es lógico, a la luz de lo que se acaba de decir. El acta regula con carácter común y general diversos aspectos relacionados con el procedimiento electoral, pero al mismo tiempo hace una importante remisión a favor del derecho de los Estados en aspectos importantes. Concretamente, su artículo 8 establece que el procedimiento electoral se regirá, en cada Estado, por las disposiciones nacionales. Esta remisión permite que la LOREG regule el procedimiento electoral al Parlamento Europeo. Sin embargo, de esta remisión pueden originarse dudas interpretativas acerca de su alcance y, en especial, sobre cuándo termina el procedimiento electoral propiamente dicho. Esta cuestión es relevante en el caso que nos ocupa, pues no olvidemos que Oriol Junqueras no pudo perfeccionar su condición de eurodiputado, según las autoridades españolas, al no poder cumplir con el requisito de acatamiento de la Constitución al que se refiere el artículo 224 de la LOREG.

¿La exigencia de este requisito posterior al acto de proclamación oficial de los resultados electorales forma parte del procedimiento electoral? El artículo 12 del acta de 1976 nos da una primera respuesta cuando dice que el Parlamento Europeo valida las credenciales de los eurodiputados tomando como referencia los resultados oficialmente proclamados por los Estados miembros. Esta norma permite interpretar que esta proclamación es la parte final o conclusiva del procedimiento electoral y hasta ella, y no más allá, alcanza la remisión al derecho interno. Curiosamente, la sentencia del TJUE no entra directamente sobre este espinoso problema, pero sí adopta un criterio claro y rotundo al respecto al no conceder al cumplimiento del requisito de acatamiento constitucional valor alguno para enervar los resultados electorales oficialmente proclamados. Este es un hecho determinante que desautoriza la posición adoptada por las autoridades españolas (TS y JEC) de negar a Oriol Junqueras su condición de miembro del Parlamento Europeo por no haber podido prestar promesa o juramento de acatar la Constitución.

De manera similar a la regulación electoral, la inmunidad de los miembros del Parlamento Europeo tampoco se rige íntegramente por el derecho europeo. El artículo 9 del Protocolo núm. 7 sobre los privilegios e inmunidades de la Unión Europea establece que mientras el Parlamento Europeo está en periodo de sesiones, sus miembros gozarán en su propio territorio nacional de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país y en el territorio de cualquier otro Estado miembro de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial.

La aplicación del protocolo ha planteado dudas sobre el periodo temporal que cubre la inmunidad cuando se refiere al periodo de sesiones. Existe una antigua jurisprudencia del TJUE (sentencias de 12 de mayo de 1964 y de 10 de julio de 1986) que interpreta dicha expresión en el sentido de que abarca todo el período en que el Parlamento celebra sesiones, incluyendo los espacios temporales entre sesiones. Sin embargo, esta jurisprudencia no da respuesta a qué ocurre respecto de la inmunidad en el período que abarca desde la proclamación de los resultados electorales hasta la primera sesión constitutiva del Parlamento Europeo. Esta importante cuestión no ha sido resuelta precisamente hasta la sentencia que aquí analizamos.

Otro problema que plantea la aplicación del protocolo europeo es cómo debe entenderse la remisión que hace al derecho nacional cuando se trata de determinar el alcance de la inmunidad de un eurodiputado cuando se encuentra en su país (el caso de Oriol Junqueras). La sentencia del TJUE no entra a fondo sobre esta cuestión, pero da a entender claramente que cuando el derecho nacional reconoce la inmunidad en el ámbito penal y condiciona su levantamiento a la tramitación de un suplicatorio ante la institución parlamentaria, esto se traduce también en el ámbito europeo en una garantía similar frente a cualquier acción penal que afecte a un eurodiputado. Conviene recordar a este respecto que el mismo Parlamento Europeo ha establecido una doctrina sobre las inmunidades parlamentarias con ocasión de la tramitación de los suplica-

torios que se le han presentado. Esta doctrina entiende que la inmunidad se proyecta sobre hechos anteriores o posteriores a la elección del diputado y que es efectiva mientras dure su mandato si se trata de incoar tanto acciones judiciales como medidas de instrucción o de ejecución de sentencias, incluyendo los procedimientos de apelación y de casación (Informes de la Comisión de Reglamento y de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo de 8 de octubre de 1990, 22 de abril de 1999, 10 de octubre de 2005, 2 de abril de 2009 y 2 de abril de 2019, entre otros). Según esta doctrina, el Parlamento Europeo entiende que la inmunidad cubre cualquier acción penal que se inicie contra uno de sus miembros o que ya esté en curso cuando es elegido, con excepción, como es lógico, de las situaciones judiciales que ya han quedado consolidadas en virtud de una sentencia firme.

De la doctrina del Parlamento Europeo que se expresa en la praxis seguida en la tramitación de los suplicatorios es importante destacar también que no concibe la inmunidad como una cláusula de irresponsabilidad, sino como una garantía de protección de la propia institución frente a actuaciones externas que pudieran menoscabar su composición y su funcionamiento. El Parlamento Europeo acoge así el concepto finalista de la inmunidad, que la concibe como garantía limitada frente a acciones penales atendiendo a las características que presenten los hechos imputados y a si existen o no indicios que permitan sospechar que tras el proceso penal se esconde la intención de perjudicar la actividad política del diputado.

Esta concepción de la inmunidad en el ámbito europeo deja en un segundo plano de interés la doctrina establecida por el Tribunal Supremo sobre los límites procesales de la inmunidad reconocida por el artículo 71.2 de la Constitución (Auto de 14 de mayo de 2019 recaído en la misma causa del *procés*). Esta doctrina establece que la inmunidad parlamentaria deja de producir efectos cuando en el momento de la elección una causa penal se encuentra ya en fase de juicio oral. Esta doctrina permitió al TS evitar la tramitación del suplicatorio cuando Oriol Junqueras fue elegido diputado al Congreso de los Diputados en las elecciones de 28 de abril de 2019. El TS podía haberse acogido a esta doctrina como argumento para justificar que no era necesario plantear una cuestión prejudicial teniendo en cuenta que el protocolo europeo remite al derecho interno en materia de inmunidades. Sin embargo, hay que deducir que el TS tenía sus dudas al respecto, ya que solo así se explica su decisión de plantear la cuestión prejudicial y el contenido de las preguntas que formula al TJUE. Por su parte, el TJUE es también conocedor de esta doctrina cuando se refiere a la misma en el apartado 21 de la sentencia, pero sin que este hecho llegue a condicionarle en su decisión. Puede deducirse, por tanto, que el estado procesal de la causa que sirvió en su día al TS como argumento para no reconocer la inmunidad de Oriol Junqueras como diputado nacional no ha tenido ninguna relevancia práctica cuando se ha tratado de su condición de eurodiputado.

IV. LA RESPUESTA DEL TJUE

La sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2019 resulta muy esclarecedora sobre cuándo se adquiere la condición de miembro del Parlamento Europeo y se goza, en este concepto, de la inmunidad que establece el artículo 9 del Protocolo sobre privilegios e inmunidades de la Unión.

La sentencia resuelve las dudas existentes sobre la situación que se produce en el interin que va desde el acto de proclamación oficial de los candidatos electos por las autoridades nacionales a la constitución del Parlamento Europeo y también sobre el valor que debe darse, en su caso, al cumplimiento de condiciones o requisitos que se proyectan más allá del proceso electoral y de su mismo resultado. Al mismo tiempo, el TJUE aprovecha la sentencia para dejar claro cuáles son los efectos de la inmunidad europea y cómo deben actuar ante la misma las autoridades nacionales.

El TJUE parte de la base de que el funcionamiento de la Unión Europea y, en especial, del Parlamento Europeo, se fundamenta en el principio de la democracia representativa (arts. 2 y 10 del TUE) y que, aplicando este principio, el artículo 14.3 del TUE prevé que los miembros del Parlamento Europeo son elegidos por sufragio universal directo, libre y secreto, siendo este acto de elección el principal atributo y fundamento de la condición de eurodiputado. Esta premisa lleva al TJUE a afirmar de manera clara e inequívoca que una persona que ha sido oficialmente proclamada electa al Parlamento Europeo adquiere por este hecho y desde ese momento la condición de miembro de dicha institución, a los efectos del artículo 9 del Protocolo sobre privilegios e inmunidades de la Unión y goza, en este concepto, de la inmunidad prevista por ese precepto (apartado 81 de la sentencia).

Como puede deducirse fácilmente, para el TJUE el hecho determinante de la adquisición de la condición de miembro del Parlamento Europeo es el acto de proclamación oficial de los resultados electorales. El principio de democracia representativa impone este efecto y obliga, por consiguiente, a que la composición del Parlamento Europeo refleje de forma fiel y completa la libre expresión de las preferencias manifestadas por los ciudadanos de la Unión y a que el Parlamento quede asimismo protegido en el ejercicio de sus funciones asegurando que cada uno de sus miembros, tras la proclamación oficial de los resultados electorales, tenga la posibilidad de dirigirse sin impedimentos a las sesiones parlamentarias y ejercer así su cargo (apartados 83, 84 y 85 de la sentencia). Por esta razón, el TJUE entiende que la inmunidad debe desplegar sus efectos desde el mismo momento de la proclamación oficial de los resultados electorales al ser el instrumento que garantiza en primera instancia al Parlamento Europeo una protección completa y efectiva de su composición, funcionamiento e independencia, y asegura al mismo tiempo la eficacia del derecho de sufragio pasivo que reconoce el artículo 39. 2 de la CDFUE (apartados 82 y 86 de la sentencia).

Como decíamos antes, los artículos 14. 3 del TUE y 39.2 de la CDFUE constituyen los referentes básicos que inspiran la decisión del TJUE y le llevan a ser extraordinariamente explícito sobre cuáles son las consecuencias que se deducen de ellos. El princi-

pio democrático y su fundamento último en el derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos europeos lleva al TJUE a conceder al acto de proclamación oficial de los resultados electorales un valor absoluto que no puede verse anulado por la eventual existencia de otros condicionantes establecidos por los Estados miembros, como es el requisito de acatamiento constitucional establecido por el artículo 224.2 de la LOREG. Sin entrar a valorar directamente este precepto, la sentencia del TJUE lo condena a la inoperancia al quitarle cualquier relevancia y efecto respecto de la adquisición de la condición de miembro del Parlamento Europeo y la atribución de la prerrogativa de la inmunidad en los términos que acabamos de ver.

La principal consecuencia que de todo ello extrae el TJUE es contundente y se expresa con meridiana claridad en el apartado 87 de la sentencia y en el apartado primero de su parte declarativa. Esta consecuencia es que goza de inmunidad una persona que, como Oriol Junqueras, fue oficialmente proclamada electa al Parlamento Europeo cuando se encontraba en situación de prisión provisional en un proceso penal por delitos graves, aunque no haya sido autorizada a cumplir ciertos requisitos previstos en el derecho interno tras la proclamación ni a desplazarse al Parlamento Europeo para participar en su primera sesión.

Por otra parte, la sentencia del TJUE también es muy clara sobre las consecuencias que implica la inmunidad reconocida en estos términos. El TJUE responde al TS que la inmunidad directamente asociada a la proclamación oficial de los resultados electorales significa que, si el tribunal nacional estima que debe mantenerse la medida de prisión provisional, debe solicitar a la mayor brevedad al Parlamento Europeo que suspenda la inmunidad y cursar el correspondiente suplicatorio, puesto que la inmunidad implica el levantamiento de la medida de prisión impuesta a la persona que la tiene reconocida al objeto de poder ejercer sus funciones parlamentarias (apartados 91 y 92 de la sentencia y apartado segundo de su parte declarativa).

V. LA INEFICACIA PRÁCTICA DE LA SENTENCIA DEL TJUE

Como es público y notorio, existe una diferencia radical entre lo que se desprende de la sentencia del TJUE y lo que realmente ha sucedido. Puede afirmarse, sin exagerar, que la doctrina establecida por el TJUE no ha sido útil ni ha servido en la práctica al objetivo que debe procurar cualquier cuestión prejudicial. Esto se debe a una mala praxis del TS, que ha ignorado cuál es esta función y cómo ésta debería haber incidido sobre el proceso principal. Como hemos dicho antes, el TS decidió no suspender la causa del *procés* acotando el problema a un incidente procesal (el recurso de súplica contra la denegación del permiso para acudir ante la JEC). Sin embargo, es obvio que la cuestión prejudicial, por la índole de las preguntas formuladas al TJUE, incidía de lleno sobre el procedimiento principal, puesto que la respuesta del TJUE podía afectarlo cuando aún se estaba desarrollando.

El propio TJUE es consciente de esta anomalía cuando en el apartado 58 de la sentencia asume que la interpretación del derecho europeo que solicita el TS guarda relación directa con el objeto del litigio principal y que el problema suscitado en dicho litigio no es hipotético, sino real. Y también lo fue el abogado general en sus conclusiones (presentadas el 12 de noviembre de 2019) cuando alertó del problema que significa la no suspensión de la causa principal tras la presentación de la cuestión prejudicial ante el TJUE y haberse dictado sentencia antes de obtener la respuesta (sentencia del TS de 14 de octubre de 2019). Habida cuenta de que la sentencia del TS conlleva la anulación del mandato representativo de Oriol Junqueras (inhabilitación firme), el abogado general se pregunta en sus conclusiones si tiene sentido alguno continuar la cuestión prejudicial cuando el interesado ha sido juzgado y condenado sin que el Parlamento Europeo haya tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la suspensión de su inmunidad o sobre el eventual mantenimiento de la misma (apartados 100-102 del escrito de conclusiones).

De todo ello se desprende no solo un mal uso de la cuestión prejudicial por parte del TS, sino algo más grave aún, como es haber ignorado los efectos de la inmunidad parlamentaria en el momento que esta ya actuaba según el TJUE; esto es, desde el día 13 de junio de 2019, fecha en que la JEC procedió a la proclamación oficial de los resultados electorales e incluyó en ella a Oriol Junqueras. La continuación del juicio del *procés* y la posterior sentencia del TS son, una vez conocida la doctrina del TJUE, actos irreconciliables con la inmunidad parlamentaria europea y sus efectos de garantía a nivel institucional y personal. A otro nivel, el comportamiento del TS también lo deja en evidencia al haber asumido el riesgo de que la cuestión prejudicial impulsada por él mismo pudiera perder la utilidad que siempre debe tener un procedimiento de estas características.

El TJUE ha sido plenamente consciente de este problema y hay que agradecerle que, pese a ello, no renunciase a responder y devolver la pelota al TS al afirmar que la cuestión prejudicial no había perdido necesariamente vigencia tras la sentencia del TS de 14 de octubre de 2019 y considerar que es al tribunal remitente a quien incumbe precisar los efectos relacionados con la inmunidad de Oriol Junqueras “con observancia del derecho de la Unión y en particular del principio de cooperación leal” (apartado 58 de la sentencia). La invitación quedaba hecha, pero es obvio que el margen de maniobra era muy exiguo y complejo una vez dictada la sentencia del *procés*. Parece que el propio TS no se ha querido dar por aludido, y su respuesta se expresa en el Auto de 9 de enero de 2020. Una resolución que no hace ningún esfuerzo, ante los hechos consumados, para corregir los propios errores del tribunal y aplicar los efectos que derivan de la doctrina establecida por el TJUE.

El lector podrá sacar las conclusiones oportunas de todo lo expuesto. En cualquier caso, quien suscribe este comentario prefiere limitarse a poner de relieve el contraste de lo fundamentado de la interpretación del derecho europeo que realiza el TJUE frente a la extravagante y anómala gestión del procedimiento prejudicial por parte del TS, que ignora las consecuencias de esa interpretación. Una interpretación en la que, además, están en juego valores y derechos europeos fundamentales. ♦

LOS DIPUTADOS NO ADSCRITOS EN EL LABERINTO: COMENTARIO A LA S.T.C. 159/2019, DE 12 DE DICIEMBRE

NON-ATTACHED DEPUTIES IN THE LABYRINTH. COMMENTARY TO S.T.C.
159/2019, OF DECEMBER 12

Esteban Greciet García

Asamblea de Madrid

Cómo citar / Nola aipatu: Greciet García, E. (2020). Los diputados no adscritos en el laberinto: comentario a la STC 159/2019, de 12 de diciembre. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, (1): 142-163.
<https://doi.org/10.47984/legal.2020.006>



RESUMEN

El presente artículo glosa la primera sentencia del Tribunal Constitucional español que resuelve un recurso de amparo de un Diputado no adscrito por los derechos y facultades que se le habían atribuido, en cuanto tal, en un Parlamento autonómico, y pone en relación su situación jurídica con las soluciones que los Reglamentos de las Cámaras y la legislación tratan de dar a la desafección ideológica y al fenómeno del transfuguismo, como anomalía de la relación de representación política.

PALABRAS CLAVE

Diputado no adscrito, transfuguismo, Parlamento autonómico, representación política, participación política, derechos fundamentales, limitaciones de ejercicio.

ABSTRACT

This paper comments the first judgment of the Spanish Constitutional Court that resolves an appeal for protection brought by a Deputy not attached by the rights and powers that had been attributed to him, as such, in an autonomous Parliament, and relates his legal situation with the solutions that the House Rules and legislation try to give to ideological disaffection and the phenomenon of transfuguism, as an anomaly in the relationship of political representation.

KEYWORDS

Deputy not attached, transfuguism, autonomous Parliament, political representation, political participation, fundamental rights, exercise limitations.

LABURPENA

Artikulu honetan Parlamentu autonomiko bateko atxiki gabeko Diputatu baten babes-errekurtsoa ebazten duen Espainiako Konstituzio Auzitegiaren lehen epaia komentatzen da. Epaia horretan, diputatu horri esleitu zitzaizkion eskubide eta ahalmenenei buruz tratatzen da. Bestalde, ebazpen horrek bere egoera juridikoa lotzen du Ganberen erregelamenduek eta legeriak desafekzio ideologikoari eta transfuguismoaren fenomenoari eman nahi dizkieten irtenbideekin, ordezkaritza politikoaren harremanaren anomalia gisa.

GAKO-HITZAK

Atxiki gabeko Diputatu, transfuguismoa, Parlamentu autonomikoa, ordezkaritza politikoa, parte-hartze politikoa, oinarrizko eskubideak, jarduteko mugak.

SUMARIO

- I. CRÓNICA DE LA SENTENCIA: UN VIAJE POCO EXITOSO.
- II. CONCLUSIONES.
BIBLIOGRAFÍA.

I. CRÓNICA DE LA SENTENCIA: UN VIAJE POCO EXITOSO

La Sentencia que analizamos aquí acota por primera vez de manera clara cuál es el alcance potencial del *status* de los Diputados no adscritos en el sistema parlamentario español, después de toda una línea jurisprudencial dedicada a los Concejales de dicha condición –ante lo inédito de la misma en las Cortes Generales, ninguna de cuyas Cámaras la reconoce en su Reglamento– y de otra en la que, partiendo de un fenómeno similar y como recuerda Guillem Carrau (2009: 109)¹:

Es conocido que el TC se ha manifestado sobre la admisibilidad de tratamientos distintos en el Reglamento parlamentario en relación con los diputados del Grupo Mixto. Como señala la doctrina, la pérdida de representatividad puede justificar, en efecto, la imposición de limitaciones sobre el estatuto de los diputados que incurran en ella pero no pueden afectar a los contenidos de la representación que individualmente tiene asignada dicho diputado.

1 Este autor (2009: 109-112) pasa revista a diversas resoluciones del Alto Tribunal relativas a la posición en la que habían quedado los Diputados del Grupo Mixto en algunos Parlamentos autonómicos, tales como las Ss.T.C. 214/1990, de 20 de diciembre; 44/1995, de 13 de febrero; y 141/2007, de 18 de junio; a las que habríamos de añadir la S.T.C. 20/2008, de 31 de enero.

En efecto: los parlamentarios no adscritos², de regulación ya no tan novedosa³ en las Asambleas Legislativas de las CC.AA.⁴, asoman en este importante pronunciamiento a través de un periplo de su protagonista que bien podemos calificar de escasamente atendido en sus ambiciones: la pretensión del Diputado recurrente⁵ de la Asamblea de Extremadura⁶ de ver ampliado su estatuto ante una serie de resoluciones de la Mesa de esa Cámara que reputaba excesivamente restrictivas de su *ius in officium* –y aun de otros de sus derechos fundamentales– apenas ha encontrado eco en el Alto Tribunal.

En particular, la Mesa de la Asamblea le atribuía el derecho a formar parte de la Comisión por él elegida, le reconocía legitimación para presentar las iniciativas de titularidad estrictamente individual y le concedía un turno en los debates de “especial relevancia”. Este va a ser uno de los principales puntos de controversia, dado que el órgano rector se verá obligado a aclarar el significado de esa expresión, que se erige en concepto jurídico indeterminado que adquiere concreción en la aplicación de la norma: se considerarán tales el debate de presupuestos, el de orientación política general del Gobierno, los monográficos y aquellos en que se sustancie la relación fiduciaria de la Cámara con el mismo, como la cuestión de confianza y la moción de censura; y se

2 “... lo cierto es que, a diferencia de la del concejal no adscrito, esta figura no ha sido objeto de un especial interés por parte de la doctrina más atenta al derecho parlamentario español, una circunstancia que no deja de ser sorprendente si tomamos en consideración el hecho de que la misma, en buena medida, sintetiza las tensiones inherentes a nuestro modelo de parlamentarismo” (Vázquez Alonso, 2017: 312).

3 Como originalidad, Guillem Carrau (2009: 126-127 y 133-139) constata que en la VII Legislatura de Les Corts Valencianes, “Tras declarar el pase a la situación de no adscritos de dos diputadas y un diputado, la Mesa (...), oída la Junta de Síndics, adoptó un acuerdo regulando su esfera de actuaciones parlamentarias en desarrollo de lo dispuesto en el RCV que, a continuación, se procede a describir y creando la figura de la agrupación de diputados no adscritos”, novedosa, no prevista en ese Reglamento y acordada por la Mesa “para el caso específico de coaliciones electorales, cuando todos los diputados y diputadas pertenecientes a una misma formación política dejasen de pertenecer, por cualquier causa, a su grupo parlamentario. El acuerdo citado concreta que, para proceder a reconocer la formación de la citada agrupación, deberá existir previa certificación de su pertenencia a la citada formación política”, con los derechos y facultades que se les garantizaron expresamente y en cuyo detalle se detiene este autor:

En el supuesto de referencia, “... la Mesa de Les Corts, oída la Junta de Síndics, (...) tuvo por acreditada su pertenencia a una misma formación política y acordó tener conocimiento de la constitución de la Agrupación de Diputados no Adscritos (...). Este «status» de diputado no adscrito se ve «mejorado» con la posibilidad de integrarse en una Agrupación de diputados no adscritos con efectos múltiples (...) o de colaborar con diputados de otros grupos parlamentarios para presentar iniciativas concretas de carácter legislativo o de impulso de la acción de gobierno (...) aunque se ve perjudicado, por ejemplo, respecto a los diputados integrados en grupos parlamentarios en el hecho de que, aunque se integre en la Agrupación de diputados no adscritos, no puede formular preguntas al Presidente del Consell en la sesión de control plenaria, faceta que sí que contempla en otros Parlamentos autonómicos”. La solución no dio lugar a más conflictos que los dimanantes de la reorganización y adaptación del trabajo parlamentario, e incluso “podría ser interpretada como una opción de garantía de esta faceta del contenido esencial del *ius in officium* [el derecho a formar parte de un Grupo Parlamentario en conexión con el ejercicio del mandato representativo en términos equitativos] siempre y cuando no quede vacía de contenido o se considere que se ha insertado en un escalón jerárquico del sistema que no le corresponde”.

4 “Hasta la fecha, contemplan esta figura, en términos muy similares a como lo hace el Reglamento del Parlamento andaluz, los reglamentos de los parlamentos de Cataluña, las Islas Baleares, Castilla y León, La Rioja, Extremadura, Navarra, Comunidad Valenciana, Madrid, Castilla-La Mancha, Cantabria y Canarias” (Vázquez Alonso, 2017: 311), a los que hemos de sumar el Reglamento de las Cortes de Aragón de 2017. Puede consultarse un cuadro recopilatorio de estas regulaciones, a modo de sinopsis y necesitado de actualización, en Gilbaja Cabrero (2015: 166).

5 D. Juan Antonio Morales Álvarez causó baja en el Grupo Parlamentario Popular, por abandono voluntario, mediante escrito presentado a la Mesa de la Cámara el 6 de julio de 2018, fecha a partir de la cual se sucedieron los acuerdos de ese órgano rector por él impugnados. El Diputado pasó a liderar en esa Comunidad Autónoma la formación política Vox, que en las elecciones autonómicas celebradas el 26 de mayo de 2019 no obtuvo ningún escaño en la Asamblea extremeña, al no superar la barrera del 5 % en ninguna de las dos provincias que conforman aquélla (Fuente: <https://www.hoy.es/elecciones/autonomicas-municipales/25000-personas-creido-20190527025659-ntuo.html>, enlace consultado el 7 de mayo de 2020).

6 La regulación de este Parlamento parte de unos antecedentes que comenta pormenorizadamente Navarro Méndez (2000: 7-55).

descartará su participación en otros debates como son los de totalidad, los relativos a los Decretos-leyes y los de las propuestas de impulso y de pronunciamiento del Pleno.

Centraremos nuestro trabajo en este ámbito de las facultades *políticas* que abarca el derecho del Diputado al ejercicio de su cargo público (art. 23.2 de la C.E. de 1978), que entronca con el de participación de los ciudadanos *ex art.* 23.1.

El elemento resuelto con más facilidad es, antes de ello, el conexo con la faceta económica y material de ese derecho fundamental, que el Tribunal sigue reputando extramuros de lo que denomina, refiriéndose a su “contenido esencial”, el *núcleo* de la función representativa. Para confirmar ese juicio, el F.J. 5º de la Sentencia desgrana la ya conocida doctrina sobre tales derechos, en la que cabe registrar pocas innovaciones: simplemente que la garantía de su ejercicio, por la relación entre los dos apdos. del art. 23, “adquiere especial relevancia cuando se trata, como sucede aquí, de representantes parlamentarios”, de aparente mayor importancia que la de los miembros de las Corporaciones Locales⁷.

Reconoce la Sentencia la “configuración legal” –en este caso, reglamentaria, para la integración del *status* del Diputado– con que se desenvuelve el derecho del art. 23.2 y, a resultas de ello, el carácter reaccional del mismo en la defensa frente a las perturbaciones ilegítimas que pueda padecer. Como es común en todos los derechos fundamentales, aquí los órganos parlamentarios vienen obligados a interpretar restrictivamente las normas que “puedan suponer una limitación al ejercicio de aquellos derechos o atribuciones que integran el estatuto constitucionalmente relevante del representante público” y a motivar las decisiones en que las apliquen, así como a tener en cuenta la doble vertiente que, por su faz institucional (art. 10.1), delimita el *ius in officium*⁸.

El derecho vincula en la aplicación de la norma, aunque también en su creación, y en ambos supuestos se impondrá, bien que de manera dispar, el respeto a principios capitales: si la motivación de esos actos “resulta esencial para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad de la diferencia de trato”, queda claro que en la elaboración de los Reglamentos ha primado la convicción de que la regulación de los Diputados no adscritos

7 Esto quizá se debe a que el principio de representación cobra su faz más sobresaliente cuando al pluralismo político del art. 1.1 se añade la soberanía popular (art. 1.2) encarnada en los poderes públicos dotados de “verdadera” autonomía, lo que ocurre aun cuando el T.C. es consciente de que tanto su definición de aquel principio como la jurisprudencia en torno a la no adscripción emana justamente de lo acaecido no en los Parlamentos, sino en los Ayuntamientos, llamando, además, a la “necesidad de salvaguardar la naturaleza” de los cargos representativos. En este sentido y como se ha subrayado, “el Tribunal sí ha dejado claro que hay un ámbito de indemnidad del estatuto del parlamentario en todo caso amparado por el artículo 23 de la Constitución. Un ámbito de indemnidad que (...) hay que interpretar que es más amplio cuando se trata de representantes en las cámaras legislativas. Adquirir la condición de diputado no adscrito no puede significar, en este sentido, una desnaturalización de la propia función parlamentaria” (Vázquez Alonso, 2017: 314).

8 Sin perjuicio de lo cual la vía del art. 42 de la L.O.T.C. brinda una tutela eminentemente subjetiva, no un cauce revisor de la legalidad objetiva de los acuerdos que puedan incidir en esa esfera iusfundamental.

persigue un propósito lícito: penalizar las conductas de transfuguismo⁹ o aun la mera desafección con el Grupo Parlamentario de origen¹⁰, sin que se busque la compaginación de esta idea con la libertad ideológica¹¹ que consagra el art. 16.1 de la C.E.¹². Así y de manera general, como indica Seijas Villadangos (2000: 164 y 182-183):

La reflexión inicial de la que partimos es la constatación del desfase, ausencia de acomodación, entre la realidad política y la realidad jurídica, entre normalidad y normatividad, generada por la práctica del transfuguismo político. A consecuencia de ello, cabría describir inicialmente esta *sui generis* situación que produce el transfuguismo como «mutación» de los resultados del sistema electoral, en el sentido de que a raíz de las prácticas transfugistas asistimos a una modificación no formal de dichos resultados, afectando en consecuencia al grado de legitimidad [nosotros diríamos de confianza] con el que los partidos políticos se instituyen como protagonistas del devenir político (...).

Nosotros participamos de que el Derecho sí puede y, consecuentemente, debe dar una respuesta al transfuguismo, siempre y cuando el legislador así lo estime, por la sencilla razón de que la Constitución le habilita a ello. Sin embargo y tal como acertadamente afirma Triepel, «en un análisis jurídico lo político puede ser únicamente instrumento, nunca finalidad». De esta forma no podemos proceder gratuitamente a enarbolar banderas políticas sobre un asta jurídica, sino que previamente hemos de integrar, al más puro estilo smendiano, ese sustrato político en los presupuestos generales jurídicos que provee el ordenamiento.

9 Han resumido las posiciones de diversos autores sobre las conductas de transfuguismo y sus eventuales causas Gilbaja Cabrero (2015: 168) e, igualmente, Calatayud Chover (2000: 239): “Junto al legítimo cambio de orientación ideológica de un representante hay que oponer la no menos infrecuente evolución o cambio, a veces sorprendente, de la orientación ideológica de los partidos políticos o de sus dirigentes. Sin duda, todos recordamos increíbles saltos y evoluciones rapidísimas en tesis y programas de algunas formaciones que podrían llegar a justificar racionalmente algunos casos de transfuguismo. El ejercicio del poder, frente a planteamientos distintos mantenidos desde la oposición, la necesidad de captar a determinados sectores del electorado o la propia coyuntura nacional e internacional han provocado algunos cambios significativos”. Entre aquellas causas, Seijas Villadangos (2000: 167-168) enuncia las políticas, las jurídicas y las personales.

10 Dice el voto particular de esta Sentencia que “Lo que no tendría mucho sentido es convertir al voluntariamente no adscrito en un exótico minigrupo individual”. En efecto, parece razonable que la restricción que sufra en sus derechos supere la que puede darse merced a las disposiciones reglamentarias que afectan a la participación de los Diputados del Grupo Mixto, que era el destino “natural” de los tráfugas y asimilados antes de que se regulara *ex novo* el estatuto de los no adscritos, primero en el ámbito local y luego en el parlamentario; y ello en un contexto en que, por otra parte, se intenta reconocer progresivamente el papel de los Diputados con independencia de los Grupos y, además, de mayor fragmentación de la representación política. Aun así, “esta figura se compatibiliza con el mantenimiento del Grupo Mixto para partidos que no han obtenido representación suficiente para constituir grupo propio. Esta compatibilización del Grupo Mixto con el Diputado no adscrito es considerada más coherente y adecuada por la doctrina con la finalidad de lograr un tratamiento distinto de los diversos diputados del grupo mixto según su procedencia” (Guillem Carrau, 2009: 123-124).

11 En referencia a los *disidentes* en los Ayuntamientos, “podría haber motivaciones por parte de alguno/s de esos concejales que no fueran merecedoras de reproche, sino todo lo contrario, si es que entendemos –como resulta, por otro lado, lógico– que la decisión de un concejal de abandonar su grupo político no siempre puede ser considerada una «traición» (término usado en el acuerdo antitráfuguismo), sino consecuencia lógica, por ejemplo, de un distanciamiento del grupo político del programa con el que el partido correspondiente se presentó a las elecciones” (Arroyo Gil, 2019: 351). Con una visión similar, “El buen tráfuga es aquél que se aparta de la disciplina de partido para no traicionar a sus representados. Es claro que, en este supuesto, la conciencia normal se rebela contra las sanciones que otras veces se propugnan, porque el díscolo aparece como alguien que ha tomado una decisión respetable, y los condenados son los jefes del partido, que no se atienen a sus compromisos, a ese ‘contrato’ firmado con los electores el día en que estos los auparon a determinadas posiciones de poder” (Torres Muro, 2016: 11).

12 Derecho del que es titular el Concejal y todo representante público, “así como del derecho de asociación (art. 22.1 C.E.), del que también forma parte, en su vertiente negativa, el derecho a no asociarse o a abandonar una asociación a la que se pertenece, incluyendo aquí, lógicamente, a los partidos políticos”, así como a los Grupos municipales y aun a los Grupos Parlamentarios, “en tanto que reflejo institucional del partido político” (Arroyo Gil, 2019: 354).

El fenómeno aquí examinado ya venía aconteciendo en el seno de los Entes Locales, según recuerda Arroyo Gil (2019: 349-350), con cita de otros autores:

Por otro lado, y pese a la frecuente identificación que se realiza, lo cierto es que «tránsfuga» y «concejal no adscrito», de acuerdo con la regulación vigente, no son exactamente lo mismo (...) El estatuto jurídico del concejal no adscrito no es fácil de aprehender en sus precisos contornos, pues el mismo se ha configurado, en buena medida, por obra jurisprudencial (entre otras muchas, STC 214/1989, de 21 de diciembre), dado que la LRBRL no contiene una regulación completa de cuáles son sus derechos y facultades, remitiéndose al Reglamento Orgánico de cada municipio. Además, también la legislación autonómica puede contribuir, en el ámbito de sus competencias, a configurarlo.

Con similar orientación, ha recalcado Català i Bas (2018: 20-22 y 30) que:

Algunos autores, cuando hablan de transfuguismo, hacen hincapié en el cambio de partido. Sin embargo, el cambio de partido, ya sea por baja voluntaria o por expulsión es el elemento caracterizador del no adscrito, no del tránsfuga. De hecho, se puede ser tránsfuga desde dentro del propio partido como reconoció la STSJC/90/2013. En mi opinión, el elemento caracterizador del tránsfuga no es dónde está sino qué vota y en este sentido debe considerarse tránsfuga a aquel cargo que en cuestiones de especial trascendencia rompe la disciplina de voto alineándose con los partidos contrarios al que concurrió a las elecciones. El caso más característico es el cargo que estando en el partido de gobierno apoya una moción de censura de la oposición haciendo caer al gobierno y propiciando que la oposición entre a gobernar. El escaño, dirá el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones, pertenece al cargo representativo, no al partido. Ante ello es extendida la opinión entre nuestra doctrina de que el tránsfuga debe ser castigado con la pérdida del escaño. La desposesión del escaño es de trascendencia y naturaleza más jurídica que política y desde el momento en que son especialmente perjudiciales los efectos jurídicos para el diputado, que es el dueño del escaño, no lo olvidemos, un acto tal puede ser entendido como una “persecución” por el voto emitido, lo que, entiendo, afecta de lleno a la inviolabilidad parlamentaria, cuyo objeto, impedir que las funciones del parlamentario, sus opiniones y votos quedaran mediatizados (STC 51/1985) quedaría claramente desvirtuado. Indudablemente el tránsfuga no es llevado ante los tribunales por lo dicho o votado pero es perseguido políticamente por su propio partido con consecuencias jurídicas evidentes que afectan al artículo 23.1 CE por más que esta actitud suponga una deslealtad con el electorado que puede afectar al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (...).

No podemos cerrar los ojos ante una realidad evidente: la desposesión del escaño por transfuguismo, por romper la disciplina de voto es una “sanción” con efectos jurídicos que pesará en la libertad de opinión y voto del representante que cuando lleva a cabo esa deslealtad está en el ejercicio de sus funciones parlamentarias. Si se desea esa consecuencia hay que desterrar de nuestra Constitución, el mandato representativo y acabar con el carácter absoluto que nuestra Carta Magna otorga a la inviolabilidad parlamentaria (...). Con tal pretensión se desea introducir en nuestro ordenamiento jurídico, se quiere juridificar, en definitiva, una represalia política, por más que éticamente tengan razón los que defienden tal medida.

Arruego Rodríguez (2013: 100-101) destaca que la creación de la categoría jurídica –si es que se puede tener por tal– del Diputado no adscrito

... no parece obedecer a una decisión de naturaleza estructural acerca de cuál debe ser el modelo de organización de los órganos representativos. Por el contrario, su introducción poseería un carácter instrumental en tanto que medio para tratar de paliar ciertas situaciones y comportamientos de los representantes políticos que se reputan disfuncionales para el sistema representativo (...). ... como regla general, su incorporación no es, sin embargo, expresión de un cambio de paradigma respecto de los principios con arreglo a los cuales se organizan las cámaras, cuanto una excepción a la pertenencia de los parlamentarios a un grupo parlamentario. Su finalidad sería, básicamente, limitar las posibilidades de participación en las actividades de la asamblea de aquellos representantes que se encontraran en una situación o que hubieran adoptado una conducta contrarias [sic] a su adscripción política originaria.

Por su parte, Guillem Carrau (2009: 101), siguiendo las impresiones de quienes le habían precedido, se muestra muy crítico al abordar el estudio de estos problemas:

Como señala la doctrina, por un lado, la creación de la figura del diputado no adscrito obedece al loable propósito de luchar contra la denostada práctica del transfuguismo político. Por otro, la aparición de esta figura es una manifestación más de la tendencia a la instrumentalización de nuestras Asambleas Legislativas al servicio de los intereses de los grupos parlamentarios en detrimento de su dimensión institucional como órganos del Estado o de la Comunidad Autónoma respectiva.

Regresando a nuestro asunto, aquel *núcleo* de la función representativa comprende las facultades directamente conectadas con el ejercicio de la potestad legislativa y la de control del Gobierno, dentro de la cual el Tribunal, de modo impropio, engloba la de impulso político, clave en la *ratio decidendi* de la Sentencia. En consecuencia, el F.J. 6º se adentra en excluir de aquél los “derechos de contenido económico” –recogiendo la doctrina sentada, por todas, en la S.T.C. 36/2014, de 27 de febrero¹³–, toda vez que al actor se le había atribuido únicamente el cobro de indemnizaciones por asistencia a las sesiones de los órganos a los que perteneciera, denegándole el de las percepciones por el régimen de dedicación exclusiva, que *sensu contrario* se hallan vinculadas a la adscripción a un Grupo. Para ello se basa en toda su jurisprudencia previa, en la que pueden rastrearse varias premisas interesantes:

- El derecho de acceso al cargo y de permanencia en él da realidad a la relación de representación de los ciudadanos en las Cámaras, sin que pueda identificarse con una prestación de servicios susceptible de una contrapartida económica, dineraria o salarial, al modo de una obligación contractual sinalagmática.

13 En la que el Tribunal se pronunció acerca de la constitucionalidad de la reforma de los arts. 11 y 12 del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha, que constreñía las retribuciones de los Diputados de esta Cámara a un régimen prácticamente generalizado de indemnizaciones y “asistencias”.

- La pérdida de los beneficios económicos de los Diputados provinciales no adscritos (S.T.C. 169/2009, de 9 de julio) y de los Concejales con ese *status* (S.T.C. 246/2012, de 20 de diciembre¹⁴) “no puede considerarse lesiva de los derechos que consagra el art. 23 C.E.”, lo que se hace extensivo a los parlamentarios.
- Con respecto a éstos, la asignación cuya percepción prevé el art. 71.4 de la C.E. para los Diputados y Senadores se refiere “exclusivamente a los miembros de las Cortes Generales”: aunque este sistema retributivo haya sido asumido en las Asambleas de las CC.AA. –excepción hecha de aquéllas que contemplan solamente el pago de dietas y/o indemnizaciones–, no es invocable aquel precepto por sus miembros, sino, en su caso, el homólogo de su Estatuto de Autonomía y del Reglamento parlamentario, tal como sucede con los derechos, deberes y prerrogativas de los Diputados de estas Cámaras.

Una vez dado este paso, el F.J. 7º aborda la justificación de la regulación restrictiva de derechos que, en esos Reglamentos –aquí, sustancialmente, en el art. 39 del de la Asamblea extremeña¹⁵ (en lo sucesivo, R.A.Extr.)– se da a los representantes no adscritos, lo que descansa sobre la idea central del combate del transfuguismo como finalidad legítima en el plano constitucional¹⁶: de este modo, se insiste en configurar un Parlamento potencialmente *grupocrático*, en cuya vida diaria los Grupos son sujetos colectivos vitales¹⁷. En este punto, Arruego Rodríguez (2013: 102-104) ha distinguido “dos tipos de «parlamentarios no adscritos»”, los «originarios» y los «sobrevenidos»:

14 Dictada al resolver la cuestión de inconstitucionalidad elevada en relación con la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid –en adelante, L.A.L.C.M.– y que traía causa del conflicto acaecido en el Ayuntamiento de Boadilla del Monte. Podemos encontrar un comentario de esta sentencia en De la Torre Martínez (2014: 124-131, 139-142 y 151-155).

15 El texto, objeto de reforma global por Acuerdo del Pleno de la Cámara de 19 de marzo de 2015, ha sufrido algunas modificaciones posteriores.

16 “Pese a que no han faltado oportunas voces doctrinales que han llamado la atención sobre la posibilidad de existencia del ‘tránsfuga bueno’, subrayando la necesidad de superar ciertos lugares comunes sobre esta cuestión, lo cierto es que la lucha contra el trasfuguismo ha constituido una obsesión compartida en todos los niveles de gobierno y, por supuesto, también en el propio debate académico (...). La traición al grupo corrompe la relación entre representantes y representados y es, por lo tanto, legítimo que dicha corrupción conlleve pérdidas para quien la realiza (...). La garantía de la estabilidad parlamentaria y de la representación resultante de la voluntad de los electores son, en definitiva, finalidades legítimas a las que el reglamento parlamentario puede servir con un importante margen de discrecionalidad” (Vázquez Alonso, 2017: 313 y 316).

17 “Así, la organización grupal de los parlamentarios ya no es sólo derivación principal sino inexcusable exigencia técnica, pues la actividad parlamentaria no puede desarrollarse sino en grupo y con la ayuda facilitada por su infraestructura intra y extraparlamentaria. Desde esta perspectiva se comprende también el carácter que el juez de la Constitución atribuye a los grupos parlamentarios como «entes imprescindibles y principales» en la organización y funcionamiento de las cámaras y en el desempeño de la función parlamentaria” (Arruego Rodríguez, 2013: 112).

La primera denominación describiría a aquellos representantes que desde el inicio de la legislatura permanecen al margen de la disciplina de los grupos parlamentarios y que, por lo tanto, no se integran en ninguno de los existentes dentro de la cámara (...). En términos generales, es una figura propia de aquellos ordenamientos que, de un modo más o menos expreso, imponen con especial intensidad una clara vinculación entre la adscripción política con la que los diputados electos concurren a las elecciones y los grupos parlamentarios en los que se integran en el seno de la asamblea (...).

El segundo supuesto lo constituye (...) aquel representante parlamentario inicialmente integrado en un grupo parlamentario, normalmente el resultante de la unión de quienes comparten su adscripción política, y que a lo largo de la legislatura causa baja en el mismo (...). A su vez, esta segunda posibilidad de calificación como «diputado no adscrito» generalmente puede obedecer a dos motivos: el abandono voluntario por parte del diputado del grupo al que inicialmente pertenecía o su expulsión del mismo; circunstancias que, en su caso, la normativa parlamentaria establece que deberán ser puestas en conocimiento de los órganos de dirección y gobierno de la cámara.

Sobre estos motivos afirma Guillem Carrau (2009: 101) que:

En ambos casos, la pérdida de un diputado o diputada de su adscripción a un grupo parlamentario y su pase a la situación de diputado no adscrito lleva consigo una cadena de consecuencias jurídicas que son susceptibles de afectar al mandato representativo del mismo y a la actividad ordinaria y estructura orgánica de la Institución parlamentaria.

El Tribunal sigue de nuevo lo ya declarado en anteriores resoluciones, y en especial en la S.T.C. 151/2017, de 21 de diciembre¹⁸:

18 Esta Sentencia, al resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada en torno al p.3º del art. 197.1.a) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, redactado por la L.O. 2/2011, de 28 de enero, vino a determinar lo atinente al quórum necesario para proponer la moción de censura en los Ayuntamientos, toda vez que la reforma obedecía al “fin de continuar dificultando las prácticas de transfuguismo, que atacan directamente al corazón del sistema democrático representativo, en tanto que ponen en riesgo la estabilidad municipal y tratan de modificar la voluntad popular (...). De este modo, las medidas legislativas adoptadas en 2011 con el fin de continuar combatiendo el transfuguismo son de sentido contradictorio, pues si por un lado se endurece el llamado «quórum de procedibilidad», por el otro se suaviza el de votación, sin que se alcance bien a comprender por qué” (Arroyo Gil, 2019: 336-337).

Como recoge este autor de manera resumida (2019: 344), la S.T.C. 151/2017 despeja dicha duda en su F.J. 7º: tal medida “... se limita a establecer un reforzamiento del quórum de promoción de la moción de censura sin alterar más allá de ello la dinámica del procedimiento de exigencia de responsabilidad y remoción del alcalde, como acredita señaladamente que no se altere el régimen de mayorías de la fase de votación, momento en el que los concejales proponentes que hayan dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato no ven limitado su derecho, conservando la facultad de participar en la votación como cualquier otro concejal. En suma, se persigue dificultar su acción de promoción de la moción para evitar incidencias en la estabilidad en la vida municipal, sin añadir a ello, sin embargo, un escenario de restricción o distorsión abierta de su derecho en la fase de decisión”. No obstante, la regla no supera el juicio de proporcionalidad *stricto sensu* que el Tribunal emplea para su enjuiciamiento, y el mismo autor (2019: 360) critica que “el Tribunal trata de diferenciar, como si fuesen cosas perfectamente separables, uno y otro quórum (el de procedibilidad y el de votación), cuando, en realidad, la mayor exigencia del primero condiciona absolutamente la menor gravedad del segundo”.

- Ya en la S.T.C. 9/2012, de 18 de enero, al resolver la cuestión planteada en torno al art. 73.3, p. 3º de la L.B.R.L.¹⁹, la adscripción de los representantes adquirió relieve jurídico, y no meramente político, sobre la base de dos preceptos del Título preliminar de la C.E.: el art. 1.1 en cuanto proclama el valor superior del pluralismo político y el art. 6 al consagrar el papel constitucional de los partidos y su presencia en las instituciones.
- Con todo, se abren paso dos vertientes básicas de esa representación: de un lado, la garantía de igualdad que atañe a aquel *núcleo* del *ius in officium*, el cual conserva su dimensión individual; de otro, el mandato libre, igualmente individual, tan soslayado, en puridad, en esas instituciones, y en el que cristaliza el derecho fundamental del art. 23.2. Aquí, otra cita de la reciente jurisprudencia se detiene en la S.T.C. 123/2017, de 2 de noviembre²⁰, que actualiza la prohibición del mandato imperativo ex art. 67.2²¹ en cuanto tal²²: la representación –también la que encarna quien pierde la adscripción– es, asimismo, universal, predicable no ya de todo el cuerpo electoral, sino de toda la sociedad en binomio con el Estado, desempeñando el Parlamento un papel cardinal entre ambos.

19 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local –en adelante, L.R.B.R.L.–, en la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre. Dispone su art. 73.3 en sus pp. 1º, 3º, 4º y 6º: “A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan con excepción de aquéllos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos (...). **Los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación.** Esta previsión no será de aplicación en el caso de candidaturas presentadas como coalición electoral, cuando alguno de los partidos políticos que la integren decida abandonarla (...). Cuando la mayoría de los concejales de un grupo político municipal abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones o sean expulsados de la misma, serán los concejales que permanezcan en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo político a todos los efectos. En cualquier caso, el secretario de la corporación podrá dirigirse al representante legal de la formación política que presentó la correspondiente candidatura a efectos de que notifique la acreditación de las circunstancias señaladas” [la negrita del p.3º es nuestra]. Analiza este precepto, con su desarrollo autonómico y local, De la Torre Martínez (2014: 84-109).

20 Esta sentencia anuló, por inconstitucional, la revocación de los Senadores designados por las Cortes Valencianas (Ley autonómica 10/2016, de 28 de octubre, de modificación de la Ley 9/2010, de 7 de julio).

21 Encontramos una de las escasas valoraciones negativas de esta interdicción en Soriano Díaz (2002: 598 y 601): “La prohibición del mandato imperativo de los representantes de la voluntad popular es un residuo histórico que hoy no tiene sentido e incluso opera contra los principios democráticos. Tuvo su razón de ser en el liberalismo cuando el voto era censitario y los partidos políticos aún tenían escasa importancia en la escena política. Porque con esta prohibición se pretendía evitar que el representante se convirtiera en defensor de intereses clientelistas (de quienes le habían votado censitariamente) y no de los intereses de toda la nación; evitar lo que podríamos denominar el clientelismo parlamentario. Sin embargo, hoy, cuando el voto es universal y los partidos políticos constituyen el mecanismo para la participación en las elecciones y para conformar los Parlamentos, la prohibición del mandato imperativo no sólo es contraproducente, sino que origina efectos perversos para el sistema democrático (...). Creo que podríamos asegurar que el Tribunal Constitucional se ha puesto de lado de un formalismo jurídico constitucional contrario a la materialidad funcional de las elecciones y de la designación de los representantes (...). Ha optado por el representante a título individual de la abstracta nación a costa del partido proponente del representante y de sus electores reales. Actitud que comporta una desnaturalización formalista de la realidad jurídica”.

22 “... es (...) una de las bases del sistema de representación, que debe ser respetada en todo caso, si no queremos lanzarnos a la aventura de sustituir el mismo. El estatus del parlamentario puede configurarse –de hecho, se configura en muchos países– sin inmunidad o sin fuero especial, y sería pensable, aunque abiertamente disfuncional, que lo hiciera sin inviolabilidad. No se produciría un cambio de sistema, y seguiríamos hablando de parlamentarismo. No sucede igual con la libertad de mandato [*sic*], que es un elemento esencial de este. Su supresión conduciría a otro tipo de ¿democracia? Sería un salto cualitativo de enorme importancia” (Torres Muro, 2016: 18).

- Se impone, en consecuencia, que el juicio de igualdad exija “examinar la proporcionalidad de la diferencia de trato”, proyectándose en la triple vertiente de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, si bien el Tribunal, como apuntará el voto particular, no llega a realizar este desglose, sino que se acerca más, como parece propio del principio de igualdad del art. 14 al insertarse en el art. 23.2, al juicio de razonabilidad de esa diferencia, esto es, a determinar si ha devenido en una discriminación constitucionalmente proscribida.

Razonando en coherencia con ello, el F.J. 8º de esta S.T.C. 159/2019 descarta que la previsión general del Diputado no adscrito “en sí misma considerada” vulnere esa igualdad: resultaría inconstitucional “que algunas de estas medidas legales limitativas entrasen en conflicto con la naturaleza constitucional del cargo representativo”, que engloba el mandato libre y la garantía de igualdad en el núcleo mínimo del *status* o *ius in officium* de los parlamentarios. Lo dispuesto en el art. 39.2²³ del R.A.Extr. no es lesivo, en abstracto, del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos “... si el régimen jurídico que se apareja a ella (a esa condición) solo conllevase diferencias de trato que se justifiquen de un modo proporcionado en algún **fin constitucionalmente legítimo** o que se relacionen con aspectos no nucleares de la función representativa del Diputado” [la negrita es nuestra].

Empero, en la aplicación de ese precepto al caso particular, el Tribunal habrá de verificar si se ha producido vulneración de ese derecho, ciñendo su actuación jurisdiccional a los acuerdos de la Mesa de la Cámara impugnados por el Diputado: el derecho fundamental del art. 23.2 de la C.E. encuentra aquí una tutela exclusivamente subjetiva, aun con consciencia de su dimensión objetiva o institucional, lo que desecha de antemano el planteamiento de la “autocuestión” interna a que autoriza el art. 55.2 de la L.O.T.C., tal como desarrollará el F.J. 10º de la Sentencia.

En éste, el T.C. no cree pertinente ejercer su misión puramente kelseniana o de depuración del ordenamiento conforme a la Constitución, en lo tocante a la norma reglamentaria discutida; y ello no sin aceptar, en el F.J. 3º, que la novedad del caso, junto con el que las limitaciones del derecho en juego pudieran provenir de una disposición de carácter general, dé lugar a la calificación del recurso como de “especial trascendencia constitucional”. Partiendo de la hipótesis de que el art. 39.5²⁴ del R.A.Extr. pudiera ser “incompatible con el núcleo de la función representativa que el art. 23 C.E., en su doble

23 “El Diputado que por expulsión o por voluntad propia deje de pertenecer al Grupo Parlamentario al que estuviera adscrito pasará a tener la condición de Diputado no adscrito y no podrá incorporarse a ningún otro Grupo Parlamentario, ni siquiera al Mixto, durante la Legislatura. Asimismo, cesará automáticamente en todos los cargos que ostente en los órganos de la Cámara y no podrá ser reelegido para dichos cargos.”

24 “5. Los Diputados no adscritos **gozarán solo de los derechos reconocidos reglamentariamente a los Diputados considerados de forma individual**. No tendrán derecho a las percepciones derivadas de la dedicación exclusiva ni a los derechos económicos propios de los Grupos Parlamentarios, si bien la Mesa de la Cámara garantizará los medios materiales para el desempeño de sus funciones parlamentarias” [la negrita es nuestra]. Sintetiza los derechos y facultades que los Reglamentos parlamentarios atribuyen a los no adscritos Gilbaja Cabrero (2015: 177-178).

vertiente, garantiza”, la Sentencia desestima tal pretensión basándose, nuevamente, en la jurisprudencia previa, dentro de la cual sobresale la S.T.C. 20/2011, de 14 de marzo²⁵. Según la misma, y aquí está lo esencial, la igualdad en el estatus de representante político

... se opone a aquellas otras disposiciones que permitan que un Diputado, instrumentando ciertos **mecanismos de funcionamiento** del órgano representativo para una finalidad que no es la suya propia, alcance o pretenda alcanzar un **haz de facultades** en el ejercicio de la función representativa que le confiera una **posición preponderante respecto de los demás Diputados de la Cámara individualmente considerados** [las negritas son nuestras].

Esto es: se asume que el respeto absoluto del derecho fundamental del representante no adscrito, sin límites de ninguna clase, llega a entrañar una suerte de *fraude constitucional* por dar carta de naturaleza al transfuguismo; y ello sin siquiera reparar en que la no adscripción pueda traer causa de una conducta no necesariamente tráfuga, aunque así sea en la mayor parte de los supuestos de hecho que se den. La exigencia de proporcionalidad²⁶ en las Comisiones de las instituciones representativas –tanto en su composición como en el ejercicio del voto en su seno– podría volverse en contra y en detrimento de los no adscritos sin que ello merezca reproche jurídico: antes al contrario, se conjura de este modo el riesgo de que éstos disfruten de una “posición de sobrerrepresentación”²⁷ que implique una indebida preeminencia respecto de los miembros de la Cámara o Corporación que sí se encuentran adscritos a un Grupo político.

Por lo tanto y en síntesis, la diferencia de trato dispensada a los Diputados no adscritos por el art. 39.5 del R.A.Extr. es acorde, al menos implícitamente, con el *test* de igualdad, pues preservando sus facultades individuales impide, haya abandonado su

25 La primera de las recaídas en el prolongado conflicto a que dio lugar la situación de los Concejales no adscritos del Ayuntamiento de Majadahonda, también en la Comunidad de Madrid.

26 Como recuerda Arruego Rodríguez (2013: 109-110), “Tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, el concepto de proporcionalidad apela al volumen de cada fuerza política o grupo. Es decir, no puede ser comprendido en términos individuales sino estrictamente grupales, lógica que se proyecta sobre la organización y funcionamiento del órgano representativo”, en tanto que la organización en Grupos “significa el establecimiento de una cierta conexión material de sentido entre opción política expresada por el ciudadano y desarrollo de la función inherente al cargo público representativo. Un vínculo (...) parcialmente articulado a través de otorgar relevancia jurídica a la adscripción política del representante y de funcionalizar el mandato representativo respecto de los derechos de participación cuya titularidad ostentan los ciudadanos”.

27 Aquí es oportuno destacar el mandato que dirigió a la Asamblea de Madrid la S.T.C. 246/2012: “... el legislador debe articular las disposiciones que procedan para asegurar que, en el caso de que en la corporación municipal existan concejales no adscritos, las comisiones informativas estén integradas no sólo por concejales pertenecientes a los distintos grupos políticos, sino también por concejales no adscritos, siempre de forma proporcional a su representatividad en el Pleno; así como para garantizar que el derecho de los concejales no adscritos a participar en las deliberaciones y a votar en las comisiones informativas en las que se integren no altere la exigencia constitucional de proporcionalidad en la composición y funcionamiento de dichas comisiones”, la cual se plasma en “garantizar los derechos de participación política de los concejales no adscritos (en caso de que los hubiere) en dichas comisiones, pero evitando a su vez que se produzca un eventual resultado indeseado de sobrerrepresentación de estos concejales”. El mandato fue atendido en el momento en que la Ley autonómica 1/2014, de 25 de julio, modificó el art. 33.3 de la L.A.L.C.M. redactándolo en términos muy parecidos a los del art. 73.3, p.3º de la L.R.B.R.L.

Grupo de origen o haya sido expulsado de él²⁸, que se le otorgue de resultas una “condición más beneficiosa” que la del “resto de Diputados que, por integrarse en Grupos, ven racionalizado el ejercicio de ciertas funciones inherentes al núcleo de la función representativa”, al quedar supeditado el ejercicio real de su *ius in officium* a la dinámica de los mismos²⁹. El T.C. viene a crear una categoría de “abuso de derecho fundamental” con cuya interdicción, por medio de reglas que acoten las facultades de este *Diputado capitidismuido*, se “cierra el paso” a su conversión en un *free rider*, lo que “es plenamente compatible con las exigencias constitucionales derivadas del art. 23 C.E.”.

Antes de superar este plano normativo, el F.J. 9º ha entrado ya en “las concretas limitaciones del *ius in officium* asociadas a la condición de Diputado no adscrito y su fundamento”, en su núcleo indisponible por el legislador. Se centra la atención en lo que la Mesa³⁰ decidió con base en los apdos. 5 y 6 del art. 39³¹ del R.A.Extr.; en torno a apartados como este último ha afirmado Arruego Rodríguez (2013: 106) lo siguiente:

Finalmente, hay que destacar las funciones que la mayoría de reglamentos atribuyen a la Mesa de la cámara, oída la Junta de Portavoces, con relación a los derechos de los parlamentarios no adscritos. En este sentido, la pluralidad de previsiones reglamentarias puede ser reconducida, básicamente, a tres modelos no excluyentes. En primer lugar, la atribución de la potestad para resolver todas aquellas cuestiones que pueda suscitar el desempeño por parte de los «no adscritos» de su función representativa. En segundo lugar, su competencia para fijar el procedimiento de intervención de aquéllos en los plenos y en las comisiones. Y, en tercer lugar, y de modo aún más problemático, su capacidad para «concretar» el ejercicio de los derechos que poseen los «no adscritos».

Sobre ello profundiza el citado autor (2013: 123-124) en estos términos:

En este sentido, no parece haber excesivos reparos en que dichos órganos resuelvan puntualmente las cuestiones o problemas que puedan suscitarse con ocasión del desempeño de su labor representativa, pues se trataría, en el fondo, de una función ya amparada por las tradicionales atribuciones que como órganos de dirección y gobierno les corresponden, así como por la propia naturaleza de la función parlamentaria (...). Sin embargo, sí pueden suscitar algunas dudas apoderamientos de carácter más general que ponen en sus manos la «concreción» del ejercicio de los derechos de los «no adscritos»; cuestión que entronca con la doctrina constitucional acerca de

28 Este primer supuesto fue tratado, con arreglo al régimen entonces vigente, por Aguiló i Lúcia (2000: 121-127).

29 Con todo lo que ello implica en punto a la organización del trabajo en la Cámara, la coordinación con sus compañeros y, en particular, el sometimiento a la disciplina de voto, tan polémica si nos atenemos a la libertad de mandato en cuya defensa sale el Tribunal.

30 Órgano que ha de actuar con vinculación a “aquellos principios y reglas que, para cubrir la reserva legal que se proyecta sobre la regulación del derecho fundamental a la participación política (art. 23.2 C.E.), contempla el Reglamento”, así como a los principios sancionados en el F.J. 10º.

31 “6. La Mesa de la Cámara, oída la Junta de Portavoces, decidirá el **procedimiento para la intervención en el Pleno y en las Comisiones de los Diputados no adscritos**, así como su pertenencia a éstas, si bien respetará en todo caso el derecho a formar parte de al menos una Comisión. Corresponde, asimismo, a la Mesa, oída la Junta de Portavoces, **resolver cuantas cuestiones pudieran plantearse en relación con la situación y posibilidades de actuación de los Diputados no adscritos** en el marco del presente Reglamento” [las negritas son nuestras].

la normativa parlamentaria infrarreglamentaria y su capacidad para regular el ejercicio del *ius in officium* a tenor de la reserva de ley contenida en el artículo 53.1 CE, así como con la cuestión más general de las posibilidades de colaboración entre normas legales e infralegales a la luz de aquélla (...).

La aparente diversidad de estos pronunciamientos [del T.C.] probablemente se explique, sin embargo, a la luz de los distintos supuestos de hecho que se encuentran en su base y, sobre todo, de las funciones que, en su caso, cumplen las resoluciones de carácter general y los usos parlamentarios y cuál es su relación con el reglamento parlamentario. En este sentido, es diversa la situación de una norma infrarreglamentaria que al margen de las funciones que le corresponden configura el ejercicio del cargo, que la inclusión en la legalidad reguladora del mismo de una resolución general o de un uso que sirve para suplir una omisión reglamentaria o para coadyuvar en la determinación del significado de un precepto del reglamento.

En los FF.JJ. 11º y 12º podemos apreciar cómo la Sentencia bascula del juicio de *proporcionalidad* hacia uno que pivota más bien sobre la *razonabilidad* de las restricciones fruto de la aplicación, con “limitado margen” y a quien con redundancia llamaríamos *Diputado individual*, de una norma que “prevé un **haz de derechos** (...) que se justifica en evitar que su situación le confiera una posición de preponderancia, lo que le exige valorar las **circunstancias concretas de cada caso** para contrarrestar tal riesgo” [las negritas son nuestras].

- En cuanto a las iniciativas que podía presentar el recurrente en su calidad de no adscrito, se le había reconocido un cupo, por cada período de sesiones, de una interpelación y una pregunta en Pleno y de una pregunta oral en Comisión a altos cargos y Consejeros del Gobierno regional. En el F.J. 11º, esa genérica titularidad o legitimación individual deviene en una acotación del ejercicio del derecho fundada en un “criterio de proporcionalidad” que la Mesa había adoptado al comienzo de la Legislatura, en su reunión de 31 de agosto de 2015, lo que supone una motivación, bien que sucinta.

Ya en el F.J. 12º, el enjuiciamiento se orienta a verificar si el órgano de gobierno ha actuado “de un modo conforme con la naturaleza del concepto de cargo público representativo que incorpora el art. 23.2 C.E.”: eso sí, con un grado importante de *self-restraint* con que el Tribunal se contiene en la vía de amparo, teniendo en cuenta:

... la especial relevancia de la **autonomía parlamentaria** y, como consecuencia de ello, la facultad que la Constitución reserva a las Cámaras de establecer, interpretar y aplicar las normas que rigen su organización y funcionamiento, pues la ordenación reglamentaria goza de **amplia libertad de configuración**, siempre que se respete el derecho de los parlamentarios con la representación política, como subraya la S.T.C. 139/2017, de 29 de noviembre (...) [lo que nace de la proyección del art. 23 de la C.E. a todos los Parlamentos y de la valoración de su esfera interna] y también hemos declarado en la S.T.C. 141/2007, de 18 de junio, que «en esta materia nuestra jurisdicción solo puede extenderse de manera excepcional y de conformidad con el **principio de mínima intervención**, para la estricta garantía de los derechos fundamentales de los parlamentarios» [las negritas son nuestras].

En la letra a) de este F.J., el T.C. atiende a esa motivación de la Mesa y aplica otros principios de su labor que, a la postre, serán definitivos: los de justicia rogada y congruencia, al constatar que el recurrente “no argumenta nada preciso en defensa de su mera alegación”, lo que debe llevar a descartar cualquier atisbo de *oficialidad* en la tutela del derecho fundamental cuya lesión se denuncia:

... no corresponde al Tribunal «reconstruir de oficio las demandas, supliendo las razones que las partes no hayan expuesto, por ser carga procesal de quien pide amparo constitucional no solamente abrir la vía para que podamos pronunciarnos, sino también proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente es de esperar y que se integra en el deber de colaborar con la justicia del Tribunal Constitucional».

De igual modo, al ser abordada la queja de que se le denegaba la formulación de propuestas de impulso y de pronunciamiento en Pleno, en el decisivo F.J. 12º.b) aflorará la distinción entre ambos tipos de propuestas de resolución sin valor de ley. Así, las primeras equivaldrían a las proposiciones no de ley, iniciativas típicas de los Grupos Parlamentarios³², como confirma su cupo³³ y, sobre todo, el que su eventual titularidad y ejercicio individual se supedita al “visto bueno” del Portavoz. Con ello se diferencia el supuesto, por ejemplo, de las peticiones de información tal como las regula el art. 7 del Reglamento del Congreso de los Diputados (R.C.D., de 10 de febrero de 1982), acerca de las cuales la S.T.C. 57/2011, de 3 de mayo³⁴, declaró en su día que la exigencia de “firma” del Portavoz, acompañando a la del solicitante,

... no se articula como un requisito material sino como un trámite formal o de procedimiento (...). En consecuencia, la capacidad de iniciativa y la decisión final sobre su presentación no pertenece al Grupo Parlamentario sino que se atribuye y en todo momento permanece en el dominio del Diputado, que es a quien se reconoce individualmente el derecho; esto es, un específico título para el desempeño de su cargo representativo a través de esa facultad, cuya concreción depende únicamente, en principio, de su voluntad.

Es decir: se distingue el “previo conocimiento” por el Grupo, que es lo que significa esa *accesoriedad* de la firma, del “visto bueno” de su Portavoz, que comporta una manifestación de conformidad, concurrente en pie de igualdad con la del autor de la

32 El art. 209 del R.A.Extr. simplemente enuncia los requisitos de su formulación: “La propuesta de impulso ante el Pleno deberá ser presentada en escrito dirigido a la Presidencia de la Cámara, en el que conste la justificación que la motiva y los aspectos concretos sobre los que se pretende instar la acción del Gobierno, por **un Grupo Parlamentario con la firma de su Portavoz** o por **un Diputado con el visto bueno del Portavoz de su Grupo**...” [la negrita es nuestra].

33 Dice el art. 213 que “Los Grupos Parlamentarios, en atención al número de Diputados que los integren, contarán con el cupo de propuestas de impulso ante el Pleno que fije la Mesa, de acuerdo con la Junta de Portavoces, al inicio del periodo de sesiones. En todo caso, todos los Grupos tendrán derecho a incluir, dentro del número que se establezca, hasta un máximo de tres por sesión plenaria”.

34 Este caso traía causa de la actividad de un Diputado de un determinado signo político, dotado de cierta autonomía en su actuación e incorporado o adscrito a un Grupo que es correlato de un partido mayor y distinto de aquél al que pertenecía el parlamentario afectado.

propuesta de impulso: en suma, “una previsión sustantiva” que impide que cualquier Diputado pudiera presentar una a título exclusivamente individual.

En consecuencia, “el acuerdo de la Mesa de denegar al Diputado no adscrito la posibilidad de formular propuestas de impulso no contradice lo dispuesto en el art. 209 en relación al art. 39.5 del Reglamento de la Asamblea. Por otro lado, y teniendo presente que el Diputado no adscrito tiene a su disposición **otros medios de control al Gobierno** (...), la privación de este tipo de iniciativas **no** le coloca automáticamente en una **situación de desigualdad desproporcionada respecto del resto de Diputados, ...**” [las negritas son nuestras], lo cual, sin duda, encierra y deja sin solventar el inconveniente, no meramente teórico, de asemejar la formulación de una propuesta de esta naturaleza a la de una pregunta o una interpelación, que sí son instrumentos de control *stricto sensu*, con una neta distinción funcional en los planos formal y material.

En cambio, las propuestas de pronunciamiento se aproximarían más a las declaraciones institucionales, aunque con matices³⁵. La Mesa de la Asamblea las había calificado como iniciativas de Grupo –no coincidiendo exactamente la regulación del cupo con la de las anteriores³⁶– y aquí radica la única vulneración del *ius in officium*:

La primera apreciación de este Tribunal, a partir de estos dos elementos de juicio, es que **el art. 217 del Reglamento antes transcrito reconoce a los Diputados considerados individualmente la capacidad abstracta de formular propuestas de pronunciamiento en Pleno**. El apartado 11/12 del Acuerdo [de la Mesa] [...], al decir que estas propuestas «son iniciativas de Grupo Parlamentario», desconoce frontalmente este contenido normativo del art. 217 del mencionado Reglamento.

En consecuencia, la Mesa, en la medida que en los acuerdos impugnados niega que el recurrente pueda presentar propuestas de pronunciamiento en Pleno, le está **privando de facultades** que, además de ser inherentes a la función representativa, aparecen reconocidas en el Reglamento parlamentario a los **Diputados considerados en forma individual** y, por tanto, atribuidas al **Diputado no adscrito** por el art. 39.5 del Reglamento [las negritas son nuestras].

No obstante, el voto particular advertirá del posible exceso cometido al permitir que el Diputado pueda presentar, al igual que los Grupos, hasta siete propuestas de esta índole por cada período de sesiones.

35 Según el art. 217, “Son propuestas de pronunciamiento de la Cámara las iniciativas que pueden presentar **los Grupos Parlamentarios**, a través de sus Portavoces, **o los Diputados** sobre temas que afecten a los intereses de la Comunidad Autónoma y que tengan por objeto impulsar la actuación de cualquier institución distinta a la Junta de Extremadura” [las negritas son nuestras].

36 El art. 218 dispone que “Para su presentación, calificación, tramitación y debate se estará a lo previsto para las propuestas de impulso, a excepción de los cupos, que serán de un máximo de siete iniciativas por Grupo Parlamentario y periodo de sesiones. La Junta de Portavoces podrá incluir hasta un máximo de dos propuestas de pronunciamiento por sesión plenaria atendiendo a las peticiones motivadas de los Grupos y a la importancia del tema a tratar”.

- Por otra parte, ya habían quedado delimitados positiva y negativamente los debates en los que el Diputado ostentaba derecho a utilizar un turno “menor” de explicación de voto, a continuación de los correspondientes a los Grupos. Siguiendo el parámetro establecido, con tal acuerdo, la Mesa, según dice el F.J. 11º:

... valora que admitir la participación del Diputado no adscrito en todos los debates plenarios conllevaría una **injustificada sobrerrepresentación** en relación al resto de Diputados (...). Pero al mismo tiempo aprecia que ese efecto de exceso de representación no sucedería, en el criterio de la Mesa, si se ciñen sus intervenciones a los cuatro tipos de debates plenarios indicados en el acuerdo [...] y a la forma prevista en el previo acuerdo [...] [la negrita es nuestra].

Además, se admitía su derecho a la presentación de enmiendas al articulado de las iniciativas legislativas, aunque se le denegaba la facultad de estar presente en las reuniones de las Mesas de las Comisiones en los que se calificaran y admitieran o no a trámite las mismas y la de participar en las Ponencias, órgano de carácter informal monopolizado, en la práctica, por los Grupos Parlamentarios.

Todo ello remata el perfil de sus posibilidades de actuar *uti singuli*, si bien aquí el conflicto girará en torno a la exclusión del uso de la palabra en las propuestas de impulso y de pronunciamiento, que la Mesa de la Asamblea también había circunscrito de manera exclusiva a los Grupos, sin dar cabida al Diputado no adscrito al tratarse, además, de debates que ese órgano de gobierno tampoco ha reputado de “especial relevancia”.

La Sentencia volverá sobre este extremo en el F.J. 12º.c), y de nuevo se vale de la necesidad de rogación y congruencia, colocando el *onus probandi*, como no podía ser de otro modo, en el Diputado: el Tribunal sólo podría

... revisar la específica ponderación de la sobrerrepresentación que subyace en la aplicación del art. 39.5 del citado Reglamento (...) si el recurrente cumple con su deber de colaborar con la justicia constitucional mediante una argumentación fundada de la lesión que invoca. Resulta imprescindible que el recurrente motive, con referencia a las circunstancias del caso concreto, que **restringir su facultad de uso de la palabra** a esos cuatro tipos de debates plenarios **le coloca en una situación de infrarrepresentación respecto del resto de Diputados**, los cuales, debe recordarse, no tienen el derecho de intervenir en los debates plenarios sino a través de los Portavoces de sus Grupos Parlamentarios [las negritas son nuestras].

Ocurre que la demanda se halla ayuna de fundamento, limitándose a efectuar una serie de alegaciones sin compensar la eventual carencia de motivación de las resoluciones de la Mesa en cuanto potencialmente lesivas del art. 23.2 y sin llegar a hacer

... una valoración de conjunto que tenga en cuenta que se le concede el uso de la palabra en otros cuatro tipos de debates plenarios (...) ni argumenta porqué [*sic*] el acuerdo de la Mesa relativo a las intervenciones en los debates resulta desproporcionado y contrario a la igualdad en el ejercicio del núcleo de la función representativa. En fin, no consta (...) un razonamiento que argumentase (...) que la privación del uso de la palabra en esos tres tipos de debates plenarios la somete a una posición de infrarrepresentación respecto del resto de Diputados, por lo que, de acuerdo a la mencionada doctrina constitucional según la que no ha lugar a que este Tribunal reconstruya de oficio las demandas de amparo (por todas, S.T.C. 96/2015), esta tercera y última queja debe ser desestimada.

II. CONCLUSIONES

Las resume el F.J. 13º: se estima parcialmente la demanda de amparo por vulneración del derecho fundamental garantizado en el art. 23.2 de la C.E. en relación con el art. 23.1 sólo en la privación absoluta, al Diputado recurrente, del derecho a formular propuestas de pronunciamiento en Pleno en los términos antedichos. Debe subrayarse, si se comparte la asimilación de esta clase de iniciativas a las declaraciones institucionales, el carácter simbólico de estas y la creciente importancia política que están adquiriendo en las Cámaras a la hora de intentar concitar consensos en temas socialmente relevantes del máximo interés, por lo que tampoco puede desdeñarse el estrecho margen en que la Sentencia da la razón al no adscrito en el reconocimiento de su derecho.

Ahí terminarían los efectos de la S.T.C. 159/2019, por lo demás limitados y casi puramente declarativos, pues la nulidad de los acuerdos de la Mesa en ese solo extremo no lleva aparejada ninguna medida de restablecimiento del derecho vulnerado, al haberse adoptado los mismos en una Legislatura agotada –la IX– de la Asamblea extremeña, siendo así que esta se encuentra ya en la X. No obstante, sí cabe destacar la rapidez con la que el T.C. ha fallado –como viene siendo regla últimamente en los amparos parlamentarios–, aun cuando el valor simplemente doctrinal y *pro futuro* de la Sentencia traiga causa de que entre la fecha de interposición del recurso –octubre de 2018– y la de su resolución –diciembre de 2019– haya mediado una convocatoria electoral.

Sí merece la pena, en este apartado, acometer un breve ejercicio de comparación entre las pretensiones contenidas en la demanda, las alegaciones de las partes personadas y la parte dispositiva, con base en los FF.JJ. de esta Sentencia:

- El Diputado había llevado a cabo una impugnación prácticamente “universal” de los acuerdos que le afectaban al fijar su estatuto, llegando a alegar la vulneración de derechos fundamentales ajenos al art. 23.2, lo que el Tribunal desestima de plano.

Así acontece con la supuesta violación del principio de igualdad *ex art.* 14, que se entiende absorbido en aquel precepto (F.J. 4º.a)), no considerándose, en general, que el régimen aplicado sea discriminatorio en parangón con el de los adscritos –incluyendo a los Diputados del Grupo Mixto³⁷– ni aceptándose la alegación que intenta hacer ver que la configuración reglamentaria de este *status* jurídico es un “mal” desarrollo del Estatuto de Autonomía³⁸, que la convertiría en inconstitucional. Pero, de igual modo, con la de su dignidad (art. 10.1) y su derecho al honor (art. 18.1) por mor del escaño que se le había asignado, aspecto éste en el que el F.J. 4º.b) confirma la irrelevancia constitucional de la ubicación física del Diputado en la sede de la Cámara, ya se trate del Salón de Plenos, ya del despacho que había solicitado, “justificándose que se deje un espacio para visualizar su no pertenencia” a su Grupo de origen, “según nos indica el Letrado de la Asamblea. Por otro lado, las características de los edificios de los que dispone la institución parlamentaria autonómica (...) «hace[n] imposible asignar un despacho individual por Diputado»”³⁹, a lo que no alcanza la garantía de medios materiales que brinda el art. 39.5 del R.A.Extr.

- El Ministerio Fiscal sí se acerca un poco más a lo que el Tribunal finalmente resuelve, al coincidir con sus FF.JJ. en la subsunción del art. 14 en el art. 23.2, en lo relativo a los derechos económicos y la dimensión material del *ius in officium*, en el no planteamiento de la “autocuestión” y en la ausencia de violación de otros derechos fundamentales, defendiendo la aplicación del art. 39.2 del R.A.Extr. por aquel órgano en razón del “fin legítimo” que se perseguía con las restricciones impuestas al Diputado con diferencia de trato

37 Aquí es oportuno apuntar la tesis de Arruego Rodríguez (2013: 118-119), para quien “La figura del «parlamentario no adscrito» tiene difícil encaje constitucional, pues (...) el concepto constitucional de representación política arroja la imagen de un Parlamento cuyos integrantes están organizados en grupos que son coherentes con la adscripción política con la que concurren a las elecciones y fueron elegidos por los ciudadanos o que, en su defecto, se integran en el denominado grupo mixto como garantía no solo de la funcionalidad de la cámara sino, principalmente, como salvaguarda del derecho a la participación política representativa de aquéllos”, a lo cual este autor agrega, con cita de la S.T.C. 9/2012, que “el Tribunal Constitucional ha avaluado la constitucionalidad de la no integración en el grupo político correspondiente como criterio para establecer un estatuto jurídico diferenciado entre representantes, apelando a sus consecuencias en el equilibrio de fuerzas en el seno del órgano representativo, a la alteración que provoca en la representación democrática y a la relevancia jurídica de la adscripción política. Por lo tanto, aunque la adopción de medidas que afecten restrictivamente al estatuto jurídico de aquellos parlamentarios que no forman parte del grupo parlamentario que se corresponde con su adscripción política es legítima, no lo sería, sin embargo, la atribución de la condición de «no adscritos»”.

38 Sobre este particular, el art. 18 del Estatuto extremeño –aprobado por LO 1/2011, de 28 de enero– sólo establece que “Los Diputados de la Asamblea, cuyos derechos y atribuciones se completan en el Reglamento de la misma, representan a la totalidad de la región y no estarán sujetos a mandato imperativo”. La regulación de los no adscritos ha ido emergiendo en los Reglamentos de las Cámaras sin que precise de la “habilitación estatutaria explícita” que se exigía en el recurso; sólo serían controvertidos aquellos supuestos en que el Estatuto prevé expresamente la obligación de los Diputados de constituirse en Grupos Parlamentarios, lo que acaso impediría dar cabida, *sensu contrario*, a su no adscripción.

39 El Letrado sostiene “que se adoptó un acuerdo basado en razones organizativas y siguiendo los criterios de actuaciones precedentes, sin ninguna connotación peyorativa” ni de aislamiento.

con los parlamentarios adscritos; también, en la necesidad de preservar el núcleo de dicho *ius* en su vínculo con la garantía de igualdad y la libertad de mandato⁴⁰.

Sin embargo, esta parte solicitó, sin éxito, la nulidad de algunos extremos de las resoluciones de la Mesa de la Asamblea: en lo relativo al cupo de iniciativas que podía presentar, “al no haber motivado la Mesa las razones de su determinación”, habiéndose basado en una genérica proporcionalidad y en el acuerdo de 31 de agosto de 2015; y a la exclusión de la participación del demandante en los debates no considerados de “especial relevancia”. Aunque no queda del todo claro, el Fiscal exigía una fundamentación más exhaustiva de la actuación del órgano rector en la distinción de la categoría de tales debates, entendiéndolos incluidos en aquel núcleo los de totalidad y los de los Decretos-leyes, pero sin detenerse ni en las propuestas de impulso ni en las de pronunciamiento.

- Por fin, el Letrado de la Asamblea de Extremadura impetraba la inadmisión del recurso por existir un óbice procesal: la falta de agotamiento, por el Diputado, de la vía interna previa *ex art.* 42 de la L.O.T.C., que el Tribunal no aprecia al reputar firmes los actos impugnados⁴¹.

En cuanto a las cuestiones de fondo, interesaba su desestimación total al defender que tales acuerdos “respetan el núcleo de la función representativa del Diputado”, lo que el Letrado desgana aduciendo que se ha garantizado la participación del demandante en los órganos de la Cámara –según su versión, con voz y voto en el Pleno, interviniendo en todos los debates de éste “que ha estimado oportunos” y en la Comisión de su elección, y sólo con voz en las

40 De las sentencias constitucionales que se han parado a estudiar este punto cardinal del Estado democrático se ha afirmado que “han dado una respuesta correcta al problema, porque, aunque la prohibición del mandato imperativus pueda parecer un arma mellada e inservible del arsenal de un liberalismo que ya no se corresponde con la realidad de nuestras democracias modernas, en mi modesta opinión esto no es así en absoluto, desde el momento en que es preciso seguir salvando la posibilidad de que, concedido que el papel que representan los partidos, como ya hemos dicho, es fundamental, los electores mantengan una relación directa, y sin mediaciones desmobilizadoras, con los elegidos. No es cierto, contra lo que se ha sostenido, que la libertad de mandato sea algo arcaico, una reliquia de la vieja democracia liberal superada por la nueva democracia de partidos. Precisamente ahora puede representar un papel fundamental en la defensa de espacios de libertad frente a las tendencias oligárquicas que saltan a la vista en nuestros sistemas políticos” (Torres Muro, 2016: 9-10).

41 En síntesis, el recurrente no había instado la reconsideración de los acuerdos de la Mesa conforme al art. 50.5 del R.A.Extr., pero sí había efectuado un “requerimiento de amparo” de sus derechos con arreglo a su art. 19.3, lo que el F.J. 2º de la Sentencia reputa suficiente para admitir el recurso ante esta jurisdicción: la resolución inicial de la Mesa se basaba en el art. 39.6 del mismo R.A.Extr., antes transcrito, y “A lo anterior cabe añadir que, materialmente, la reconsideración se llevó a cabo por la Mesa de la Cámara al resolver el requerimiento de amparo que efectuó el recurrente, (...). Por esta vía se dio al órgano parlamentario ocasión para reexaminar sus anteriores acuerdos que delimitaban las atribuciones del Diputado no adscrito...”.

demás⁴²– y la presentación de sus enmiendas a las iniciativas legislativas; e igualmente, “se le ha facilitado puntual información de los acuerdos adoptados por los órganos parlamentarios” y ha recibido “cumplida respuesta a sus solicitudes de información para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias”.

Acierta el Letrado, por último, en aseverar que el art. 39 del R.A.Extr. impedía que el Diputado no adscrito permaneciera en el régimen de dedicación exclusiva, añadiendo que había percibido, en concepto de dietas e indemnizaciones por asistencia y gastos de transporte, “las cuantías fijadas por la Mesa, oída la Junta de Portavoces”, e insistiendo en que el contenido económico de su derecho, tal como concluirá la Sentencia, “no se halla incardinado dentro del núcleo esencial de la función representativa”.. ♦

42 Hemos de prestar atención, siguiendo a Arruego Rodríguez (2013: 121), a que “Efectivamente, el T.C. ha afirmado que reconocer a un representante el derecho a participar sólo con voz pero sin voto en las comisiones, lesiona los derechos fundamentales del artículo 23 C.E.; dicha consecuencia se deriva del rol que poseen estos órganos en el proceso decisorio del órgano representativo, en este caso local, con el resultado de que se «entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en el Pleno», tal como señaló la S.T.C. 20/2011, confirmando con ello la doctrina sentada en la S.T.C. 169/2009. La S.T.C. 159/2019 no aborda este extremo para las Comisiones parlamentarias.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiló i Lúcia, Ll. (2000). La expulsión del Grupo Parlamentario. *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 4, 121-127.

Arroyo Gil, A. (2019). La moción de censura al Alcalde a la luz de la jurisprudencia constitucional (Comentario a la STC 151/2017, de 21 de diciembre). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 116, 329-363.

Arruego Rodríguez, G. (2013). Sobre la constitucionalidad del «Diputado no adscrito». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 99, 99-124.

Calatayud Chover, D. (2000). Unas consideraciones sobre los tránsfugas en los Parlamentos autonómicos (o la sensación de ser unos incomprensidos). *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 9, 237-252.

Català i Bas, A. (2018). La prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria de nuevo en la encrucijada: entre su reafirmación o su desvirtuación. *Revista General de Derecho Constitucional*, 27, 1-32.

De la Torre Martínez, L. (2014). *El estatuto jurídico de los concejales no adscritos*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.

Gilbaja Cabrero, E. (2015). La figura del parlamentario no adscrito. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 28, 161-186.

Guillem Carrau, J. (2009). Régimen de los Diputados no adscritos y su Agrupación en Les Corts Valencianes. *Revista de las Cortes Generales*, 77, 97-139.

Navarro Méndez, J. I. (2000). Patología del transfuguismo político: grandes males, pero ¿buenos remedios? (A propósito de la regulación del estatuto de los diputados “no adscritos” en la reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura, de 29 de marzo de 1999). *Revista de las Cortes Generales*, 49, 7-55.

Seijas Villadangos, E. (2000). Representación democrática, partidos políticos y tránsfugas. *Teoría y Realidad Constitucional*, 6 (Dedicado a: La regulación jurídica de los partidos políticos), 163-188.

Soriano Díaz, R. L. (2002). El transfuguismo: estafa política a la voluntad de los ciudadanos. *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 11, 597-609.

Torres Muro, I. (2016). El transfuguismo político. Un elogio (moderado) del tránsfuga. *Revista de estudios jurídicos de la Universidad de Jaén. Segunda época*, 16, 1-28. <https://doi.org/10.17561/rej.n16.a2>

Vázquez Alonso, V. (2017). El caso inédito del Diputado no adscrito en el Parlamento Andaluz. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 97, 311-316.

LA JUSTICIA EUROPEA CONTRA LA REDUCCIÓN ARBITRARIA DE LA EDAD DE JUBILACIÓN DE LOS JUECES. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJUE DE 24 DE JUNIO DE 2019, COMISIÓN/POLONIA, C-619/18

EUROPEAN JUSTICE AS THE LAST RESORT FOR THE POLISH JUDICIARY: CJEU AGAINST THE ARBITRARY LOWERING OF THE RETIREMENT AGE OF JUDGES. COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF 24 JUNE 2019, *COMMISSION V. POLAND*, C-619/18

Adam Krzywoń

Universidad de Varsovia

German Research Institute for Public Administration (FÖV), Speyer

Cómo citar / Nola aipatu: Krzywoń, A. (2020). La justicia europea contra la reducción arbitraria de la edad de jubilación de los jueces. Comentario a la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2019, Comisión/Polonia, C-619/18. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, (1): 164-175. <https://doi.org/10.47984/legal.2020.007>



RESUMEN

En la Sentencia de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, EU:C:2019;531, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció sobre las normas de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo polaco, declarando contrario al Derecho de la Unión el mecanismo que reducía de manera arbitraria la edad de jubilación. En el presente comentario se analizan los últimos cambios en el sistema judicial polaco y el contexto del fallo del TJUE. Sobre todo, el objeto de estudio es el cambio de la jurisprudencia europea y la evolución de instrumentos disponibles para las instituciones de la Unión Europea para vigilar por la independencia judicial. Se

demuestran también los elementos de la independencia judicial indicados por el TJUE y las normas acerca de la jubilación de los jueces.

PALABRAS CLAVE

Independencia judicial, jubilación de los jueces, Unión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recurso de incumplimiento.

ABSTRACT

In the judgment of 24 June 2019, *Commission v. Poland (Independence of the Supreme Court)*, C-619/18, EU:C:2019:531, the Court of Justice of the European Union ruled on the retirement of Polish Supreme Court judges, declaring that the mechanism of arbitrarily lowering the retirement age was contrary to the European Union law. This commentary analyses the latest changes in the Polish judicial system and the context of the CJEU ruling. The study is focused in the change in European case-law and the development of instruments available to the EU institutions for monitoring judicial independence. The paper discusses also the elements of the judicial independence indicated by CJEU and the rules on the retirement of judges.

KEYWORDS

Judicial independence, retirement of judges, European Union, Court of Justice of the European Union, treaty-infringement proceeding.

LABURPENA

2019ko ekainaren 24ko epaian, *Batzordea/Polonia (Auzitegi Gorenaren independentzia)*, C-619/18, EU: c: 2019:531 epaian, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak Polonia-ko Auzitegi Goreneko epaileen erretiro-arauei buruzko iritzia eman zuen, eta erretiro-adina modu arbitrarioan murrizten zuen mekanismoa Batasunaren zuzenbidearen aurkakotzat jo zuen. Iruzkin honetan Poloniako sistema judizialaren azken aldaketak eta EBJAren epaiaren tes-tuingurua aztertzen dira. Batez ere, aztergai da Europako jurisprudentziaren aldaketa eta Europar Batasuneko erakundeek independentzia judiziala zaintzeko eskura dituzten tresnen bilakaera. EBJAk adierazitako independentzia judizialaren elementuak eta epaileen erretiroari buruzko arauak ere frogatzen dira.

GAKO-HITZAK

Independentzia judiziala, epaileen erretiroa, Europar Batasuna, Europar Batasuneko Justizia Auzitegia, ez-be-tetze errekurtsua.

I.

En la Sentencia de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, EU:C:2019:531, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) se pronunció sobre las normas para la jubilación de los jueces del Tribunal Supremo polaco (en adelante TS). Declaró contrario al Derecho de la Unión el mecanismo que reducía la edad de jubilación de los jueces del TS (de 70 a 65 años) y permitía aplicar esta medida a los jueces en ejercicio nombrados antes de su entrada en vigor (3 de abril de 2018). Por otra parte, el TJUE rechazó la posibilidad de atribuir al órgano ejecutivo (Presidente de la República) la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional de los jueces del TS una vez alcanzada la nueva edad de jubilación. La sentencia del TJUE tiene mucha importancia no solo para la judicatura polaca, ya que establece el estándar mínimo de la independencia judicial en toda la Unión Europea. Por lo tanto, vale la pena analizar detalladamente el fallo del TJUE, mostrando primero el contexto de la sentencia, enfocándose luego en el procedimiento con que fue dictada (recurso de incumplimiento, art. 258 TFUE), y finalmente examinando los elementos esenciales de la independencia judicial indicados por el TJUE.

Hay que mencionar que no es la única sentencia dictada últimamente por el TJUE contra Polonia en el contexto del asalto al Poder judicial. Los recientes cambios legislativos sirvieron de catalizador para elaborar principios relativos al estatus del juez europeo. Se trata entonces de una serie de dictámenes compuesta por las sentencias de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality* (Deficiencias del sistema judicial), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586; 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, EU:C:2019:531; 5 de noviembre de 2019, *Comisión/Polonia* (Independencia de los Tribunales Ordinarios), C-192/18, EU:C:2019:924 y 19 de noviembre de 2019, *A.K.* (Independencia de la Cámara Disciplinaria del Tribunal Supremo), asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982. Para el presente análisis, vale la pena destacar sobre todo la sentencia *Comisión/Polonia* (Independencia de los Tribunales Ordinarios), dado que el TJUE analizaba en ella unos instrumentos muy parecidos al caso de los jueces del TS. También se trataba de la jubilación precipitada de los jueces (reducción de la edad de jubilación de 67 a 60 años en el caso de las mujeres, de 67 a 65 años en el caso de los hombres) y la posibilidad de decidir sobre la prórroga de las funciones por un órgano ejecutivo (en este caso, el Ministro de Justicia).

Hay que mencionar también que en el momento de dictar la Sentencia *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), de 24 de junio de 2019, las disposiciones controvertidas de la ley polaca habían sido derogadas. Fue la consecuencia de una resolución provisional adoptada por el TJUE el 17 de diciembre de 2018, en la que se ordenó la suspensión de la reducción de la edad de jubilación y se obligó a las autoridades polacas a adoptar todas las medidas necesarias para que los jueces del

TS afectados pudiesen continuar ejerciendo sus funciones en los mismos puestos y disfrutando de los mismos derechos, condiciones de empleo y estatuto que antes. La medida provisional provocó un cambio de la legislación (desde el 1 de enero de 2019), ya que quedaron derogadas las disposiciones que reducían la edad de jubilación de los jueces y las normas que facultaban al Presidente de la República a autorizar la prórroga de las funciones jurisdiccionales. A todos los jueces de entre 65 y 70 años se les facultó para volver al estado activo. Al mismo tiempo, el legislador polaco aplicó un mecanismo de presión económica. Debido a que el regreso a las funciones jurisdiccionales no era obligatorio, los jueces podían quedar jubilados conservando el 100 % de su remuneración, mientras que en condiciones normales es el 75 %. Una parte de los jueces de entre 65 y 70 años, cansados de los constantes ataques políticos, han decidido seguir jubilados.

Además, el gobierno polaco, deseando evitar que el TJUE declare definitivamente el incumplimiento de las obligaciones del Derecho de la Unión, alegaba que, debido a los mencionados cambios legislativos, el procedimiento ante el TJUE había quedado sin objeto. Estos argumentos no convencieron al TJUE, ya que, según la jurisprudencia anterior, se considera que la existencia del incumplimiento debe ser apreciada en función de la situación del Estado miembro tal como esta se presentaba en el momento de iniciar el procedimiento, y los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tomados en cuenta¹.

II.

Los últimos cambios en el sistema judicial polaco forman parte de un fenómeno que en la doctrina actual se denomina *constitutional populism* o *democratic backsliding* (véanse p.ej. Szente, 2017: 456-475, Blokker 2019: 519-543 y Sadurski, 2019). Se trata de ataques frontales contra todas las agencias públicas independientes, sobre todo contra la estabilidad y la autonomía del Poder judicial, con el fin de subordinar el funcionamiento de los tribunales al factor político (Castillo-Ortiz, 2019: 48-72 y Faggiani, 2019: 57-100). Se utilizan varias técnicas legislativas con el propósito de destituir a los jueces (Brzozowski, 2018: 275-292). Simultáneamente observamos el fenómeno de *court-packing*, que consiste en incrementar el número de jueces, permitiendo a la mayoría política de turno presentar sus candidatos y controlar el proceso de su nombramiento (Chang, 2019: 456-457). Otro método, importante desde el punto de vista del presente análisis, es la manipulación de la edad de jubilación de los jueces. La mayoría parlamentaria en Polonia aplicó todas estas medidas y desde 2015 logró, por etapas, paralizar varios sectores del Poder judicial (Krzywoń, 2018:

1 Sentencia *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), apdo. 30-31.

359-379). Todo empezó con la captura del Tribunal Constitucional con el fin de convertirlo en un órgano dispuesto a legitimar los controvertidos cambios legislativos (Brzozowski, 2019: 371-382 y Garlicki, 2019: 141-162). Las etapas siguientes fueron el asalto a la independencia del TS, el Consejo Nacional del Poder Judicial y los tribunales ordinarios (Sadurski, 2019: 97-126).

La modificación de la edad de jubilación de los jueces polacos, tanto de los tribunales ordinarios como del TS, era posible sin una reforma constitucional. La ley fundamental polaca no indica claramente ninguna norma sustancial, exigiendo solamente que la edad de jubilación se determine en la ley ordinaria (art. 180 apdo. 4). Al hacerlo, el legislador está sin duda obligado a respetar una serie de principios constitucionales (entre ellos, independencia judicial y separación de poderes), pero frente al mencionado silencio constitucional, y en el actual ambiente político, estas normas no se tomaron en cuenta.

Los cambios controvertidos consistían en la modificación de las normas de la ley ordinaria del TS de 2002, que fijaba la edad de jubilación de los jueces en 70 años. Las nuevas normas rebajaron esta edad a 65 años, permitiendo a los interesados presentar, antes de cumplirlos, una declaración en la que indicaban su deseo de continuar ejerciendo sus funciones. Sobre la prórroga –de tres años, con la posibilidad de renovarla una vez, también por tres años– decidía el Presidente de la República, después de haber solicitado un dictamen, puramente formal, del Consejo Nacional del Poder Judicial. Hay que enfatizar que la reducción de la edad de jubilación se refería también a los jueces que hubieran alcanzado los 65 años en la fecha de entrada en vigor de las nuevas normas. De un día para otro, los jueces entre 65 y 70 años perdieron el estatus de juez en funciones, aunque también tenían la posibilidad de solicitar al Presidente de la República la autorización para continuar desempeñando su cargo de juez.

Según los argumentos del gobierno polaco, estas modificaciones se debían a la voluntad de armonizar la jubilación de los jueces con la edad general de jubilación, aplicable al conjunto de los trabajadores, y de optimizar así la estructura por edades de los miembros del TS con responsabilidades directivas². En este contexto vale la pena mencionar que en el 2017 se ha rebajado la edad de jubilación en Polonia, fijándola en 60 años para las mujeres y 65 años para los hombres. Esta modificación, contraria a las tendencias europeas y mundiales, despierta serias dudas en relación con la prohibición de la discriminación por razón de sexo³.

² Sentencia *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), apdo. 80.

³ Por este motivo, en la sentencia *Comisión/Polonia* (Independencia de los Tribunales Ordinarios), el TJUE, apoyándose en el art. 157 TFUE, rechazó toda diferenciación en materia de retribución entre jueces y juezas, cualquiera que sea el mecanismo que determine esta desigualdad. La fijación de un requisito de edad distinto según el sexo para la concesión de una pensión constitutiva de retribución, según el TJUE, es contraria al Derecho de la Unión, debido a que se trata de condiciones directamente discriminatorias por razón de sexo (véase apdo. 74-80).

Las disposiciones mencionadas afectaron con carácter inmediato a 27 de los 72 jueces del TS que estaban en activo en la fecha de entrada en vigor de la nueva ley, entre ellos a su Presidenta Primera. En este contexto se produjo otro problema constitucional, debido a que la Constitución establece *expressis verbis* un mandato del Presidente Primero del TS de seis años (art. 183 apartado 3). La reducción de la edad de jubilación significaba entonces no solo la injerencia en la independencia judicial, sino también la modificación de la norma constitucional a través de la ley ordinaria⁴.

III.

Declarar el incumplimiento del Derecho de la Unión y la violación del principio de la independencia judicial no hubiera sido posible sin un importante cambio en la jurisprudencia europea, iniciado por la Sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117. El TJUE presentó una nueva interpretación de la obligación del art. 19 TUE, apdo. 1, párrafo segundo, de establecer un sistema de vías de recurso que garantice la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión. Para cumplir con ello hay que garantizar que los órganos judiciales nacionales –que potencialmente pueden pronunciarse sobre la aplicación o la interpretación del Derecho de la Unión– gocen siempre de la independencia judicial, que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a un juicio justo (art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en adelante CDFUE)⁵. Elemento muy importante de este razonamiento es la presunción de que los tribunales nacionales pueden tener que resolver sobre cuestiones relacionadas con el Derecho de la Unión⁶. Lo anterior significa que el TJUE rompe con el principio que hasta entonces determinaba su facultad para pronunciarse en un asunto determinado: se exigía la existencia de un vínculo sustancial entre el Derecho de la Unión y la legislación nacional, para evitar la extensión de las competencias de la UE a los asuntos reservados a los poderes nacionales.

En efecto, desde la sentencia *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, el TJUE está siempre habilitado para examinar la independencia de los tribunales nacionales (Krzywoń, 2020: 94-96). En primer lugar, corresponde a los Estados miembros determinar la organización del sistema de la Administración de Justicia, pero no es menos cierto que, al ejercer esta competencia frente al Poder judicial, siempre deben

4 Según la Constitución, el mandato de la Presidenta Primera debía finalizar el 30 de abril de 2020 y, como efecto de la nueva ley, se produjo el día de su entrada en vigor: 3 de abril de 2018; véase sentencia *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), apdo. 62.

5 Sentencia *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, apdo. 32-34.

6 Sentencia *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), apdo. 42-59.

cumplir con las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión⁷. Al exigir que los Estados miembros cumplan con el estándar mínimo de independencia judicial, ni la UE ni el TJUE pretenden en modo alguno ejercer por sí mismos dicha competencia ni, por tanto, arrogársela. En consecuencia, los Estados miembros organizan su Administración de Justicia bajo la supervisión europea (Bonelli y Claes, 2018: 630).

Debido al mencionado cambio de jurisprudencia, hay que destacar la evolución de otros instrumentos del Derecho de la Unión, sobre todo el recurso de incumplimiento (art. 258 TFUE), que fue utilizado por la Comisión Europea para cuestionar la reducción de la edad de jubilación de los jueces del TS. Es posible alegar que un sistema nacional no cumple con los requisitos de la independencia de los jueces, integrada en el contenido del derecho a un proceso equitativo y tutela judicial efectiva (art. 19 TUE, apdo. 1, párrafo segundo, y art. 47 CDFUE). Al mismo tiempo, la Comisión puede solicitar el procedimiento acelerado⁸ y la adopción de las medidas provisionales⁹, tal como hizo en el caso de los jueces del TS polaco.

Vale la pena resaltar que el procedimiento previsto en el art. 258 TFUE permite al TJUE evaluar directamente las disposiciones nacionales, no –como en el supuesto de las cuestiones prejudiciales (art. 267 TFUE)– indicar tan solo la interpretación correcta del Derecho de la Unión. Además, aunque el TJUE no tiene competencias para eliminar las normas del ordenamiento nacional, el art. 260 TFUE formula expresamente la obligación del Estado miembro de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia que declare el incumplimiento del Derecho de la Unión, por lo cual asume parcialmente el papel de un actor de la constitucionalidad (Martín y Pérez de Nanclares, 2017: 265). En el caso de que el Estado no ejecute la sentencia, es posible también imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva. Gracias a todo esto, como se ha evidenciado por la reacción del gobierno polaco al mencionado auto del TJUE de 17 de diciembre de 2018 sobre las medidas provisionales, estos instrumentos pueden ser muy eficaces a la hora del control europeo directo de si la legislación nacional cumple con el estándar de la independencia judicial en la UE.

7 Sentencias *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, apdo. 40, y *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), apdo. 52.

8 Véase art. 133, apdo. 1, del Reglamento del Procedimiento del Tribunal de Justicia.

9 Véase art. 160, apdo. 2 y 7, del Reglamento del Procedimiento del Tribunal de Justicia.

IV.

En la sentencia *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), el TJUE se ha pronunciado sobre la noción de la independencia judicial. La relaciona con las garantías del sistema europeo de derechos humanos, indicando que debe velar por que la interpretación del art. 47, párrafo segundo, CDFUE garantice el mismo nivel de protección que el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰. Indica además que la independencia de los órganos jurisdiccionales aglutina dos aspectos¹¹. El primero, de orden externo, supone que el órgano en cuestión ejerza sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar, o que puedan influir en sus decisiones. Esta indispensable libertad frente a los elementos externos exige ciertas garantías, como p.ej. la inamovilidad, lo que significa que los jueces pueden permanecer en el ejercicio de sus funciones en tanto no hayan alcanzado la edad de jubilación forzosa o hasta que termine su mandato, cuando este tenga una duración determinada. Aunque no tiene carácter absoluto, este principio solo puede ser objeto de excepciones cuando existan motivos legítimos e imperiosos que lo justifiquen, y siempre que se respete el principio de proporcionalidad¹².

El segundo aspecto de la independencia –de orden interno– se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de dicho litigio. En la doctrina, esta dimensión de la independencia se denomina imparcialidad subjetiva, para enfatizar que los jueces no deberían ser prejuzgados personalmente (Lautenbach, 2013: 164). Se exige entonces el respeto del principio de objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la interpretación y aplicación estricta de la norma jurídica. Sin embargo, en la práctica jurisprudencial resulta muy difícil separar estos dos órdenes de la independencia, ya que por independencia interna se entiende también toda protección de los jueces frente a los ataques que provienen desde dentro de la esfera del Poder judicial, p.ej. otros jueces, presidentes de los tribunales (Sillen, 2019: 110 y ss.).

10 Sentencia *A.K.* (Independencia de la Cámara Disciplinaria del Tribunal Supremo), apdo. 118.

11 Sentencias *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), apdo. 71-73, y *Comisión/Polonia* (Independencia de los Tribunales Ordinarios), apdo. 109-110.

12 Sentencias *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), apdo. 76, y *Comisión/Polonia* (Independencia de los Tribunales Ordinarios), apdo. 113.

Teniendo en cuenta lo anterior, vale la pena indicar que las garantías de independencia e imparcialidad –en su conjunto– postulan la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano jurisdiccional, así como al nombramiento (modo de designación), a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, al procedimiento relacionado con la jubilación y a la protección frente a las presiones (incluyendo los mecanismos de la responsabilidad disciplinaria), que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio¹³.

En lo que se refiere directamente a la edad de jubilación, el TJUE recordó la importancia del principio de inamovilidad, parte importante de la mencionada independencia judicial (de orden externo). Estas reglas exigen, en particular, que los jueces puedan permanecer en el ejercicio de sus funciones en tanto no hayan alcanzado la edad de jubilación establecida en la ley o hasta que termine su mandato, cuando éste tenga una duración determinada. Aunque estos requerimientos no tienen carácter absoluto, es necesario, en cualquier caso, que se adopten medidas adecuadas y proporcionales, como un período transitorio o un planteamiento gradual que permitan prevenir que dicha reducción se utilice de forma encubierta para modificar la composición de los órganos judiciales. En todo caso, hay que evitar cualquier impresión de que el acortamiento del período de ejercicio de la función jurisdiccional se debe en realidad a las actividades desarrolladas por estos durante el ejercicio de sus funciones¹⁴.

Según el TJUE, no se ha demostrado que las medidas objeto de controversia constituyan un medio adecuado, ni que fuera necesario imponer la jubilación forzosa de los jueces del TS. Rechazó el argumento de que la reducción de la edad de jubilación a 65 años se debiera a la voluntad de armonizarla con la edad general de jubilación. La última, en todo caso, no supone una jubilación forzosa de los trabajadores y las trabajadoras, sino meramente el derecho –una facultad– de poner fin a su actividad profesional y percibir una pensión de jubilación¹⁵. El TJUE no tenía dudas de que el motivo real de esta modificación era apartar a un determinado grupo de jueces del TS y crear un instrumento de presión y control político. En el contexto de la posibilidad de prórrogas –dos, cada una por tres años– por parte de los órganos del Poder ejecutivo, el TJUE indicó que era muy difícil defender que se tratara realmente de una armonización con la edad general de jubilación (65 años para los hombres y

13 Sentencia *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), apdo. 74.

14 *Ibidem*, apdo. 80 y ss.

15 *Ibidem*, apdo. 90.

60 años para las mujeres), ya que su concesión significaba que un juez del TS, según las nuevas normas, podía seguir activo hasta los 71 años¹⁶.

En lo que se refiere a la prórroga de funciones en sí misma, el TJUE no excluye la existencia de tal mecanismo. Si bien corresponde en exclusiva a los Estados miembros decidir si la autorizan o no una vez alcanzada la edad de jubilación ordinaria, no es menos cierto que están obligados a velar por que las condiciones y las modalidades a las que se sujeta la prórroga no puedan menoscabar el principio de independencia judicial¹⁷. Además, la circunstancia de que un órgano como el Presidente de la República (Ministro de Justicia, en el caso de los tribunales ordinarios) tenga atribuida la facultad para decidir si concede o no una prórroga no basta, por sí sola, para concluir que se ha violado el principio de independencia judicial. No obstante, es importante asegurarse de que los requerimientos sustanciales y las normas de procedimiento que rigen la adopción de tales decisiones respeten la impermeabilidad de los jueces frente a elementos externos¹⁸.

En este contexto, en primer lugar, el TJUE indicó que los mecanismos de prórroga introducidos en el sistema polaco tenían carácter totalmente discrecional, por cuanto su adopción no estaba en sí sometida a ningún criterio objetivo y verificable y no debía estar motivada. Los criterios establecidos en la ley eran excesivamente vagos, por lo cual no podía verificarse su concurrencia. Además, no cabía interponer un recurso judicial contra tal decisión¹⁹. En el caso de los tribunales ordinarios la ley tampoco fijaba plazo para que el Ministro de Justicia adopte la decisión acerca de la prórroga, lo que prolongaba el período de incertidumbre²⁰.

En segundo lugar, el TJUE mencionó que la participación del Consejo Nacional del Poder Judicial en el procedimiento de la concesión de prórroga podía objetivar todo el proceso, siempre que este órgano sea independiente de los poderes legislativo y ejecutivo²¹. Pero en esta esfera tampoco existía una norma que obligara al Consejo polaco a motivar sus dictámenes, por lo cual su participación no contribuía a orientar de manera objetiva al órgano ejecutivo en el ejercicio de la facultad de autorizar o denegar la prórroga. Además, la práctica indicaba que el Consejo Nacional del Po-

16 *Ibidem*, apdo. 83 y 85.

17 Sentencias *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), apdo. 110, y *Comisión/Polonia* (Independencia de los Tribunales Ordinarios), apdo. 118.

18 Sentencias *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), apdo. 111, y *Comisión/Polonia* (Independencia de los Tribunales Ordinarios), apdo. 119.

19 Sentencia *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), apdo. 114.

20 Sentencia *Comisión/Polonia* (Independencia de los Tribunales Ordinarios), apdo. 123.

21 Aquí el TJUE hizo referencia al problema de la independencia del Consejo Nacional del Poder Judicial. Esta cuestión fue resuelta en la posterior sentencia *A.K.* (Independencia de la Cámara Disciplinaria del Tribunal Supremo), donde indicó las herramientas para evaluar la independencia de los consejos del Poder judicial y enfatizó las circunstancias que pueden suscitar dudas acerca de la independencia del Consejo polaco, apdo. 124 y 143.

der Judicial se limitaba a emitir sus dictámenes, fueran favorables o desfavorables, a veces sin motivación alguna y en otras ocasiones con una motivación puramente formal²².

V.

Los argumentos del TJUE acerca de la reducción de la edad de jubilación y el mecanismo de prórroga son muy razonables y bien fundados. Era evidente que se trataba de instrumentos de carácter puramente político con el propósito de acabar con la independencia judicial y destituir a los jueces del TS con más experiencia. En el contexto de otros cambios en la Administración de Justicia en Polonia –sobre todo el cambio de la estructura del TS, la creación de las nuevas cámaras del TS y el asalto a la autonomía del Consejo Nacional del Poder Judicial– no cabe ninguna duda de que se trataba de la captura política de la máxima instancia judicial en Polonia. La respuesta del TJUE fue muy clara: la independencia judicial no es un asunto interno y el Derecho de la Unión proporciona instrumentos para su efectiva protección. Hay que agradecer esta postura y el esfuerzo interpretativo del TJUE, aunque, teniendo en cuenta que la manipulación de la edad de jubilación es solo una de las medidas aplicadas últimamente por el gobierno populista, la batalla por la independencia de la judicatura polaca no se ha terminado. ♦

22 Sentencia *Comisión/Polonia* (Independencia del Tribunal Supremo), apdo. 117.

BIBLIOGRAFÍA

Blokker, P. (2019). Populist Counter-Constitutionalism, Conservatism, and Legal Fundamentalism. *European Constitutional Law Review*, 15 (3), 519-543.

Bonelli, M. y Claes, M. (2018). Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary: ECJ 27 February 2018, Case C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses. *European Constitutional Law Review*, 14 (3), 622-643.

Brzozowski, W. (2018). The Removal of Judges and the Rule of Law. En M. Belou (Ed.), *Rule of Law at the Beginning of the Twenty-First Century* (pp. 275-292). Utrecht: Eleven International Publishing.

Brzozowski, W. (2019). Can the Constitutional Court Accelerate the Democratic Backsliding? Lessons from the Polish Experience. En M. Belou (Ed.), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders* (pp. 371-382). Utrecht: Eleven International Publishing.

Castillo-Ortiz, P. (2019). The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe. *European Constitutional Law Review*, 15 (1), 48-72.

Chang, W. (2019). Back into the political? Rethinking judicial, legal, and transnational constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, 17 (2), 456-457.

Faggiani, V. (2019). La 'rule of law backsliding' como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE. *Revista Española de Derecho Europeo*, 71, 57-100.

Garlicki, L. (2019). Constitutional Court and Politics. The Polish Crisis. En C. Landfreid. *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations* (pp. 141-162). Cambridge: Cambridge University Press.

Krzywoń, A. (2018). La crisis constitucional en Polonia (2015-2017): Como cuestionar el sistema del equilibrio constitucional en dos años. *Teoría y Realidad Constitucional*, 41, 359-379.

Krzywoń, A. (2020). La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, 85-117.

Lautenbach, G. (2013). *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Martín y Pérez de Nanclares, J. (2017). El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial con los tribunales constitucionales y con el TEDH. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 235-269.

Sadurski, W. (2019a). *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford: Oxford University Press.

Sillen, J. (2019). The concept of 'internal judicial independence' in the case law of the European Court of Human Rights. *European Constitutional Law Review*, 15 (1), 110-124.

Szente, Z. (2017). Challenging the Basic Values – Problems in the Rule of Law in Hungary and the Failure of the EU to Tackle Them. En A. Jakab, D. Kochenov (eds.). *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance* (pp. 456-475). Oxford: Oxford University Press.

INFORME JURÍDICO SOBRE EL CONTROL EXTERNO DEL PRESUPUESTO PARLAMENTARIO (PARLAMENTO VASCO. 12.2.1996)

LEGAL REPORT ON THE EXTERNAL CONTROL OF THE PARLIAMETARY BUDGET (BASQUE PARLIAMENT. 1996.2.12)

Alberto Figueroa Laraudogoitia

Ex letrado mayor del Parlamento Vasco

Cómo citar / Nola aipatu: Figueroa Laraudogoitia, A. (2020). Informe jurídico sobre el control externo del presupuesto parlamentario. (Parlamento Vasco 12.02.1996). *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, (1): 176-189. <https://doi.org/10.47984/legal.2020.008>



NOTA INTRODUCTORIA

I.

Se me ofrece la posibilidad de actualizar el informe jurídico que hace ya casi un cuarto de siglo, el 27 de diciembre de 1995, solicitó la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuestos, relativo al control de la ejecución del presupuesto del Parlamento, con especial atención a las fórmulas existentes en el derecho comparado. El informe, que lleva mi firma, expresa la opinión no solo del letrado que lo suscribe, sino el de los Servicios Jurídicos de la Cámara en su conjunto.

Pues bien, a pesar del tiempo transcurrido, podemos concluir afirmando que el informe mantiene, básicamente, su vigencia, y expresa, al menos para quien suscribe esta adenda, una opinión que no ha decaído con el paso del tiempo.

Hay que hacer notar que el informe no tiene como objeto pronunciarse sobre una cuestión de legalidad, es decir, sobre si, de acuerdo con la Constitución, el Estatuto y el resto de las leyes vigentes, la ejecución del presupuesto del Parlamento *debe* estar sometida al control externo y, en concreto, si ese control lo debe ejercer el Tribunal de Cuentas (el del Estado o el autonómico), sino sobre un tema de oportunidad, esto es, si existen fundamentos y razones para que el Parlamento *sacrifique* su reconocida autonomía financiera en razón de principios que lo justifiquen, como puede ser el de transparencia.

Como se indica, las conclusiones del informe exponen la situación existente, todavía, a día de hoy. A nivel doctrinal, se mantiene la división entre quienes consideran que existe una resistencia injustificada a la hora de articular la sujeción de la gestión económica desarrollada por los parlamentos a la misma fiscalización que realizan los órganos de control externo de la totalidad de las instituciones, administraciones, organismos y entidades que integran el sector público. Otros, sin embargo, siguen considerando que la ejecución autónoma del presupuesto y la no sujeción al principio de especialidad constituyen las piedras angulares de la autonomía administrativa: cualquier control externo sobre la ejecución del presupuesto parlamentario supone una injerencia que, a la postre, impediría preservar el principio de autonomía financiera.

Algunos sostienen que el control externo de la ejecución del presupuesto parlamentario por el Tribunal de Cuentas (en nuestro caso, por el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas; en adelante TVCP) no implica injerencia alguna del Gobierno (tradicional enemigo de la autonomía parlamentaria), y que su existencia sería un ejemplo de transparencia. Otros alegarán que, siendo el TVCP un órgano dependiente, y que ejerce sus funciones por delegación de la Cámara, sería contradictorio que pudiera fiscalizar la ejecución de su presupuesto. Más aún: podría llegar a considerarse que un informe del TVCP sobre la ejecución del presupuesto parlamentario que no encontrara tacha estaría viciado de origen, sería fruto de la pura sumisión, al haber sido nombrados los miembros del Tribunal por el sujeto controlado.

Cierto es que, como no podemos olvidar, independencia del Parlamento no equivale a impunidad que sustraiga a la Cámara del cumplimiento de la ley, ni que la autonomía parlamentaria pueda apartarse de su función instrumental como medio para garantizar la independencia de la institución representativa, sin constituir un fin en sí misma.

II.

Como dato adicional, habría que destacar que, en la finiquitada legislatura (XI), el Pleno del Parlamento tomó en consideración dos proposiciones de ley presentadas por los grupos parlamentarios Elkarrekin Podemos y Popular, posteriormente refundidas (Mesa de 11 de abril de 2017) en la iniciativa “De modificación de la ley 1/1988, de 5 de febrero, del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas/Herri Kontuen Euskal Epaitegia”.

En la iniciativa, y en las enmiendas presentadas, se observa una evolución favorable al control, o fiscalización, de las cuentas del Parlamento por el TVCP, circunscrita a su actividad administrativa.

La proposición de ley tomada en consideración expresaba en su exposición de motivos, para justificar la extensión de las funciones de fiscalización del TVCP al Parlamento Vasco, que “La puesta de manifiesto de los posibles errores de funcionamiento del Parlamento no debe ser vista como un vehículo de *‘escándalo* de una democracia de especta-

dores', sino que ha de considerarse como instrumento más de mejora y servir a la mayor calidad del funcionamiento de la *más alta de nuestras instituciones*".

En las enmiendas presentadas, cabe citar que tanto EH Bildu como el Grupo Popular no solo aceptaban la fiscalización de las cuentas del Parlamento, sino que la extendían a las juntas generales y a las diputaciones forales.

Por su parte, los grupos parlamentarios que sostenían al Gobierno (grupos Nacionalistas Vascos y Socialistas Vascos) expresaban, en una enmienda a la exposición de motivos de la proposición de ley, toda una declaración de intenciones, en el siguiente texto: "(...) por otro lado extender al Parlamento Vasco las funciones propias del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas en su gestión administrativa, así como a los entes que de aquel dependen, unificando el criterio de sujeción del Sector Público Vasco y el Parlamento Vasco al control fiscalizador de las actividades económico-financieras y contables que desarrolla el Tribunal". Una enmienda al artículo 2 concretaba el alcance de esa declaración: "El Tribunal Vasco de Cuentas Publicas asistirá y fiscalizará al Parlamento en el control de la actividad económico-financiera vinculada a sus funciones estrictamente administrativas".

Con independencia de la redacción desafortunada de la enmienda, parece claro que lo que se pretendía introducir, como novedad en la ley, es que el TVCP, además de asistir al Parlamento en el control de su actividad económico-financiera, lo fiscalizara.

En definitiva, todos los grupos parlamentarios coincidían, con matices, en que el TVCP extienda sus funciones de fiscalización a la actividad del Parlamento Vasco, centrada en sus funciones administrativas, a falta de precisar cuáles son estas y si se pueden deslindar con precisión de otras que tienen naturaleza digamos política o parlamentaria en sentido estricto, pues al final habrá algunas de esas funciones que soportan el núcleo mismo de la independencia del Parlamento. Por ejemplo, el control de las subvenciones a los grupos parlamentarios y su destino o justificación, ¿es una función administrativa?

Parece que comienza a consolidarse un pensamiento común de que el principio de autonomía financiera del Parlamento Vasco está en revisión y que la aceptación de un control externo (externo en cuanto que la actividad funcional del TVCP no está mediatizada por el órgano de quien formalmente depende) gana terreno a través de la juridificación de otros principios como el de transparencia.

Cabe señalar, sin embargo, que el intento de modificación de la Ley 1/1988, de 5 de febrero, del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas/Herri Kontuen Euskal Epaitegia se quedó en eso, en una tentativa. Y que la ponencia que debía estudiar la proposición de ley y las enmiendas comenzó a reunirse en diciembre de 2019, justo cuando la legislatura estaba a punto de terminar. Al final, la iniciativa decayó con la disolución del Parlamento.

Alberto Figuerola Larauogoitia

19.5.2020

INFORME JURÍDICO SOBRE EL CONTROL EXTERNO DEL PRESUPUESTO PARLAMENTARIO

OBJETO

En la sesión celebrada por la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuestos el 27 de diciembre de 1995, se solicitó por unanimidad de los asistentes un informe jurídico relativo al control de la ejecución del presupuesto del Parlamento con especial atención a las fórmulas existentes en el derecho comparado.

Tras haber contrastado los mecanismos de control existentes en diversos Parlamentos de Europa, hemos considerado, dada la complejidad de la materia, ofrecer una perspectiva de análisis más amplia que la simple recopilación de las fórmulas que se vienen observando en otras latitudes. La cuestión objeto de informe afecta a elementos nucleares de la propia institución parlamentaria y una aproximación que no resulte superficial obliga a tener en cuenta perspectivas doctrinales, puntos de vista del derecho comparado, regulación legal vigente en Euskadi y una valoración crítica del conjunto.

LA VERIFICACIÓN DEL PRESUPUESTO PARLAMENTARIO

A - LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA

1. *Doctrina mayoritaria.*

La posición dominante entre los estudiosos de la materia se manifiesta a favor de la absoluta independencia de los Parlamentos en el control de sus presupuestos. La ausencia de control externo se encuentra enraizada con un principio axiomático, clásico, en el derecho parlamentario: la autonomía financiera de las Cámaras. En

base a este principio de autonomía financiera se atribuye a los Parlamentos la suficiente y necesaria independencia frente a los demás poderes del Estado y, en particular, frente al Gobierno. Dicho en otras palabras, lo que persigue este principio es que las Cámaras puedan desarrollar sus funciones sin encontrarse mediatizadas por la carencia de fondos.

La autonomía financiera y contable de las Cámaras representativas tiene su origen histórico, político y jurídico en el principio de separación de poderes. Su formulación tuvo lugar en el momento mismo del nacimiento de los órganos representativos y estuvo acompañada de una larga lucha de éstos por afirmar su propia independencia de otros órganos y particularmente de la monarquía. Ya en la primera fase de la Revolución francesa, la Asamblea Nacional se dotó de su propia administración interna, independiente del poder ejecutivo que fue a abocar en diciembre de 1791 en el control exclusivo de su propio presupuesto. En el marco del proceso histórico que han vivido los Parlamentos, se ha venido afirmando gradualmente una total independencia y autonomía respecto a cualquier otra autoridad. Primero por la vía de hecho y después por el derecho, las Cámaras han reafirmado su administración propia, la inmunidad de sede, la policía interna, la autonomía presupuestaria, etc.

Aun cuando en nuestros días los principios de unidad y universalidad presupuestaria obligan a que las dotaciones correspondientes al Parlamento aparezcan formalmente englobadas en los Presupuestos Generales (del Estado, Comunidad Autónoma, etc.), su elaboración

y aprobación compete en exclusiva al Parlamento. Las Cámaras no están sujetas al principio de especialidad presupuestaria en sentido cualitativo sino solamente en el cuantitativo, de tal forma que el órgano librador no puede pedir justificación alguna para la puesta a disposición del Parlamento de los fondos correspondientes. En otras palabras, los créditos para gastos de que pueden disponer los Parlamentos sólo han de estar limitados por la cuantía total de sus dotaciones, sin que les sea exigible por la ley de Presupuestos Generales que los destinen exclusivamente a finalidades o conceptos específicos. Otra cuestión distinta es, lógicamente, que el presupuesto parlamentario, a efectos internos, sí esté presidido por el principio de especialidad cualitativa y vincule a los órganos de la Cámara encargados de gestionar el gasto.

En resumen, la elaboración, aprobación y ejecución del presupuesto constituyen aspectos fundamentales de la autonomía financiera del Parlamento. Es indudable que la ejecución autónoma del presupuesto y la no sujeción al principio de especialidad constituyen las piedras angulares de la autonomía administrativa. Completando lo anterior, la doctrina mayoritaria excluye cualquier control externo sobre la ejecución del presupuesto parlamentario, precisamente para preservar el principio de autonomía financiera.

Citando un autor clásico, diríamos que el contenido de esta autonomía financiera de las Cámaras exige “que cada una de ellas tenga su propio presupuesto, preparado solo por ella, votado soberanamente y definitivamente liquidado por sí misma, sin ninguna injerencia del Ministerio de Finanzas ni del Tribunal de Cuentas” (Pierre).

Entre nosotros adquirió tempranamente aceptación el criterio sostenido por Fernando Santaolalla: los recursos económicos de las Cortes no están sometidos a ningún control externo, incluso al correspondiente al Tribunal de Cuentas, ya que al ser éste un órgano dependiente y que ejerce sus funciones por delegación de aquéllas (artículo 136-1 CE) sería contradictorio que pudiera fiscalizarlas.

2. Posiciones críticas.

Existen algunos autores que discrepan de las opiniones mayoritarias y defienden el control externo del presupuesto parlamentario por el Tribunal de Cuentas. Es evidente que estos autores no se manifiestan contrarios al principio de autonomía financiera de las Cámaras sino que consideran que el control externo de la ejecución de su presupuesto no menoscaba aquel principio. Según estos autores (Recoder, Gutiérrez Robles, Albiñana, etc.), el presupuesto parlamentario forma parte del sector público a los efectos de control externo por parte del Tribunal de Cuentas.

En líneas generales, se considera que la autoridad y prestigio de los Parlamentos saldría reforzada en la medida que potencien la transparencia en la actuación general, de la que forma parte importante la transparencia en la utilización de los fondos públicos que gestionan, máxime cuando, según se afirma, la gestión de los fondos públicos por los Parlamentos presenta una cierta opacidad que, en última instancia, redundaría en desprestigio de la propia institución parlamentaria y del conjunto del sistema democrático.

Se indica igualmente que un control externo del presupuesto parlamentario, a través de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, no supone merma o menoscabo de la necesaria autonomía financiera del Parlamento puesto que éste sería en último término y sobre la base de los informes técnicos emitidos, el único competente para adoptar las medidas necesarias.

Por último, se aduce que la dependencia de los Tribunales de Cuentas de las Cámaras tampoco resulta un obstáculo substancial, toda vez que esta dependencia está dirigida a garantizar la actuación y funcionamiento de las instituciones de control frente al ejecutivo al que controlan y fiscalizan habitualmente, pero no supone interferencia en su gobierno, régimen interior, funcionamiento y programa de trabajo, campos en los que su autonomía queda plenamente garantizada por las leyes que las regulan.

	Tribunal de Cuentas			
	Estado	CC.AA.	Parlamento	?
Andalucía			✓	
Aragón	✓			
Asturias			✓	
Islas Baleares			✓	
Canarias			✓	
Cantabria	✓			
Castilla-La Mancha		✓		
Castilla y León	✓			
Cataluña			✓	
Extremadura				✓
Galicia		✓		
Madrid	✓			
Murcia			✓	
Nauarra			✓	
La Rioja			✓	
Valencia		✓		

B - REGULACIONES EN EL DERECHO COMPARADO

1. La verificación del presupuesto parlamentario en Europa.

En el Anexo nº 1 adjuntamos un informe elaborado por la Secretaría General del Parlamento Europeo sobre la elaboración y control de los presupuestos parlamentarios. Dado que la documentación que se aporta ofrece un panorama exhaustivo del tratamiento de la cuestión abordada en este informe, nos limitaremos a reseñar los aspectos más relevantes.

Destacaríamos que en algunos países la ejecución del presupuesto parlamentario está sometida a la verificación o control de los órganos externos, tipo Tribunal de Cuentas. En Alemania, tanto el Bundestag como el

Bundesrat tienen su presupuesto controlado por el Tribunal de Cuentas; en Grecia, el presupuesto del Vouli ton Ellinon es controlado por el Tribunal de Cuentas; en Holanda, los presupuestos de las Cámaras están controlados por el Ministerio de Finanzas y el Tribunal de Cuentas; en Irlanda el Oireachtas por el Auditor General, y el presupuesto de la Cámara de los Lores y de los Comunes por la National Audit Office. En Bélgica se da la curiosidad de que el presupuesto del Senado es controlado por el Tribunal de Cuentas y sin embargo no lo es el de la Cámara de Representantes. En Dinamarca, España, Francia, Italia, Luxemburgo y Portugal son las propias Cámaras las que ejercen, a través de distintos mecanismos, el control de la ejecución de los presupuestos.

2. Sistemas adoptados por las CC.AA.

A pesar de que, tal y como señalábamos, los presupuestos del Congreso y Senado (Cortes Generales) no están sometidos a control externo alguno y que es frecuente percibir el fenómeno de la emulación del sistema jurídico de las CC.AA. respecto al estatal, en la cuestión que nos ocupa no puede decirse que todos los Parlamentos autonómicos han seguido las pautas de las Cortes Generales. Como puede apreciarse en el cuadro siguiente, el presupuesto parlamentario es controlado en ocho CC.AA. (en nueve si contamos el País Vasco) por el propio Parlamento, en cuatro por el Tribunal de Cuentas del Estado y en tres por los Tribunales de Cuentas de la Comunidad respectiva. En el caso de Extremadura no hemos logrado concretar debidamente el sistema, por lo que dejaremos sin clasificar a esta Comunidad.

a) Parlamentos cuyo presupuesto es controlado por el Tribunal de Cuentas del Estado:

a.1 - Aragón

El control externo del presupuesto del Parlamento lo ejerce el Tribunal de Cuentas del Estado. Aparece recogido en el capítulo correspondiente del Informe que elabora el Tribunal de Cuentas sobre la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Aragón, correspondiente a los distintos ejercicios económicos.

a.2 - Cantabria

Estatuto de Autonomía:

Art. 7 Los poderes de la C.A. de Cantabria se ejercen a través de la Diputación Regional, la cual está integrada por la Asamblea Regional, el Consejo de Gobierno y el Presidente.

Art. 40 El control económico y presupuestario de la Diputación Regional se ejercerá por el Tribunal de Cuentas del Estado.

El informe del Tribunal de Cuentas será remitido, además de a las Cortes Generales, a la Asamblea Regional de Cantabria.

Lo establecido en los párrafos anteriores se llevará a cabo de acuerdo con lo que disponga la Ley Orgánica prevista en el artículo 136.4, de la Constitución.

Reglamento de Gobierno y Régimen Interno:

Art. 46 El control de la gestión económica de los órganos de la Asamblea se ejercerá:

- a. Por la propia Asamblea, de acuerdo con los arts. 9 y 55 del Estatuto de Autonomía para Cantabria.
- b. Por la Mesa de la Asamblea, en los términos previstos en el art. 32.1.2º del Reglamento de la Cámara.
- c. Por la Intervención de la Cámara respecto al control interno, de acuerdo con lo dispuesto en este Reglamento.

Reglamento de la Asamblea:

Art. 32.1.2º Corresponde a la Mesa:

Elaborar el proyecto de presupuesto de la Asamblea, dirigir y controlar su ejecución y presentar ante el Pleno de la Cámara, al final de cada ejercicio, un informe acerca de su cumplimiento.

a.3 - Castilla y León

Control externo:

Ley 7/1986, de 23 de diciembre de la Hacienda de la Comunidad de Castilla y León art. 8.4 “Las Cortes de Castilla y León estarán sometidas a sus propios órganos de control interno y justificarán su gestión directamente ante el Tribunal de Cuentas”.

En consecuencia el Tribunal de Cuentas del Estado está facultado para controlar la ejecución del presupuesto de las Cortes y a él se le remite directamente la liquidación del presupuesto de cada ejercicio, una vez que ha sido aprobado por la Mesa de la Cámara.

Control interno:

Reglamento de la Cámara art. 27.1.2º corresponde a la Mesa “elaborar el proyecto de presupuesto de las Cortes, dirigir y controlar la ejecución del presupuesto aprobado y presentar a la Cámara, al final de cada ejercicio, un informe acerca de su cumplimiento”.

Este informe, una vez aprobado, se pone a disposición de los Procuradores y de los Grupos Parlamentarios y un extracto o resumen del mismo se publica en el Boletín Oficial de las Cortes.

a.4 - Madrid

El presupuesto de la Asamblea se incluye en la Cuenta General de la Comunidad para ser fiscalizado todo ello por el Tribunal de Cuentas del Estado, tal como se regula en la Ley /1990 [sic], de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid.

b) Parlamentos cuyo presupuesto es controlado por el Tribunal de Cuentas de su Comunidad

b.1 - Castilla-La Mancha

Ley 5/1993, de 27 de diciembre de 1993, de la Sindicatura de Cuentas.

Art. 8.1 A los efectos de esta Ley, componen el sector público de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha:

- a. Las Cortes Regionales, la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus Organismos Autónomos, Instituciones y Empresas.

Reglamento de organización y funcionamiento de la Sindicatura de Cuentas.

Disposición Transitoria 1ª:

Las Corporaciones Locales, Cortes de Castilla-La Mancha y demás Entidades Públicas no territoriales sometidas a fiscalización, rendirán a la Sindicatura las Cuentas correspondientes al ejercicio 1994 y sucesivos, efectuándose la rendición de las correspondientes a ejercicios precedentes, conforme a la normativa vigente con anterioridad a la Ley 5/1993.

b.2 - Galicia

El art. 76 del Reglamento de Régimen Interior del Consejo de cuentas de Galicia establece:

“Las cuentas del Parlamento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de gestión económica y financiera pública de Galicia y en virtud de lo preceptuado en el artículo 4 de la Ley 6/1985, de 24 de junio, reguladora del Consejo de Cuentas, el Parlamento de Galicia remitirá a este Consejo, sus cuentas generales antes del 30 de julio del año siguiente al del ejercicio económico a que correspondan, para la fiscalización de las mismas.”

b.3 - Valencia

Ley 6/1985, de 11 de mayo, de Sindicatura de Cuentas.

Art. 17. Corresponden al Consejo, como órgano supremo de la Sindicatura de cuentas, las siguientes funciones:

- e. Emitir informe anual sobre la gestión económica del sector público valenciano y sus cuentas, e incluso de las propias Cortes Valencianas.

Reglamento de Régimen Interior de la Sindicatura de Cuentas.

Art. 12: Corresponde al Consejo las siguientes funciones:

- e. Emitir informe anual sobre la gestión económica del sector público valenciano y sus cuentas, e incluso de las propias Cortes Valencianas; y en su caso, en este sentido extenderá su actuación al ámbito de las entidades Locales que conforma el territorio de la Comunidad Autónoma en los términos previstos en el artículo 2 de la Ley de la Sindicatura de Cuentas.

c) Parlamentos cuyo presupuesto no está sometido a control externo

c.1 - Andalucía

Ley 9/1987, de 9 de diciembre, de modificación de determinados artículos de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía:

Art. 3. El Parlamento de Andalucía goza de autonomía presupuestaria. Elabora y aprueba su Presupuesto y, en los términos que establezcan sus propias disposiciones, posee facultades plenas para la modificación, ejecución, liquidación y control del mismo.

En el primer mes de cada trimestre, la Consejería de Hacienda librerá automáticamente y por cuartas partes las dotaciones presupuestarias del Parlamento de Andalucía.

c.2 - Asturias

La fiscalización del presupuesto de la Cámara se regula por el art. 36 del Reglamento de la Asamblea que establece la rendición de cuentas de la Mesa ante el Pleno cada año.

c.3 - Canarias

Hay un interventor en la plantilla orgánica que realiza la función interventora. No existe control externo del presupuesto de la Cámara.

c.4 - Cataluña

No hay ningún control externo. El órgano competente es la Comisión de Gobierno Interior.

Reglamento del Parlamento. Art. 46:

1.- La Comisión de Gobierno Interior está formada por la Mesa del Parlamento más un Diputado en representación de cada Grupo Parlamentario, y adopta las decisiones por el sistema de voto ponderado.

2.- Le corresponden las siguientes funciones:

- 1º. Elaborar los Estatutos de Régimen y Gobierno Interior de la Cámara.
- 2º. Elaborar el presupuesto del Parlamento para su aprobación en Pleno.
- 3º. Controlar la ejecución del presupuesto y presentar al Pleno la liquidación correspondiente en cada periodo de sesiones.
- 4º. Aprobar la composición de las plantillas de personal del Parlamento y las normas que regulan su acceso.
- 5º. Cumplir todas aquellas otras que le encomienda el presente Reglamento.

3.- Para el cumplimiento de la tarea referida en el punto tercero del apartado anterior, la Comisión de Gobierno Interior propondrá al Pleno la designación de tres Diputados interventores por cada periodo presupuestario, los cuales ejercerán la intervención material de todos los gastos y presentarán un informe cada dos meses de sus gestiones.

c.5 - Islas Baleares

El Pleno aprueba la liquidación del presupuesto del Parlamento.

c.6 - Murcia

1.- No existe norma alguna específica del control del presupuesto parlamentario. Es aplicable la normativa general:

- a. Art. 54 del Estatuto de Autonomía
- b. Arts. 88-91 de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia.

2.- El Reglamento de la Cámara (art. 42.4.3º) indica que es competencia de la Comisión de Gobierno Interior “controlar su ejecución y rendir informe al Pleno, al término de su ejercicio, sobre su cumplimiento”. El Estatuto de Régimen Interior y de Personal (art. 23) establece las mismas competencias.

c.7 - Navarra

Ley 8/1988, de 26 de diciembre, reguladora de la Hacienda de Navarra. (Artículos 113 y 114.1, y Disposición adicional 1ª)

La Cámara de Comptos no ejerce el control sobre el presupuesto del Parlamento.

c.8 - La Rioja

El presupuesto de la Diputación Regional no tiene ningún control externo. El presupuesto se controla internamente mediante Diputados Interventores (art. 144 del Reglamento) que se reúnen trimestralmente a efectos de requerimiento de la ejecución del presupuesto y elaboran un informe anual sobre la misma que la Mesa de la Cámara eleva al Pleno para su aprobación.

Trimestralmente se envía al Consejo de Gobierno el informe de ejecución aprobado por los interventores para su conocimiento y apunte contable correspondiente.

Reglamento de la Diputación General. Art. 144: Para el mejor control de la ejecución del Presupuesto, se designarán tres Diputados Interventores, un por la mesa de entre sus miembros y dos por el Pleno, elegidos en la forma prevista por el artículo 4.2.c) de este Reglamento, que ejercerán la intervención material de todos los gastos y presentarán un informe de su gestión al final de cada ejercicio presupuestario.

3 - Valoración crítica de los modelos.

La primera cuestión que habría que señalar a la hora de realizar una valoración crítica de los sistemas vigentes en el derecho comparado es que la aparente sencillez de la clasificación no es sino un espejismo que no debe confundirnos a la hora de realizar translaciones automáticas de modelos.

Valorar el modelo vigente en un país implica un análisis de su arquitectura constitucional, de sus costumbres y evolución, de la naturaleza y funciones de los órganos controladores.

Pensemos en las distintas características que presentan los Tribunales de Cuentas del modelo latino en relación con el anglosajón. Tengamos en cuenta que los sistemas de nombramiento de los Tribunales de cuentas obedece a fórmulas diferentes, con y sin participación parlamentaria. Pensemos que en gran Bretaña la Oficina Nacional de Auditoría no tiene la estructura clásica que conforma a los Tribunales de Cuentas: no es un órgano colegiado, carece de funciones jurisdiccionales y su funcionamiento interno se aproxima, en cuanto a métodos y procedimientos de auditoría, al de una oficina especializada. Observemos que en los modelos europeos raramente se conjuga la dependencia del Tribunal de Cuentas del Parlamento con el ejerci-

cio del control externo del presupuesto parlamentario. Fijémonos en la nota 2 del Anexo I de este informe: mientras que el Tribunal de Cuentas controla las cuentas del Senado belga, no verifica las de la Cámara de Representantes. La justificación aducida resulta sumamente significativa: el Tribunal de Cuentas es un órgano de la Cámara de Diputados y ello explica que no verifique las cuentas de la Cámara.

En lo que concierne a los sistemas seguidos por las CC.AA., hay que señalar que el origen de la normativa de aplicación resulta muy dispar. En algunos casos, el control que ejerce el Tribunal de Cuentas del Estado sobre el presupuesto parlamentario trae causa del Estado de Autonomía (Cantabria). En otros casos, el control externo del presupuesto parlamentario se establece en leyes autonómicas. Por último, cabe citar como curiosidad que en Galicia la obligación del control del presupuesto del Parlamento por el Consejo de cuentas de Galicia se establece no en la ley sino en el Reglamento de Régimen Interior del Consejo de cuentas de Galicia (art. 76), dándose la circunstancia de que este Reglamento fue aprobado por la Comisión competente del Parlamento.

Hay que indicar igualmente que en Italia la polémica sobre el control externo del presupuesto de los órganos constitucionales se suscitó a finales de los años setenta. También entonces un sector de la doctrina italiana propugnaba poner fin a lo que consideraba un privilegio anacrónico: la ausencia de control externo en el control del presupuesto de algunos órganos, entre ellos las Cámaras. El Tribunal de Cuentas, sin duda influenciado por aquellas propuestas doctrinales, adoptó una decisión sin precedentes en la historia constitucional italiana. Por Decreto de 30 de octubre de 1979 exigió al Tesorero del Senado la presentación de las cuentas relativas a los ejercicios 1969 y 1977. Idéntica intimidación fue efectuada a la Presidencia de la República y a la Corte Constitucional. Según la argumentación ofrecida por el Tribunal de Cuentas, también los presupuestos de los órganos constitucionales estaban

obligados a ser controlados por un juez independiente e imparcial que en el ordenamiento italiano resultaba ser el Tribunal de Cuentas. El Tribunal de cuentas secundaba la doctrina que observaba el anacronismo de exonerar a los órganos constitucionales de rendir sus cuentas en la medida en que están también gestionando dinero público. Por otra parte, según manifestaba el Tribunal de Cuentas, el juicio contable no se extendía a la finalidad justificativa, a las decisiones adoptadas por los órganos gestores de la Asamblea legislativa (en este caso, decía, sí se podría hablar de minoración de la independencia de la Cámara), pero sí a valorar el comportamiento de los funcionarios que llevan el manejo del dinero público para determinar la regularidad de la gestión financiera.

Como consecuencia de la actuación del Tribunal de Cuentas, el Senado, la Cámara de los Diputados y la Presidencia de la República presentaron un recurso ante la Corte Constitucional por conflicto de atribuciones. La Corte Constitucional, pro sentencia de 10 de junio de 1981, declaró que no compete al Tribunal de cuentas el poder someter a control las cuentas de la Presidencia de la República, de la Cámara y del Senado. Entre otras cosas, la sentencia determina que la autonomía administrativa y contable de las Cámaras es absoluta y no está sometida al control de parte de órganos o sujetos externos a las propias Cámaras. Esta sentencia trae causa de otra dictada en 1968 en la que la Corte Constitucional afirmaba que el control externo comprometía el libre ejercicio de la función político-legislativa o de garantía constitucional atribuida a los órganos constitucionales.

Por último, cabe observar que el propio Parlamento Europeo ha seguido las pautas mayoritarias en el continente al establecer en su Reglamento (art. 166) el sistema de control interno de su presupuesto sin intervención alguna del Tribunal de Cuentas.

EL CONTROL DEL PRESUPUESTO PARLAMENTARIO VIGENTE EN EL PAÍS VASCO

1. El art. 27 del Estatuto de Autonomía consagra el principio de autonomía financiera del Parlamento al disponer que aprobará su presupuesto y el Estatuto de su Personal.

El art. 23 del Parlamento atribuye a la Mesa la función de elaborar el proyecto de presupuesto de la Cámara, dirigir su ejecución y presentar ante el Pleno, al final de cada ejercicio, un informe acerca de su cumplimiento.

Por su parte, el art. 40 del Reglamento señala que corresponde a la Comisión de Urgencia Legislativa, Reglamento y Gobierno el estudio y aprobación del proyecto de presupuesto del Parlamento para su elevación al Pleno de la Cámara. Igualmente, esta Comisión es la competente para controlar la ejecución de los presupuestos y presentar al Pleno la liquidación correspondiente al final de cada ejercicio.

El art. 2 de la Ley 1/1988, de 5 de febrero, del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, excluye al Parlamento del ámbito de control del Tribunal, limitándose a señalar el punto 2 del referido artículo que “el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas asistirá al Parlamento en el control de la actividad económico-financiera vinculada a sus funciones estrictamente administrativas”.

Es evidente que de la regulación legal existente se desprende que el presupuesto del Parlamento Vasco no está sometido a control externo alguno. Es más, la Ley 1/1988 del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas no hace sino ratificar este criterio en el citado art. 2 del que se deducen las siguientes conclusiones:

- c. El Tribunal de Cuentas asiste al Parlamento, es decir, acompaña, socorre, favorece o ayuda.
- d. Asiste al Parlamento en el control, esto es, sensu contrario, el control lo ejerce plenamente el Parlamento y la asistencia la presta el Tribunal.

- e. La asistencia del Tribunal se limita, en todo caso, a la actividad económico-financiera vinculada a sus funciones estrictamente administrativas. Se excluye, no ya el control, sino también la asistencia del Tribunal en aquellos ámbitos que constituyan manifestación de la autonomía organizativa y funcional del Parlamento.

En consecuencia, tanto el Reglamento de la Cámara como la propia ley de creación del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas optaron por el modelo mayoritario vigente tanto en Europa como en el conjunto de las Comunidades autónomas. Y la decisión no se tomó sin conocimiento de causa. Las posiciones que propugnaban la consideración del presupuesto parlamentario como integrante del sector público a efectos de un control por el Tribunal de cuentas también fueron puestas entonces de relieve. Concretamente Eusko Alkartasuna propuso una enmienda en este sentido, aun cuando posteriormente la retirara para apoyar una transaccional que fue el origen del art. 2.2 de la ley del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas.

2. A la hora de considerar fórmulas que garanticen la transparencia del presupuesto parlamentario hay que tener en cuenta circunstancias que le son peculiares y constituyen aspectos que no pueden quedar sin una mención especial.

En primer lugar hay que destacar que el presupuesto del parlamento es relativamente insignificante en comparación con el de la Comunidad Autónoma y su mayor parte es de gasto corriente. Además, su ejecución no se realiza por funcionarios u órganos unipersonales sino por la Mesa del Parlamento, cuya composición plural garantiza, en gran medida, la transparencia en la gestión del presupuesto.

3. El someter el presupuesto del Parlamento al control del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas no solamente plantea problemas legales (la ley excluye el control)

sino institucionales. Resulta difícil de explicar que un órgano estatutario como es el Parlamento pueda ser controlado por otro carente de relevancia estatutaria y que además ejerce sus funciones por delegación suya.

Es más que dudoso considerar que un control del Tribunal de cuentas sobre el presupuesto parlamentario incremente automáticamente el nivel de transparencia de la gestión de los fondos públicos encomendados al Parlamento. Si los informes de fiscalización no encontraran deficiencias o anomalías siempre cabría deducir que la especial posición del Tribunal de Cuentas en relación con el Parlamento ha tenido como consecuencia una intervención benevolente. Por el contrario, si el Tribunal informara sobre deficiencias en la gestión presupuestaria, desde los órganos del Parlamento podría interpretarse que las críticas estarían fundadas en el afán de demostrar la independencia.

Es bien cierto que lo expuesto no son sino meras conjeturas o elucubraciones sobre intenciones indemostrables. Sin embargo, resulta absolutamente indiscutible que la posición del Parlamento ante un eventual control de su presupuesto por el Tribunal de Cuentas es sumamente delicada. ¿Cómo cabría interpretar que el Parlamento rechazara o no aceptara las recomendaciones y críticas del Tribunal? Si aceptara las recomendaciones y críticas sin posibilidad de discrepancia, estaría mutilando su autonomía financiera. Si las rechazara estaría poniendo en entredicho y cuestionando la función de un órgano que ejerce las tareas fiscalizadoras por delegación suya.

Hay que entender que la ley del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, como decimos, tuvo en cuenta estas consideraciones y optó por la fórmula establecida en su art. 2.2. Sin embargo, la previsión legal no se ha desarrollado. El Parlamento tiene plena autonomía para establecer sistemas reforzados de control interno de su presupuesto, que garanticen la transparencia, contando con la asistencia del Tribunal de Cuentas. Las propuestas pueden ser diversas en este sentido, pero la fórmula establecida en el Parlamento de Cataluña

nos parece que puede resultar plenamente satisfactoria para reforzar los sistemas internos de control y mejorar la transparencia en la gestión de los fondos públicos. La idea de designar Diputados-interventores, que pueden estar funcionalmente asistidos por personal del Tribunal de Cuentas, o parlamentarios que presenten un informe sobre la ejecución del presupuesto, asistidos en la misma forma, nos parece plenamente congruente con la legalidad y los principios que inspiran el sistema parlamentario.

CONCLUSIONES

La doctrina mayoritaria se manifiesta contraria al control externo del presupuesto parlamentario por considerarlo opuesto al principio de autonomía financiera del Parlamento.

Un criterio divergente, defendido de forma minoritaria, sostiene la compatibilidad de la autonomía financiera con el control externo del presupuesto parlamentario por los Tribunales de Cuentas.

En los modelos vigentes en Europa coexisten fórmulas diversas con predominio de la inexistencia de control externo sobre el presupuesto de las Cámaras. La trasposición de los sistemas de otros países no puede realizarse de forma automática sin considerar aspectos relativos a la arquitectura constitucional y a la naturaleza y funciones de los órganos controladores.

En lo que concierne a las CC.AA., en ocho Comunidades (nueve con el País Vasco) no existe control externo sobre el presupuesto parlamentario; en cuatro, el control lo ejerce el Tribunal de Cuentas del Estado; y en tres, el Tribunal de Cuentas de la respectiva Comunidad.

En Euskadi, el Estatuto y el resto del ordenamiento reconocen la autonomía financiera del Parlamento, excluyendo cualquier tipo de control externo sobre el presupuesto parlamentario.

La Ley 1/1988, de 5 de febrero, dispone en su artículo 2 que el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas asisti-

rá al Parlamento en el control de la actividad económico-financiera vinculada a sus funciones estrictamente administrativas. En otras palabras, el Parlamento ejerce plenamente el control de su presupuesto y esa tarea estará asistido (socorrido, ayudado) por el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas.

El sistema legal vigente permite fórmulas de control interno reforzado del presupuesto parlamentario que no han sido desarrolladas. La idea de designar

Diputados-interventores asistidos funcionalmente por personal del Tribunal de Cuentas y que rindan su informe ante la Comisión competente o el Pleno resulta plenamente congruente con la legalidad y los principios que inspiran el sistema parlamentario. ♦

Vitoria-Gasteiz, 12 de febrero de 1996

INFORME DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA SOBRE LOS EFECTOS DEL ACUERDO DE LA JUNTA ELECTORAL CENTRAL 2/2020, RELATIVO A LA “INELEGIBILIDAD SOBREVENIDA” DEL DIPUTADO JOAQUIM TORRA I PLA (13.1.2020)

REPORT OF THE LEGAL SERVICES OF THE PARLIAMENT OF CATALONIA ON THE EFFECTS OF THE DECISION OF THE CENTRAL ELECTORAL BOARD 2/2020, REGARDING THE “SUBSEQUENT INELIGIBILITY” OF THE DEPUTY JOAQUIM TORRA I PLA (2020.1.13)

Joan Ridao Martín

Parlamento de Cataluña

Cómo citar / Nola aipatu: Ridao Martín, J. (2020). Informe de los Servicios Jurídicos del Parlamento de Cataluña sobre los efectos del Acuerdo de la Junta Electoral central 2/2020, relativo a la “inelegibilidad sobrevenida” del diputado Joaquim Torra i Pla (19.12.2019). *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, (1): 190-225. <https://doi.org/10.47984/legal.2020.009>



COMENTARIO AL INFORME

RESUMEN

El Acuerdo 2/2020 de la Junta Electoral Central instó la retirada de la credencial parlamentaria del diputado Joaquim Torra, condenado a pena de inhabilitación especial por sentencia no firme, mediante el recurso a la figura de la “inelegibilidad sobrevenida” establecida en el artículo de 6.2.b de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General. Los Servicios Jurídicos de la Cámara parlamentaria catalana elaboraron un informe profundamente crítico con dicho acuerdo, en el que no solo se reprochó la utilización impropia de dicha figura, sino además su utilización con la única finalidad de configurar un tipo de incompatibilidad automática completamente sustraída al preceptivo control y trámite parlamentario de la apreciación de la incompatibilidad. En opinión del informe, de dicha arrogación impropia resulta la nulidad de lo dispuesto en el Acuerdo 2/2020 que, además, conculca gravemente

los derechos de participación política del diputado Torra ex artículo 23.2 de la Constitución, en tanto en cuanto interrumpe de forma ilícita el desarrollo de su labor como representante electo. El informe considera, también, la afectación que se produce sobre la simultánea condición de *president* de la Generalitat que detenta el diputado Torra y concluye que, en las condiciones particulares del ordenamiento en Cataluña de dicha figura, la retirada de la condición de diputado no surte, por sí misma, el efecto del cese automático en el cargo de la presidencia.

PALABRAS CLAVE

Derecho parlamentario, administración electoral, causas de cese de los diputados, incompatibilidades parlamentarias, inelegibilidad sobrevenida, causas de cese del presidente del gobierno.

ABSTRACT

Agreement 2/2020 of the Central Electoral Board urged the withdrawal of the parliamentary credential of the deputy Joaquim Torra, sentenced to a special disqualification for a non-final judgment, by resorting to the figure of the “supervene inelegibility” established in the article 6.2.b of the Organic Law of General Electoral Regime. The legal services of the Catalan parliamentary chamber prepared a deeply critical report with said agreement, in which not only the improper use of said figure was reproached, but also its use with the sole purpose of configuring a type of automatic incompatibility, completely subtracted from mandatory control and parliamentary process of the appreciation of incompatibility. In the opinion of the report, of such improper arrogance, the nullity of the provisions of Agreement 2/2020 results, which also seriously violates the rights of political participation of Deputy Torra ex Article 23.2 of the Spanish Constitution, insofar as it interrupts illegally develop his work as an elected representative. The report also considers the affectation that occurs on the simultaneous condition of President of the Generalitat held by Deputy Torra and concludes that, in the particular conditions of the ordering in Catalonia of said figure, the withdrawal of the status of deputy does not take place, by itself, the effect of automatic termination on the office of the president.

KEYWORDS

Parliamentary law, electoral administration, causes for the cessation of deputies, parliamentary incompatibilities, supervene inelegibility, causes for the cessation of the president of the government.

LABURPENA

Hauteskunde Batzorde Zentralaren 2/2020 Erabakiak Joaquim Torra diputatuaren egiaztagutuna kentzea eskatu zuen, epai ez-irimo baten bidez desgaikuntza bereziko zigorrera kondenatua izan baitzen, Hauteskunde Araubide Orokorren Lege Organikoaren 6.2.b artikuluan ezarritako “gerora sortutako hautaezintasunaren” figurari errekurtoa aurkeztuz. Kataluniako Parlamentuko Zerbitzu Juridikoek txosten oso kritikoa egin zuten akordio horrekiko, eta, bertan, figura horren erabilera desegokia gaitzesteaz gain, bateraezintasun automatikoaren mota bat konfiguratzeke erabili izana ere aurpegiratu zitzaion, bateraezintasuna hautematearen nahitaezko kontrol eta izapide parlamentariotik erabat aldentuta. Txostenaren arabera, beretzat hartze desegoki horretatik ondorioztatzen da 2/2020 Akordioan xedatutakoa deuseza dela, eta, gainera, Torra diputatuaren parte-hartze politikorako eskubideak larriki urratzen dituela Konstituzioaren 23.2 artikulua- ren arabera, ordezkari hautatu gisa egiten duen lana legez kontra eteten baitu. Txostenak, halaber, aintzat hartzen du Torra diputatua aldi berean Generalitateko presidente izateak eragina duela, eta ondorioztatzen du, figura horrek Katalunian duen ordenamenduaren baldintza berezietan, diputatu izaera kentzeak ez duela berez eragiten presidentetza automatikoki uztea.

GAKO-HITZAK

Zuzenbide parlamentarioa, hauteskunde-administrazioa, diputatuek kargua uzteko arrazoiak, bateraezintasun parlamenariak, gerora sortutako hautaezintasuna, gobernuko presidenteak kargua uzteko arrazoiak.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA APLICACIÓN DE LA CAUSA DE “INELEGIBILIDAD SOBREVENIDA” Y LA USURPACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LA CÁMARA PARLAMENTARIA EN LA RESOLUCIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE SUS MIEMBROS.
- III. LA INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA DEL DIPUTADO JOAQUIM TORRA Y SOBRE LA CONTINUIDAD EN SU CONDICIÓN DE *PRESIDENT*.

I. INTRODUCCIÓN

El Acuerdo de la Junta Electoral Central (AJEC) 2/2020, de 3 enero, que declara la inelegibilidad sobrevenida [*ex art. 6.2.b* de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG)] del entonces diputado del Parlament –y, a la vez, *president* de la Generalitat de Catalunya– Joaquim Torra i Pla, dejando, en consecuencia, sin efecto la credencial parlamentaria que el afectado había obtenido tras los comicios catalanes de 21 de diciembre de 2017, y que intima a la Junta Electoral Provincial la declaración de la vacante y la expedición de la correspondiente credencial a favor del siguiente candidato de la lista de Junts per Catalunya con la que había concurrido el señor Torra, suscita numerosas dudas de legalidad, entre otros, en los órdenes del derecho parlamentario, el derecho constitucional –al involucrar diversos derechos fundamentales de la persona afectada, entre los cuales está el de participación política *ex artículo 23* de la Constitución (CE)– y el derecho procesal. Estas dudas hasta ahora se consideraban resueltas tanto por parte de la jurisprudencia ordinaria, la constitucional e, incluso, de la propia JEC, en un sentido substancialmente divergente al expresado por la Junta en el citado Acuerdo 2/2020. Por otro lado, la insólita decisión de la JEC añade numerosas cuestiones de fondo a la ordenación material de las competencias concurrentes entre la Justicia, la Administración electoral y las cámaras legislativas.

El informe de los Servicios Jurídicos de la cámara catalana, que se reproduce a continuación, expone de forma exhaustiva estas dudas y cuestiones, a partir de su contraste con el sentido de las normas legales aplicables y la jurisprudencia aplicada hasta el momento, y alcanza unas conclusiones profundamente discrepantes de la decisión de la JEC. El actual comentario se propone sintetizar los principales elementos de dicho desacuerdo, especialmente los referidos al ámbito del derecho parlamentario.

II. LA APLICACIÓN DE LA CAUSA DE “INELEGIBILIDAD SOBREVENIDA” Y LA USURPACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LA CÁMARA PARLAMENTARIA EN LA RESOLUCIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE SUS MIEMBROS

Como es conocido, el AJEC 2/2020 tiene causa en la sentencia no firme del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) en el procedimiento abreviado nº 1/2019, de 19 de diciembre de 2019, que condenó a Joaquim Torra, entre otras, a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos y el desempeño de

funciones de gobierno, en todos los ámbitos, por un periodo de dieciocho meses¹. Es importante esta situación procesal porque la argumentación de la JEC para justificar su intervención y el sentido de su decisión se ancla, de forma nuclear, en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.2.b de la LOREG², en una interpretación más que discutible de la norma. No es la menor de las objeciones el hecho de que la causa de inelegibilidad sobrevenida contemplada en el artículo citado conecte teleológicamente con los delitos vinculados a la actividad terrorista y a las formaciones políticas que les daban apoyo, ambos supuestos muy alejados de los ilícitos considerados en el procedimiento citado. La interpretación extensiva de la norma que aplicó la JEC en este punto no se compadece con la doctrina constitucional sobre las facultades de la Junta para aplicar dichos criterios [por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 7/1992].

En términos sintéticos, el informe jurídico del Parlament sitúa la incompetencia de la JEC en el caso considerado, en un doble ámbito: el material y el temporal. Efectivamente, en primer lugar, la aplicación del artículo 6.2.b de la LOREG en correspondencia con el artículo 6.4 de la misma ley, que establece el Acuerdo mencionado, se proyecta fuera del marco temporal que le es propio a la Administración electoral, esto es, el periodo entre la convocatoria electoral y la obtención del estatus pleno del cargo electo (STC 144/1999), y para ello se sustenta en una peregrina distinción, no acogida por la LOREG ni en la doctrina constitucional (aunque la JEC apele a la antes mencionada STC 7/1992 y a la STC 155/2014), entre incompatibilidades por inelegibilidad e incompatibilidades parlamentarias o funcionales, extensión de improbable encaje en el artículo 160 de la LOREG y en las competencias de la JEC (ex artículo 19 de la LOREG).

El mismo constructo lógico-jurídico, que parece elaborado *ad hoc*, fundamenta también la sustracción a la Cámara parlamentaria de la competencia en exclusiva que le corresponde, de acuerdo con el precepto citado de la LOREG y los reglamentos de las cámaras parlamentarias, en el conocimiento y apreciación del conjunto de incompatibilidades en las que pueden incurrir sus miembros. Es decir, el AJEC 2/2020 ignoró, de forma consciente, el hecho de que la privación de la credencial parlamentaria por incompatibilidad no tiene, en ningún caso, un carácter automático sino que resulta de

1 Cabe recordar que el delito de desobediencia ex artículo 410.1 del Código Penal que el TSJC atribuyó al *president* Torra en la mencionada sentencia, a instancias de la Fiscalía General del Estado, fue motivado por la controversia sobre la actitud de la Presidencia de la Generalitat frente a la instrucción de la JEC de “retirada de las banderas ‘esteladas’ o lazos amarillos que puedan encontrarse en cualquier edificio público dependiente de la Generalidad de Cataluña” (AJEC 55/2019, de 11 de marzo) durante el periodo electoral; actuación que fue objeto de un severo reproche por parte de la JEC, al interpretar que carecía de “otra finalidad que eludir o burlar los requerimientos emitidos por esta Junta Electoral Central” (AJEC 91/2019, de 21 de marzo).

2 Precepto de discutible técnica jurídica que creó una causa de incompatibilidad, singular y ajena al ordenamiento parlamentario, que establecía una causa de cese *ex lege* de candidatos a cargos de elección directa en determinados supuestos, excitable por parte de la Administración electoral. Cabe recordar que, tanto el mencionado artículo como el 6.4 fueron introducidos en la legislación electoral por la reforma de la LOREG operada por la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, explícitamente tributaria de los planteamientos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

un procedimiento específico desarrollado por las cámaras parlamentarias, como bien puso de relieve el voto particular de un significativo grupo de vocales de la JEC –seis de los trece que la componen– al Acuerdo 2/2020 y, posteriormente, fue asumido en el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal ante el recurso 8/2020 interpuesto por la defensa del señor Torra ante el Tribunal Supremo (TS).

En este orden de cosas, es relevante recordar que la autonomía de las cámaras legislativas [*ex* artículo 72.2 CE, concretado en el caso de Cataluña en los artículos 58 y 59 de su Estatuto de Autonomía (EAC)] se expresa en los correspondientes reglamentos parlamentarios, los cuales se interrelacionan con las leyes no por un criterio de jerarquía sino de competencia. No corresponde al reglamento parlamentario regular las situaciones de inelegibilidad, pero sí las de adquisición y pérdida de la condición de parlamentario. Por ello, aun aceptando la pertinencia de la aplicación de la causa de inelegibilidad sobrevenida esgrimida por la JEC, correspondería a la cámara catalana dirimir la incompatibilidad resultante de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 del Reglamento del Parlament de Catalunya (RPC), como así se contempla en el artículo 160 de la LOREG y se establece en la doctrina constitucional (por todas, STC 155/2014). Ciertamente, entre las causas de pérdida de la condición de diputado que establece dicho reglamento solo se contempla la inhabilitación por sentencia judicial firme (artículo 24 RPC). Por lo demás, como significa el informe jurídico del Parlament con cita de numerosos precedentes, hasta ahora el proceder de la JEC venía siendo sumamente escrupuloso con esta materia, tanto en el ámbito parlamentario como en lo relativo a los cargos electos locales.

III. LA INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA DEL DIPUTADO JOAQUIM TORRA Y SOBRE LA CONTINUIDAD EN SU CONDICIÓN DE *PRESIDENT*

La doctrina constitucional consolidada ha caracterizado el derecho de participación política *ex* artículo 23 CE como la reunión de tres derechos autónomos: el de participación política, propiamente dicha, directamente o a través de representantes (artículo 23.1 CE), el de acceso a cargos públicos representativos (artículo 23.2 CE) y el de acceso a la función pública, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (artículo 103.3 CE) (por todas, STC 298/2006, FJ 6). En particular, el de acceso a cargos públicos mediante el sufragio pasivo apareja que una vez adquirida la condición de representante esta pueda ejercerse sin restricciones ni perturbaciones ilegítimas (STC 71/1994, FJ 6). De esto no cabe deducir que el derecho fundamental *ex* artículo 23.2 CE, como la mayor parte de los derechos fundamentales, tenga un alcance incondicionado o absoluto, pero sí que las limitaciones que lo afecten sean justificables en términos constitucionales y de preservación del Estado democrático de derecho. Esto es, en esencia, lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha denominado como

principio de “expectativa legítima” (Lykourezos c. Grecia, 2006, § 57) y aplicado en una amplia diversidad de casos que el informe recoge.

En relación con el caso considerado aquí, es meridianamente claro que la privación de su condición de diputado mediante un iter procedimental inédito, distinto al establecido y de discutible legalidad perturba ilícitamente el derecho de participación política ex artículo 23.2 del señor Joaquim Torra. Es más, teniendo en cuenta que el TS no ha resuelto el recurso contra el AJEC 2/2020 interpuesto por el afectado, dar ejecutividad previa a las decisiones contenidas en dicho acuerdo colisiona con el derecho, también fundamental, a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE). Esgrimir la posible retroactividad de los actos, en su caso, aunque posible en el ámbito teórico (*vid.* la STC 844/2019), impone una dinámica que altera el sentido de la composición de la Cámara manifestado por el voto de los ciudadanos en su día o expone el *ius in officium* de los representantes a impugnaciones prescindibles.

Finalmente, el informe jurídico del Parlament aborda –y no es la menor de las cuestiones– el impacto de la declaración de “inelegibilidad sobrevenida” del diputado Joaquim Torra, en caso de hacerse ejecutiva, sobre su simultánea condición de *president* de la Generalitat de Catalunya. Nos referimos aquí al conflicto normativo que plantea la anulación de su credencial como parlamentario y su continuidad en el cargo presidencial. Efectivamente, tanto la previsión constitucional (artículo 152.1 CE) como la estatutaria específica para Catalunya (artículo 67.2 EAC) requieren de la persona candidata a la presidencia de la comunidad autónoma la condición previa de miembro de la Cámara legislativa.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en la norma estatutaria de otras comunidades, el EAC no contempla expresamente la separación de la condición de diputado como causa de cese en el cargo presidencial. De hecho, la única causa penal que se contempla como motivo de cese del *president* es la inhabilitación por sentencia judicial firme (artículo 67.7 EAC y, en consonancia, el artículo 7.1.f de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno). Por otro lado, en el ámbito de la organización institucional propia de cada comunidad no sería admisible la intromisión de la legislación electoral –ni siquiera por la vía de los tantas veces citados artículos 6.2.b y 6.4 de la LOREG– dado que la propia Ley Fundamental anuda, reiteradamente, dicha cuestión a su desarrollo estatutario (artículos 147.2.c, 148.1.1 y 152.1 CE). En estas condiciones, aun cuando no puede ignorarse que es a través de la figura del *president* como se establece la relación fiduciaria entre Cámara legislativa y Gobierno, el informe de los Servicios Jurídicos del Parlament concluye que la separación del cargo de diputado no es condición de cese automático en la presidencia de la Generalitat de Catalunya y que este supuesto debe producirse, exclusivamente, en los supuestos taxados en el artículo 67.7 del EAC.

Joan Ridao Martín
23.2.2020

INFORME RELATIVO A LOS EFECTOS DEL ACUERDO 2/2020 DE LA JUNTA ELECTORAL CENTRAL DE 3 DE ENERO DE 2020, POR EL QUE SE DECLARA QUE EL DIPUTADO JOAQUIM TORRA I PLA INCURRE EN LA CAUSA DE «INELEGIBILIDAD SOBREVENIDA» DEL ART. 6.2.B LOREG, POR EL HECHO DE HABER SIDO CONDENADO EN SENTENCIA NO FIRME DICTADA POR EL TSJC EN FECHA 19 DE DICIEMBRE DE 2019

ANTECEDENTES

1. Joaquim Torra i Pla es diputado al Parlamento de Cataluña desde su proclamación como electo por la lista electoral de la candidatura de Junts per Catalunya por la circunscripción electoral de Barcelona en las elecciones celebradas el 21 de diciembre de 2017 (alta: 29.01.2018, BOPC, 8).

2. La sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC), de 19 de diciembre de 2019, de acuerdo con el procedimiento abreviado n.º 1/2019, determinó:

Que debemos condenar y **CONDENAMOS** al acusado, Molt Honorable President de la Generalitat de Catalunya, D. JOAQUIM TORRA I PLA como autor penalmente responsable de un delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario público, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de **MULTA DE DIEZ (10) MESES** con una cuota diaria de **CIEN (100) EUROS** y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no abonadas, e **INHABILITACIÓN ESPECIAL** para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito local, autonómico, estatal o europeo, así como para el desempeño de funciones de gobierno

en los ámbitos local, autonómico y del Estado, por tiempo de **UN (1) AÑO Y SEIS (6) MESES**.

3. De acuerdo con los antecedentes que constan en la cámara, Joaquim Torra i Pla verificó, en fecha 23 de diciembre de 2019, a través de su defensa y de su representación, la presentación de un escrito de preparación de recurso de casación contra la sentencia mencionada, que no es firme, en los términos establecidos por el artículo 854 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím).

4. El representante del Subgrupo Parlamentario del Partit Popular de Catalunya, en fecha 23 de diciembre, registró un escrito en el que solicita que la Mesa del Parlamento haga efectiva la sentencia previa reclamación de testimonio de la misma al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC). Este escrito va acompañado del presentado ante la Junta Electoral Provincial de Barcelona (JEP), en el que el propio Partit Popular insta a este organismo a ejecutar la resolución judicial y afirma que constata la inelegibilidad sobrevenida de Joaquim Torra por haber sido condenado por un delito de desobediencia a, entre otros, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, de ámbito local, autonómico, estatal o europeo, y para el desarrollo de funciones de gobierno en estos mismos ámbitos por un tiempo de un año y seis meses.

5. El 23 de diciembre de 2019, las formaciones políticas Ciutadans - Partido de la Ciudadanía y Vox también solicitaron ante la JEP que, en virtud del artículo 6.2.b de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG), se procediera «al cese como diputado electo del Parlament de Catalunya, por inelegibilidad sobrevenida», del presidente de la Generalidad de Cataluña, Joaquim Torra i Pla.

6. La JEP, en sesión del 24 de diciembre de 2019, se declaró competente para la resolución de dichas peticiones y acordó su desestimación. En apoyo de esta determinación, la JEP argumentó, en síntesis, que, a efectos penales, en primer lugar, la condena de Joaquim Torra lo es por desobediencia a la Administración electoral y que esta administración no puede ser subsumida entre las públicas a que se refiere el artículo 6.2.b de la LOREG, y, en segundo lugar, que hay que hacer una interpretación restrictiva y proporcional de las normas limitadoras del derecho de sufragio pasivo establecido en el artículo 23 de la Constitución española (CE).

7. Posteriormente, el Partit Popular, Ciutadans - Partido de la Ciudadanía y Vox interpusieron un recurso contra el acuerdo de la JEP de 24 de diciembre ante la Junta Electoral Central (JEC) en la que solicitan la estimación de sus escritos. En fecha 30 de diciembre, el Parlamento presentó alegaciones ante la JEC, en las que solicita la inadmisión o, en su caso, la desestimación de estos recursos.

8. El Pleno del Parlamento aprobó el pasado 4 de enero de 2020 la Resolución 694/XII, de rechazo de la actuación represiva de la Junta Electoral Central contra el presidente de la Generalidad, Quim Torra, y el eurodiputado Oriol Junqueras, y en defensa de las instituciones de Cataluña, en la que se manifiesta que el Parlamento «apoya cuantos recursos judiciales sean oportunos ante esta vulneración de derechos» (ap. 1), «ratifica a Quim Torra como diputado y como presidente de la Generalidad» (ap. 3) y «reconoce como único marco jurídico aplicable a la presidencia de la Generalidad la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno, y el Reglamento del Parlamento de Cata-

luña. Asimismo reitera que el Reglamento de la cámara es el único que puede alterar su composición».

9. En fecha 3 de enero, la JEC acordó (Acuerdo 2/2020) estimar el recurso presentado por el Partit Popular, y parcialmente los interpuestos por Ciutadans - Partido de la Ciudadanía y Vox, y

«2.º Declarar que concurre en Don Joaquim Torra i Pla la causa de inelegibilidad sobrevenida del art. 6.2.b de la LOREG en razón de haber sido condenado por sentencia no firme dictada el día 19 de diciembre de 2019 (procedimiento abreviado 1/2019) por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Cataluña, imponiéndole, además de una pena de multa, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito local, autonómico, estatal o europeo, así como para el desempeño de funciones de gobierno en los ámbitos local, autonómico y del Estado, por tiempo de un año y seis meses, por considerarle autor de un delito de desobediencia tipificada en el art. 410.1 del CP, precepto incluido en el Título XIX del Código Penal, cuya rúbrica es la de “Delitos contra la Administración Pública”.

»3.º Dejar sin efecto la credencial del Diputado electo al Parlamento de Cataluña por la circunscripción electoral de Barcelona de don Joaquim Torra i Pla efectuada por la Junta Electoral Provincial de Barcelona tras las elecciones celebradas el 21 de diciembre de 2017, todo ello con efectos de la fecha en que se notifique íntegramente este Acuerdo.

»4.º Ordenar a la Junta Electoral Provincial de Barcelona que una vez notificado íntegramente el contenido de este Acuerdo declare la vacante como Diputado del Parlamento de Cataluña, por la circunscripción electoral de Barcelona, de don Joaquim Torra i Pla, expidiendo la credencial al siguiente candidato de la lista de Junts per Catalun-

ya, con que concurrió a las citadas elecciones de 21 de diciembre de 2017, a los efectos procedentes.»

10. En fecha 8 de enero de 2020, la JEP tomó conocimiento del acuerdo de la JEC de 7 de enero por el que se daba traslado del escrito presentado por el presidente de la Generalidad, Joaquim Torra i Pla, en que solicitaba la suspensión de la ejecución del acuerdo de la JEC de 3 de enero de 2020, ya que consideraba que la JEP es el órgano competente para su conocimiento, y en el que se acordaba dar traslado del acuerdo de la JEC, junto con el escrito del presidente de la Generalidad, a las formaciones políticas de Junts per Catalunya, el Partit Popular, Ciutadans - Partido de la Ciudadanía y Vox, y también al Parlamento de Cataluña, para que efectuaran las consideraciones oportunas.

11. El Parlamento, con relación al procedimiento iniciado en la JEC (EXPTE 251/628) como consecuencia de los recursos interpuestos contra el acuerdo de la JEP de 24 de diciembre de 2019, mediante un acta de la presidencia (n.º 165), de fecha 8 de enero, tomó nota del acuerdo mencionado (exp. 251/628), en la que se adjuntaba un escrito del presidente de la Generalidad, Joaquim Torra i Pla, que pedía a aquella instancia la suspensión de la efectividad del acuerdo, y decidió presentar alegaciones ante la JEP antes del plazo establecido (18 horas del día 9 de enero). De la misma forma, el acta de la presidencia consideraba conveniente, para apreciar la legitimación necesaria, presentar urgentemente recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Supremo contra el acuerdo de 3 de enero de 2020.

12. En fecha 8 de enero, la representación del presidente de la Generalidad presentó ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo recurso contencioso administrativo para la protección de los derechos fundamentales contra el acuerdo de la JEC de 3 de enero, en la que pedía la suspensión de este acuerdo como medida cautelarísima e *inaudita parte*. En fecha 10 de enero, la Sala acordó desestimar la adopción de la medida cautelarísima solicitada, sin perjuicio del estado pendiente de resolución de la solicitud de medidas cautelares.

13. En fecha 10 de enero, la JEP acordó:

«[...] y en cumplimiento de lo dispuesto por la JEC, esta Junta Electoral Provincial de Barcelona declara la vacante como diputado del Parlamento de Cataluña, por la circunscripción electoral de Barcelona, de Don Joaquim Torra i Pla, debiendo expedirse la credencial a favor de Don Ferran Mascarell i Canalda, que será entregada al representante general designado en su momento por la candidatura en la que se integraban Don Joaquim Torra i Pla y Don Ferran Mascarell i Canalda.»

OBJETO DEL INFORME

El presente informe se emite para dar a conocer la opinión de los Servicios Jurídicos sobre los efectos del acuerdo de la Junta Electoral Central de 3 de enero de 2020 por el que se declara que el diputado Joaquim Torra i Pla incurre en la causa de inelegibilidad sobrevenida del artículo 6.2.b de la LOREG por haber sido condenado por sentencia no firme dictada el 19 de diciembre de 2019 (procedimiento abreviado 1/2019) por la Sala de lo Civil y Penal del TSJC.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. LA COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTORAL COMO FUNDAMENTO DEL ACUERDO DE LA JUNTA ELECTORAL CENTRAL. LA CAUSA DE INCOMPATIBILIDAD SOBREVENIDA DERIVADA DE LOS ARTÍCULOS 6.2.B Y 6.4 DE LA LOREG.

1.1. La Junta Electoral no es competente para acordar el cese del diputado al Parlamento Joaquim Torra i Pla

Ninguno de los títulos competenciales contenidos en la LOREG es hábil para que la Administración electoral (tanto la JEP como la JEC) pueda conocer de una causa de incompatibilidad como la suscitada. Como tendremos ocasión de examinar, una debida inteligencia de los preceptos

de la LOREG aplicables lleva inexorablemente a concluir que tanto el conocimiento de las incompatibilidades de los parlamentarios como el de las causas de la pérdida de la condición de diputado corresponde a las cámaras legislativas, cuestión que, por otra parte, reflejan todos los reglamentos parlamentarios, tanto el de las Cortes Generales como los autonómicos (en el caso del Parlamento de Cataluña en los artículos 18 y 24 respectivamente).

La circunstancia de que la LOREG sea aplicable a todo tipo de elecciones (disposición adicional primera, 2) y que la causa de incompatibilidad sobrevenida del artículo 6.2.b, en correspondencia con el artículo 6.4 de la LOREG, no esté expresamente prevista en el Reglamento de Parlamento de Cataluña, sino en la legislación del régimen electoral general, no sustrae la competencia al Parlamento de Cataluña, es decir que no desplaza la competencia hacia la Administración electoral.

Como se dirá más adelante, son varias las cámaras que han asumido con naturalidad esta facultad sin haber sido perturbadas por ello, con el resultado de que la JEC se ha limitado a ejecutar los acuerdos parlamentarios correspondientes y a expedir las credenciales correspondientes a favor de nuevas personas (acuerdos de la JEC 99/2012, 100/2012 y 183/2014).

En efecto, la Junta Electoral no es competente para acordar el cese del diputado al Parlamento Joaquim Torra i Pla, que desarrolla las funciones propias del cargo desde que accedió al pleno ejercicio de esta condición. Esta determinación corresponde al Parlamento de Cataluña, dado que se enmarca en el ámbito del derecho parlamentario, ya que afecta al estatuto de sus diputados, regulado en el Reglamento del Parlamento de Cataluña, o bien al órgano judicial correspondiente, según los casos.

Ciertamente, la Administración electoral, definida por el Tribunal Constitucional (TC) como una administración *ad hoc* (STC 80/2002), dotada de una especial independencia, no se incluye en el ámbito subjetivo definido por las normas relativas al régimen jurídico de las administraciones públicas, pero tampoco en la esfera del poder judicial o de la jurisdicción, a pesar de su composición híbrida, con

vocales designados por el Congreso de los Diputados y por el Tribunal Supremo. Por esta misma razón, de acuerdo con el artículo 9.1 de la LOREG, la JEC, que se erige en órgano permanente de la Administración electoral, no es ni tan solo competente para conocer de todas las cuestiones previstas en la legislación orgánica del régimen electoral, ya que corresponde a la jurisdicción ordinaria, por ejemplo, el conocimiento de los delitos electorales (artículo 139 y siguientes de la LOREG) o de las impugnaciones de los acuerdos previstos por las leyes (artículo 109 y siguientes de la LOREG), y, lo que es relevante a nuestros efectos, tampoco para resolver las incompatibilidades de los diputados (art. 160 LOREG), ya que ello corresponde a los órganos legislativos pertinentes, aunque sea tomando en consideración el conjunto del ordenamiento jurídico aplicable (art. 9.1 CE), tanto las previstas en los reglamentos parlamentarios como en las leyes generales:

El artículo 160 de la LOREG establece lo siguiente:

«1. Los Diputados y Senadores, con arreglo a las determinaciones de los respectivos Reglamentos de las Cámaras, están obligados a formular declaración de todas las actividades que puedan constituir causa de incompatibilidad conforme a lo establecido en esta Ley Orgánica y de cualesquiera otras actividades que les proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos, así como de sus bienes patrimoniales, tanto al adquirir como al perder su condición de parlamentarios, así como cuando modifiquen sus circunstancias.

»2. Las declaraciones sobre actividades y bienes se formularán por separado conforme a los modelos que aprobarán las Mesas de ambas Cámaras en reunión conjunta y se inscribirán en un Registro de Intereses, constituido en cada una de las propias Cámaras bajo la dependencia directa de sus respectivos Presidentes, a los efectos del presente artículo y a los que determinen los Reglamentos de las mismas Cámaras.

»La declaración de actividades incluirá:

a) Cualesquiera actividades que se ejercieren y que puedan constituir causa de incompatibilidad, conforme al número 2 del artículo 159.

b) Las que, con arreglo a la Ley, puedan ser de ejercicio compatible.

c) En general, cualesquiera actividades que proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos.

»El contenido del Registro de Intereses tendrá carácter público. Las Mesas de las Cámaras, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero de este apartado, acordarán el procedimiento para asegurar la publicidad.

»La instrucción y la resolución de todos los procedimientos relativos al Registro de Intereses y a las actividades de los Diputados y Senadores, salvo lo previsto en los restantes apartados de este artículo y en el artículo 159.3 c) corresponderá al Presidente de cada Cámara.

»3. El Pleno de la Cámara resolverá sobre la posible incompatibilidad, a propuesta de la Comisión correspondiente, que deberá ser motivada y, en el supuesto de actividades privadas, basarse en los casos previstos en el número 2 del artículo 159, y, si declara la incompatibilidad, el parlamentario deberá optar entre el escaño y el cargo, actividad, percepción o participación incompatible. En el caso de no ejercitarse la opción, se entiende que renuncia al escaño.

»4. Declarada por el Pleno correspondiente la reiteración o continuidad en las actividades a que se refiere el apartado a) o en la prestación de servicios a que alude el apartado d), ambos del número 2

del artículo anterior, la realización ulterior de las actividades o servicios indicados llevará consigo la renuncia al escaño, a lo que se dará efectividad en la forma que determinen los Reglamentos de las Cámaras.»

El mismo TC (STC 7/1992, de 16 de enero), con motivo del examen del cese de un diputado de una asamblea autonómica consecuencia de una pena de inhabilitación impuesta en sentencia penal firme, descartó la aplicación extensiva del artículo 160 de la LOREG por las siguientes razones:

«En segundo término, aunque la pena de suspensión de cargo público implica siempre la imposibilidad de obtener otro de funciones análogas durante el tiempo de la condena (art. 38 C. P.) y, por ello, constituye una cause de inelegibilidad en nuestro Derecho, en los términos expuestos en nuestras Sentencias 80/87 y 158/91, no puede admitirse la aplicación extensiva del art. 160 LOREG que propugnan las partes recurrida y coadyuvante, imponiendo “la renuncia” del escaño a todo aquel diputado que se vea sometido a una condena penal generadora de inelegibilidad, puesto que, ante el silencio de la ley electoral al respecto, no cabe la posibilidad de interpretar extensivamente la formulación legal de las causas de inelegibilidad (STC 28/1986), sino que es preciso proceder a una integración a partir de otros preceptos aplicables con arreglo al sentido de la institución y de los fines que procura (STC 51/1985). Y en este sentido, e indudable que hay que tener en cuenta, tanto las previsiones del Código Penal, que solo anudan la pérdida del cargo público a las penas de extrañamiento y confinamiento y a las privativas de libertad por tiempo superior a doce años (arts. 45 y 46 C. P.), pero no respecto de otras penas, a las que sólo asocia la suspensión del cargo (art. 47 C.P.), como las del Reglamento de la Asamblea de Cantabria [...]»

Y añade:

«En otro orden de cosas, además, el derecho constitucional de los titulares de cargos de representación política a permanecer en ellos solamente puede ser extinguido, en virtud del art. 23.2, por las causas y de acuerdo con los procedimientos legalmente previstos (STC 28/1984, antes citada), por lo que, en cualquier caso, en el supuesto ahora enjuiciado no se siguieron los trámites previstos por el art. 160 LOREG y sus concordantes del Reglamento de la Asamblea Regional de Cantabria (especialmente sus arts. 17 y 46) [...] pues el Reglamento de la Asamblea de Cantabria reserva al Pleno la declaración final de incompatibilidad, que constituye al afectado en la obligación de optar o de renunciar al escaño, por lo que, aun si los preceptos legales en vigor hubieran configurado a la pena de suspensión de cargo público como una causa de incompatibilidad generadora del cese del Diputado, y no de su mera suspensión, el acto impugnado hubiera sido nulo por prescindir de los trámites esenciales del procedimiento legalmente establecido para declarar este tipo de incompatibilidades.»

Por otra parte, a pesar de que el acuerdo de la JEC de 3 de enero de 2020 interpreta que «[e]l artículo 19 de la LOREG realiza una enumeración no cerrada de las competencias y no impide una interpretación expansiva de sus previsiones», lo cierto es que, como sostiene el voto particular de una minoría significativa de aquel órgano (seis de sus trece miembros), se trata de un auténtico *numerus clausus* que no permite hacer una interpretación extensiva, y, en todo caso, con respecto a una circunstancia grave como el cese de los diputados, sean estatales o autonómicos, no hace falta decir que no incluye entre las facultades tasadas de este órgano la capacidad de decidir sobre este particular, y menos aún sobre la inhabilitación de un diputado como consecuencia de una incompatibilidad sobrevenida por la comisión de un delito contra las administraciones públicas.

En concreto, el artículo 19.1 de la LOREG dispone lo siguiente:

«1. Además de las competencias expresamente mencionadas en esta Ley, corresponde a la Junta Electoral Central:

- a) Dirigir y supervisar la actuación de la Oficina del Censo Electoral.
- b) Informar los proyectos de disposiciones que en lo relacionado con el censo electoral se dicten en desarrollo y aplicación de la presente Ley.
- c) Cursar instrucciones de obligado cumplimiento a la Juntas Electorales Provinciales y, en su caso, de Comunidad Autónoma, en cualquier materia electoral.
- d) Resolver con carácter vinculante las consultas que le eleven las Juntas Provinciales y, en su caso, las de Comunidad Autónoma.
- e) Revocar de oficio en cualquier tiempo o, a instancia de parte interesada, dentro de los plazos previstos en el artículo 21 de esta Ley, las decisiones de las Juntas Electorales Provinciales y, en su caso, de Comunidad Autónoma, cuando se opongan a la interpretación de la normativa electoral realizada por la Junta Electoral Central.
- f) Unificar los criterios interpretativos de las Juntas Electorales Provinciales y, en su caso, de Comunidad Autónoma en la aplicación de la normativa electoral.
- g) Aprobar a propuesta de la Administración del Estado o de las Administraciones de las Comunidades Autónomas los modelos de actas de constitución de Mesas electorales, de escrutinio, de sesión, de es-

crutinio general y de proclamación de electos. Tales modelos deberán permitir la expedición instantánea de copias de las actas, mediante documentos autocopiativos u otros procedimientos análogos.

h) Resolver las quejas, reclamaciones y recursos que se le dirijan de acuerdo con la presente Ley o con cualquier otra disposición que le atribuya esa competencia.

i) Velar por el cumplimiento de las normas relativas a las cuentas y a los gastos electorales por parte de las candidaturas durante el período comprendido entre la convocatoria y el centésimo día posterior al de celebración de las elecciones.

j) Ejercer potestad disciplinaria sobre todas las personas que intervengan con carácter oficial en las operaciones electorales.

k) Corregir las infracciones que se produzcan en el proceso electoral siempre que no sean constitutivas de delito e imponer multas hasta la cuantía máxima prevista en esta Ley.

l) Expedir las credenciales a los Diputados, Senadores, Concejales, Diputados Provinciales y Consejeros Insulares en caso de vacante por fallecimiento, incapacidad o renuncia, una vez finalizado el mandato de las Juntas Electorales Provinciales y de Zona.»

Por otra parte, hay que tener presente que el artículo 6.4 de la LOREG atribuye un papel a la Administración electoral en el supuesto de incompatibilidad sobrevenida por haberse declarado ilegal una formación política, sin que se atribuya expresamente en ningún otro precepto de la LOREG. Por cuanto esto supone una previsión expresa, no puede interpretarse que la Administración electoral pueda actuar cuando la causa de incompatibilidad es de otro tipo:

«4. [...] En todo caso serán incompatibles las personas electas en candidaturas presentadas por partidos o por federaciones o coaliciones de partidos declarados ilegales con posterioridad por sentencia judicial firme, así como los electos en candidaturas presentadas por agrupaciones de electores declaradas vinculadas a un partido ilegalizado por resolución judicial firme. La incompatibilidad surtirá efecto en el plazo de quince días naturales, desde que la Administración Electoral permanente comunique al interesado la causa de incompatibilidad, salvo que éste formule, voluntariamente, ante dicha Administración una declaración expresa e indubitada de separación y rechazo respecto de las causas determinantes de la declaración de ilegalidad del partido político o del partido integrante de la federación o coalición en cuya candidatura hubiese resultado electo; o, en su caso, del partido al que se hubiera declarado vinculada la agrupación de electores en cuya candidatura hubiere resultado electo.»

Por último, sobre esta cuestión cabe señalar que la LOREG no confiere a la Administración electoral ninguna competencia residual universal que atribuya a las juntas electorales la resolución de cuestiones que no le sean expresamente reservadas. Aparte del hecho de que las competencias deben atribuirse de forma expresa y específica, y más cuando comportan el ejercicio de potestades de las que se pretende derivar efectos jurídicos. Incluso, si se considera que, con carácter general, esta competencia es subsumida en el artículo 8.1 de la LOREG, que atribuye a la Administración electoral la finalidad de garantizar la transparencia y la objetividad de los procesos electorales, así como la salvaguarda del principio de igualdad, sobra decir que es obvio que no puede haber duda sobre la regularidad de las elecciones al Parlamento de Cataluña celebradas el 21 de diciembre de 2017, de la que trae causa la elección y la adquisición de la condición de diputado de Joaquim Torra, puesto que este proceso electoral fue sustanciado ya hace tiempo pudiéndose ventilar los recursos electorales pertinentes.

En cuanto a una eventual competencia de la JEP — ya que este órgano se la atribuyó en el acuerdo de 24 de diciembre de 2019—, cabe recordar que, de acuerdo con la doctrina establecida por la propia JEC (acuerdos de 23 de mayo de 1989 y de 15 de junio de 1990), estos órganos se constituyen exclusiva y expresamente para el proceso electoral que motiva su constitución, en este caso las elecciones a las Cortes Generales celebradas el 10 de noviembre de 2019, sin perjuicio de las competencias que la JEC pueda delegarle con relación a procesos electorales anteriores.

En suma, la falta de competencia de la Junta Electoral se pone de relieve, en este caso, tanto por razón de la materia como por el hecho de adoptarse al margen de un proceso electoral. Y la falta de competencia, no hay que olvidarlo, es causa de nulidad absoluta del acto administrativo (y la jurisprudencia ha indicado que esto es especialmente notorio cuando es incompetencia *ratione materiae*).

En consecuencia, el acuerdo de la JEC de 3 de enero de 2020 incurre en vicio de nulidad de pleno derecho de acuerdo con el art. 47.1.b de la Ley del Estado 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

1.2. El alcance de los artículos 6.2.b, 6.4 y 7.1 LOREG

El acuerdo de la Junta Electoral de 3 de enero de 2020 sostiene que el artículo 6.2.b de la LOREG no tiene relación ni con las causas de incompatibilidad que establece el ya examinado artículo 160 de la LOREG ni con las que establece el artículo 18 del Reglamento del Parlamento de Cataluña.

A estos efectos, postula la distinción entre las «incompatibilidades funcionales», de ámbito parlamentario y de competencia parlamentaria, y las «incompatibilidades por inelegibilidad», propias del ámbito electoral y de competencia de la Administración electoral. Esta distinción se desprende, según la JEC, de la interpretación literal de los preceptos de la LOREG y de la doctrina constitucional (con invocación de las sentencias del TC 7/1992, de 16 de enero, y 155/2014, de 25 de septiembre).

Así pues, ante todo, conviene aclarar los términos de la regulación legal en materia de causas de inelegibilidad y de incompatibilidad.

En primer lugar, de acuerdo con el artículo 6.2.b de la LOREG son inelegibles:

«[L]os condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal.»

Por otra parte, el artículo 6.4 de la LOREG extiende las causas de inelegibilidad que establece el artículo 6, apartados 1, 2 y 3 (generales, penales y de circunscripción), a las de incompatibilidad:

«Las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad [...]»

A continuación, el artículo 7.1 de la LOREG dispone lo siguiente:

«La calificación de inelegible procederá respecto de quienes incurran en alguna de las causas mencionadas en el artículo anterior, el mismo día de la presentación de su candidatura, o en cualquier momento posterior hasta la celebración de las elecciones.»

Finalmente, de acuerdo con la disposición adicional primera 2 de la LOREG, los artículos 6.2.b y 6.4 de la LOREG son de aplicación directa en todo tipo de procesos electorales, incluidas las elecciones autonómicas, incluso en el caso de que las comunidades autónomas dispongan de legislación electoral propia:

«1. Lo dispuesto en esta ley se entiende sin perjuicio del ejercicio de las competencias reconocidas, dentro del respeto a la Constitución y a la presente ley orgánica, a las comunidades autónomas por sus respectivos estatutos en relación con las elecciones a las respectivas asambleas legislativas.

»2. En aplicación de las competencias que la Constitución reserva al Estado se aplican también a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas convocadas por éstas, los siguientes artículos del Título I de esta Ley Orgánica; 1 al 42 [...]»

Una vez expuestos los preceptos legales de aplicación, cabe empezar indicando que el artículo 6.2.b de la LOREG fue incorporado a la legislación orgánica electoral como consecuencia de la reforma de esta ley operada por la Ley orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general. Asimismo, cabe señalar que esta reforma era tributaria de la Ley orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, y como tal es mencionada en el preámbulo de la Ley orgánica 3/2011, que declara que la Ley de partidos políticos

«[la ley] conllevó la ilegalización de partidos que justificaban la violencia como método y que estaban en connivencia o servían de instrumento a organizaciones terroristas para prolongar política y socialmente el terror, la amenaza, la intimidación o la extorsión.»

En conexión con esto último, y esto es lo que aquí interesa, el propio proemio declara que el propósito de la reforma de la legislación electoral era el de

«[...] reformar determinados preceptos de la ley electoral para evitar que formaciones políticas ilegales o quienes justifican o apoyan la violencia

terrorista puedan utilizar nuevas vías para, fraudulentamente, concurrir a futuros procesos electorales y obtener representación institucional.»

Es en este sentido que hay que tener en cuenta, ante todo, la finalidad perseguida por el legislador al impulsar la reforma, ya que considera que determinados delitos, por su naturaleza y gravedad (los relacionados con el terrorismo, como se ha dicho, pero también los de corrupción, que justifican la referencia a los ilícitos contra las administraciones públicas), afectan al ejercicio de los cargos electos, hasta el punto de no ser necesaria la firmeza de la resolución judicial de condena para tener como consecuencia su inelegibilidad, a fin de evitar nuevamente su concurso electoral a la espera de una sentencia firme.

Así pues, desde una interpretación lógica y finalista, hay que tener presente que nunca estuvo en el ánimo del legislador retirar la condición de parlamentario a quien, como el diputado Joaquim Torra i Pla, hubiera podido ser condenado en sentencia no firme por un delito de desobediencia, en este caso por desatender un mandato de la Administración electoral de retirar una pancarta de un edificio público. Basta examinar las motivaciones expuestas durante el debate de la aprobación del dictamen de la proposición de ley orgánica por la que se pretendía modificar la LOREG (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 215, de 21 de diciembre de 2010, IX Legislatura, p. 35-46).

El artículo 6.2.b de la LOREG es un precepto sin parangón en el derecho comparado. No hay un solo estado miembro de la Unión Europea en el que una sentencia penal no firme determine que una persona sea declarada inelegible. Y ello es así por la sencilla razón de que se trata de un precepto que presenta dudas muy serias de constitucionalidad por su potencial lesivo para con los derechos fundamentales, no solo el derecho de sufragio pasivo, sino también, como se dirá en otro momento, el derecho de la presunción de inocencia.

La complejidad de este precepto, al menos, se puso de relieve precisamente cuando la JEP de Barcelona, en el punto n.º 7 de su acuerdo de 24 de diciembre de 2019, llegó a cuestionar el alcance típico del artículo 410.1 del Código penal, relativo a los delitos de desobediencia, en lo relativo al alcance de la noción de Administración pública y su encaje, en el caso que nos ocupa, con la condición de la Administración electoral.

Por otra parte, con respecto todavía a los antecedentes legislativos de las normas objeto de nuestro análisis, hay que tener presente que la conexión entre el nuevo artículo 6.2.b de la LOREG (la nueva causa de inelegibilidad de orden penal) y el preexistente artículo 6.4 de la LOREG (que declara con carácter general, y como es lógico, que las causas de inelegibilidad devienen también causa de incompatibilidad), fue, a juicio de buena parte de la doctrina, producto de la imprevisión y de la precipitación del legislador, que, con mala técnica, creó la apariencia de una causa de incompatibilidad sobrevenida de naturaleza no solo singular, sino también extraña, en el ordenamiento parlamentario, y eso es lo que explica que la JEC haga referencia de manera impropia a la existencia de una causa de «inelegibilidad sobrevenida».

En efecto, el propósito de las incompatibilidades es el de impedir el ejercicio simultáneo de dos cargos con posterioridad a las elecciones, es decir, derivada de una situación deseada, o al menos provocada por uno mismo, que obliga a optar por un cargo u otro en la mayoría de los casos, y a veces a asumir obligatoriamente la nueva situación. Precisamente, esta misma circunstancia fue objeto de reproche durante el debate legislativo, en el que varios intervinientes evidenciaron que con la reforma legislativa se introducía una verdadera causa de cese *ex lege* acordada por la Administración electoral al margen de la competencia de las instituciones representativas competentes, permitiendo así «despojar de la condición de cargo electo a través de una incompatibilidad sobrevenida, acordada además por la Junta Electoral» (*Diario de Sesiones del Congreso*

de los Diputados, n.º 215, de 21 de diciembre de 2010, IX Legislatura, p. 42).

No en vano, como pronto significó el TC en la Sentencia 45/1983, de 25 de mayo, la inelegibilidad impide ser candidato por el hecho de ocupar determinados cargos, desarrollar determinadas profesiones o incurrir en actuaciones reprobadas jurídicamente, y se convierte por este motivo en un impedimento irreparable y sin posibilidad de convalidación *a posteriori*, por cuanto la incompatibilidad permite ser candidato, pero, en caso de ser elegido, prohíbe desarrollar simultáneamente su actividad al margen de la parlamentaria al interesado, que queda obligado a optar por una de las actividades:

«Nuestro sistema es el de la concurrencia de supuestos de inelegibilidad, que impiden el convertirse, en quien concurren, en sujeto pasivo de la relación electoral, y de supuestos de incompatibilidad, en los que se transforman las de inelegibilidad que dice el art. 4, 5 y 6, operando, en su caso, impidiendo el acceso al cargo o el cese en el mismo, de modo que aquellos, proclamados y aun elegidos, que han quedado posteriormente afectados por tales causas, incurrir en incompatibilidad. La causa sobrevenida opera así como supuesto de incompatibilidad, generadora, no de la invalidez de la elección, sino de impedimento para asumir el cargo electivo o de cese, si se hubiera accedido al escaño.» (FJ 5)

Con respecto al artículo 7.1 de la LOREG, cabe destacar que, según su literalidad, y en coherencia con lo expuesto, la determinación de la condición de inelegible por parte de las juntas electorales competentes en cada caso solo procede para quien pretende ser candidato en un proceso electoral. Esta declaración únicamente puede recaer, en su caso, el mismo día de la presentación de la candidatura o en cualquier momento posterior hasta la celebración de las elecciones, que en el caso que nos ocupa tuvieron lugar el 21 de diciembre de 2017.

Así las cosas, es evidente conceptualmente que quien ha sido elegido no puede convertirse en inelegible con relación a un proceso que ha concluido. Ciertamente, el electo puede incurrir en una situación de incompatibilidad cuando así se prevea legalmente, pero no puede convertirse en inelegible de forma sobrevenida respecto de un proceso electoral pasado una vez ya ha accedido al cargo para el que fue elegido. A partir de este momento, el cese solo procederá en los supuestos previstos legalmente. En ningún caso la apreciación de si concurren estos supuestos es competencia ni de las juntas electorales provinciales ni de la JEC, circunstancia que, como se dirá más adelante, ha sido reconocida por la propia JEC (acuerdo de la JEC de 27 de febrero de 2014).

En este sentido, cabe tener presente que la Sentencia del TC 144/1999, de 22 de julio, que analiza un supuesto en el que se había dictado una sentencia privando a un candidato del derecho de sufragio —único supuesto, por cierto, en que la doctrina constitucional utiliza el concepto impropio de «inelegibilidad sobrevenida», utilizado por la JEC en su acuerdo de 3 de enero de 2020—, decía claramente que, si bien en el momento en que se proclamó la candidatura el candidato no había incurrido en ninguna causa de inelegibilidad, sí devino inelegible con posterioridad, pero siempre antes de la celebración de las elecciones:

«Si el recurrente era inelegible, lo era por carecer de capacidad jurídica electoral, y este es un vicio en el que incurre su candidatura que, a diferencia de las otras causas de inelegibilidad, debe hacerse valer en cualquier momento del proceso electoral porque lo afecta en su totalidad. De no hacerlo así, se infringiría el art. 23 CE, pues se habría viciado la voluntad del cuerpo electoral con la proclamación de un candidato que carecía de capacidad jurídica para ser elegible, accediendo al cargo público representativo, de ser proclamado, en infracción de la legalidad configuradora de este derecho fundamental.» (FJ 7)

Y lo remacha añadiendo que:

«Naturalmente que las funciones y objetivos que atribuye la L.O.R.E.G. (art. 8) o la Ley Cántabra 5/1987 (art. 9) a las Juntas Electorales, con el propósito de velar y salvaguardar la pureza del proceso electoral, y, en definitiva, del mecanismo esencial a todo Estado democrático como son las elecciones a los órganos representativos, no atribuyen a aquéllas poderes exorbitantes que les permitan sobreponerse a las formalidades legales propias del Estado de Derecho con la excusa de una más efectiva realización del principio democrático, sin perjuicio de que el conocimiento de la verdad material y su efectividad constituyen principios elementales del proceso electoral cuya garantía está atribuida, entre otros, a la Administración electoral (STC 157/1991).» (FJ 6)

Así pues, el TC ha considerado que las competencias de la Administración electoral se ejercen en el marco de un proceso electoral y hasta su conclusión, por lo que deben ceñirse a la consideración de la inelegibilidad *stricto sensu* y respecto de aquel proceso electoral concreto.

En el mismo sentido, la JEC, en la única ocasión en que ha utilizado la noción de «inelegibilidad sobrevenida» (acuerdo de la JEC de 6 de junio de 2011), afirmó que:

«Esta Junta entiende que en el caso de que, una vez producida la elección, la Junta Electoral tenga conocimiento de que uno de los candidatos electos se encontraba incurso durante el proceso electoral en una causa de inelegibilidad, no podrá producirse la proclamación del mismo como candidato electo, debiendo entonces hacer correr la lista en dicha proclamación.»

En suma, a pesar de que el acuerdo de la JEC de 3 de enero de 2020 declara en su parte dispositiva la «inelegibilidad sobrevenida» del diputado Joaquim To-

rra, en realidad lo que está en discusión es si la JEP de Barcelona o la JEC son competentes para declarar, una vez realizado el correspondiente proceso electoral, la eventual situación de incompatibilidad de quien una vez proclamado ya ha accedido a la condición plena de diputado.

Por tanto, y en conclusión, la aplicación sistemática de los arts. 6.2.b y 6.4 de la LOREC evidencian la falta del elemento relacional característico de las incompatibilidades, ya que desaparece el derecho de opción por parte del diputado. No en vano, el diputado no se enfrenta a otra situación que pueda ejercerse de forma simultánea, porque no se trata de dos situaciones distintas, sino de la misma situación que coexiste con la irrupción de una circunstancia que hay que considerar exógena al cargo: una resolución judicial, no firme, que conlleva la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos.

Ex abundantia, no puede desconocerse, además, que los diputados al Parlamento de Cataluña, a diferencia de los miembros de las Cortes Generales, no pueden ser inculcados o procesados sin suplicatorio. Y ello hace aún más dudosa, si cabe, su aplicación a los parlamentarios catalanes. De lo contrario, la «inelegibilidad sobrevenida» conllevaría sin más garantías la pérdida de la condición de diputado aunque la sentencia no sea firme. En otras palabras, implicaría la inhabilitación *de facto* de un diputado electo cuando su presunción de inocencia aún no ha vencido, y sin que el Parlamento tenga medios para evitarlo.

En consecuencia, no se trataría exactamente de una causa de inelegibilidad sobrevenida, una vez finalizado ya el proceso electoral, tal como defiende la JEC, sino de una causa de cese o pérdida de la condición de diputado, que debería ser reconocida en sede judicial y ejecutada mediante los procedimientos parlamentarios previstos reglamentariamente.

2. LA COMPETENCIA DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA. LAS PREVISIONES DEL REGLAMENTO DE LA CÁMARA RELATIVAS A LAS INCOMPATIBILIDADES Y A LAS CAUSAS DE PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE DIPUTADO. LA AUTONOMÍA REGULADORA COMO EXPRESIÓN DE LA AUTONOMÍA PARLAMENTARIA

2.1. La competencia del Parlamento de Cataluña en materia del estatuto de los diputados es definida por su autonomía

Las comunidades autónomas son competentes para regular la organización de sus instituciones de autogobierno *ex* artículo 148.1.1.a de la CE. Y el Parlamento de Cataluña goza de autonomía [art. 72 CE y art. 58 y 59 del Estatuto de autonomía de Cataluña (EAC)], de acuerdo con un principio clásico del constitucionalismo liberal democrático, vinculado a la separación de poderes. Ello se fundamenta en el hecho de que toda cámara parlamentaria es expresión directa de la voluntad popular y tiene por finalidad garantizar la primacía del poder legislativo y su funcionamiento libre e independiente.

Esta autonomía se manifiesta, entre otros aspectos, en la potestad de autorregulación interna de la cámara, por lo que en el caso de Cataluña el Reglamento del Parlamento es la más genuina representación de la autonomía estatutariamente reconocida (art. 58 EAC). Esta capacidad autonormativa implica la garantía de la defensa de la funcionalidad del Parlamento ante las injerencias de otros poderes.

Además, se trata de una norma de desarrollo y de integración constitucional y estatutaria en cuanto a la organización, la actividad y las relaciones de la cámara. No obstante, también son fuente del derecho parlamentario la Constitución, el EAC y la ley, si bien en este último caso no de manera frecuente, debido justamente a la reserva de reglamento parlamentario para regular la vida interna de las cámaras. Precisamente, en cuanto a la relación del reglamento parlamentario con la ley, y esto es muy relevante a los efectos de lo que aquí nos interesa, la ley no se rige por criterios de jerarquía, sino

de acuerdo con la competencia o materia de que se trate en cada caso. En la esfera parlamentaria, pues, es el principio de competencia o de materia lo que determina la prevalencia de las normas.

Por otra parte, siendo el reglamento parlamentario una norma jurídica primaria que desarrolla directamente la Constitución y el Estatuto, tiene un procedimiento especial de elaboración, aprobación y reforma. No es una ley en sentido formal, pero sí una norma con valor de ley, especialmente debido a que puede ser objeto de control de constitucionalidad por parte del TC [art. 27.2.d de la Ley Orgánica 2/1979, del TC (LOTC), con relación al artículo 161.1.a CE]. Por otra parte, es parámetro de constitucionalidad, por lo que el propio Tribunal, mediante el examen de un recurso de inconstitucionalidad, puede llegar a declarar la inconstitucionalidad de una ley aprobada si entiende que se ha vulnerado el Reglamento de manera sustantiva (STC 99/1987). Además, los actos parlamentarios no legislativos, de aplicación del Reglamento, también pueden ser controlados por el Tribunal mediante recurso de amparo si afectan derechos fundamentales como el de participación política (*ius in officium* del parlamentario) (art. 23 CE y 42 LOTC).

En coherencia con ello, la doctrina constitucional ha delimitado el contenido preciso de los reglamentos parlamentarios, también los autonómicos, en el sentido de que pueden «regular, con sujeción a la Constitución, su propia organización y funcionamiento [...]» (STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3.A). Incluyen, por tanto, la organización interna, el funcionamiento y los procedimientos para ejercer las funciones que corresponden al Parlamento: la constitución de la cámara; la organización, el funcionamiento y el ejercicio de sus funciones, y las normas relativas al estatuto de sus miembros, entre las que se encuentran las causas de adquisición y pérdida de la condición de parlamentario y la suspensión de los derechos y deberes parlamentarios. Esto último, además de integrarse en el *ius in officium* de los diputados, pertenece al ámbito de autonomía de la cámara, por lo que las decisiones que adopten otros

poderes del Estado sin respetar los procedimientos establecidos reglamentariamente podrían contravenir al principio constitucional de la división de poderes y la autonomía política de Cataluña.

2.2. Las previsiones del Reglamento del Parlamento de Cataluña: las causas de incompatibilidad y las de la pérdida de la condición de parlamentario

En este contexto, el capítulo IV del título II del Reglamento del Parlamento de Cataluña regula las causas de adquisición y pérdida de la condición de diputado, y las de suspensión de los derechos y deberes parlamentarios, distinguiendo las circunstancias en las que pueden encontrarse sus miembros, tanto en lo relativo a la forma en que se obtiene la calidad de diputado como a las vicisitudes con que pueden hallarse una vez ya la han obtenido, esto es, durante el ejercicio del cargo, en términos de pérdida de dicha condición o de suspensión de sus derechos y deberes.

El Reglamento del Parlamento de Cataluña establece en su art. 18.1, ubicado sistemáticamente en el capítulo II, relativo a los deberes de los diputados, que «[l]os diputados han de observar siempre las normas sobre incompatibilidades [...]». Y, con respecto a las de carácter sobrevenido, el apartado 2 del mismo artículo 18 determina que «[s]i se produce algún cambio en la situación relativa a las actividades o a los cargos públicos de los diputados, estos deben comunicarlo a la Comisión del Estatuto de los Diputados de conformidad con lo establecido por el artículo 19.2.»

El resto del precepto regula el procedimiento a seguir en estos casos. Así, si la Comisión del Estatuto de los Diputados considera que existe una eventual causa de incompatibilidad entre la condición de diputado y el ejercicio de otro cargo público o de una actividad, antes de elevar al Pleno el dictamen, debe dar traslado de ello a la persona afectada, para que, en el plazo de cinco días, formule las alegaciones que crea oportunas. Una vez declarada y notificada la incompatibilidad, el diputado afectado dispone de un plazo de ocho días para optar

entre el escaño y el cargo incompatible. Si no se pronuncia expresamente dentro de este plazo, se entiende que renuncia al escaño.

El Reglamento, obviamente, no regula las causas de inelegibilidad, porque forman parte del régimen electoral y no del estatuto del diputado (incompatibilidades y causas de la pérdida de la condición de diputado). Y tampoco las que son determinadas por las leyes generales.

Sin embargo, si se consideraba que la causa de «inelegibilidad sobrevenida» *ex art. 6.2.b y 6.4 LOREG* constituye una verdadera causa de incompatibilidad — que a nuestro juicio no lo es, por las razones ya expresadas —, correspondería también al Parlamento decidir sobre esta cuestión de acuerdo con el artículo 18 RPC. En este punto, podemos hacer referencia al Acuerdo de la Junta Electoral Central 183/2014, de 11 de junio de 2014: en ese caso, en aplicación del artículo 6.2.b y 6.4 y de la DA1.2 LOREG, y al amparo del art. 23 del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias, fue el Pleno de la Junta General del Principado de Asturias quien acordó declarar que el diputado Ángel González Álvarez incurría en la causa de incompatibilidad prevista en la norma citada, y ponía en conocimiento de la JEC este acuerdo al efecto de cubrir el escaño vacante.

Así, en la Resolución de la Junta General 202/IX, de 29 de mayo de 2014, adoptada por el Pleno, se declaró la incompatibilidad con pérdida del escaño del diputado:

«Por todo ello, el Pleno de la Junta General del Principado de Asturias acuerda:

Primero. Declarar que el Diputado don Ángel González Álvarez incurre en la causa de incompatibilidad que resulta del artículo 6.2.b) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General en la redacción dada por el apartado uno del artículo único de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, aplicable en virtud de los artículos 6.4 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General en la redacción dada por el apartado dos del artículo

único de la citada Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, y de los artículos 4 y 6 de la Ley del Principado de Asturias 14/1986, de 26 de diciembre, sobre régimen de elecciones a la Junta General, y 23.1 del Reglamento de la Junta General.

Segundo. Declarar que, con causa en dicha incompatibilidad, y, no siendo de aplicación la opción prevista en el artículo 23.3 del citado Reglamento de la Junta General, don Ángel González Álvarez pierde el escaño de Diputado de la Junta General.

Tercero. Poner en conocimiento de la Junta Electoral Central el presente acuerdo a los efectos de la cobertura del escaño vacante.»

Y es que, a estos efectos, como se recordará, el artículo 160 LOREG es muy claro:

«[...] 3. El Pleno de la Cámara resolverá sobre la posible incompatibilidad, a propuesta de la Comisión correspondiente, que deberá ser motivada [...] y, si declara la incompatibilidad, el parlamentario deberá optar entre el escaño y el cargo, actividad, percepción o participación incompatible. En el caso de no ejercitarse la opción, se entiende que renuncia al escaño.»

Por otra parte, en cuanto a las causas de pérdida de la condición de diputado, el artículo 24 RPC, en el contexto del capítulo IV del Reglamento, relativo a la regulación de la adquisición y la pérdida de la condición de diputado y de la suspensión de los derechos parlamentarios, dispone lo siguiente:

«Los diputados del Parlamento pierden su condición por las siguientes causas:

a) Por la renuncia presentada a la Mesa del Parlamento.

- b) Por una sentencia judicial firme que anule su elección o proclamación.
- c) Por deceso o por la incapacidad declarada por sentencia judicial firme.
- d) Por la extinción del mandato, al expirar su plazo o por finalización de la legislatura, con la excepción de los miembros de la Diputación Permanente y de los que representan a la Generalidad en el Senado, los cuales mantienen su condición hasta la constitución del nuevo Parlamento.
- e) Por la condena a una pena de inhabilitación impuesta por una sentencia judicial firme.»

Así pues, el Reglamento de la cámara catalana distingue entre las diferentes circunstancias en las que se pueden encontrar sus parlamentarios, tanto en cuanto a la forma como se obtiene la calidad de diputado como con respecto a las vicisitudes con que se pueden encontrar una vez ya la han obtenido, esto es, durante el ejercicio del cargo.

La *ratio* de este precepto reglamentario descansa en el hecho de que, como se dirá más adelante, el artículo 23.2 CE reconoce el derecho de acceso a los cargos públicos y a las funciones públicas, y este derecho incluye el de permanecer en el ejercicio del cargo o la función mientras no se modifiquen las condiciones establecidas por las normas que regulan dicho acceso. Ello conecta con el hecho de que el ordenamiento consiente excepcionalmente ciertas actuaciones en la esfera de las libertades de los ciudadanos sometidos a un procedimiento criminal, cuya manifestación más evidente es la prisión provisional, acompañada de garantías constitucionales (art. 17 CE), si bien esta situación personal no conlleva, como es sabido, la suspensión de los derechos políticos inherentes.

Precisamente, el Tribunal Constitucional ha manifestado que las causas de incompatibilidad se relacionan

con el derecho parlamentario, en tanto que afectan al funcionamiento y la organización interna de las asambleas legislativas. Así, con motivo de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la Ley del Parlamento de Andalucía 9/2011, de 5 de diciembre, relativa a la modificación de la Ley 1/1986, de 2 de enero, electoral de Andalucía, la Ley 2/2005, de 8 de abril, por la que se regula el estatuto de los expresidentes de la Junta de Andalucía, y la Ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, el TC dictó la STC 155/2014, de 25 de septiembre, en la que se establece una distinción entre el derecho electoral y el derecho parlamentario, en términos muy concluyentes:

«El derecho de sufragio pasivo guarda íntima conexión con la inelegibilidad; es más ésta sí que guarda relación con el derecho electoral y, por ende, con el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, pero la incompatibilidad, sustancialmente, no guarda relación con el Derecho electoral, sino más bien con el Derecho parlamentario, por cuanto afecta a la propia organización interna del órgano parlamentario. A mayor abundamiento, como ha quedado reflejado en el fundamento anterior, la incompatibilidad parlamentaria no tiene propiamente reflejo en el proceso electoral, sino más bien en la adquisición plena de la condición parlamentaria –y conservación, en su caso, de la misma– una vez que el candidato haya resultado electo, incardinándose por lo tanto en el ámbito de las relaciones jurídico parlamentarias, todo ello sin perjuicio de que por imperativo constitucional (o estatutario en este caso) la regulación sustantiva de las incompatibilidades se contenga en la norma electoral. El art. 23.2 CE, bajo cuyo amparo encuentran tutela las distintas manifestaciones del *ius ad officium* y del *ius in officium* de los representantes políticos, según han quedado delimitadas por la doctrina de este Tribunal, tiene un alcance

que excede –dejando de un lado la parte concerniente a las funciones públicas, que no hace al caso– del derecho de sufragio pasivo.» (STC 155/2014, de 28 de octubre de 2014).

Más adelante, con invocación de la ya citada STC 7/1992 (FJ 3), la misma resolución del TC, con respecto al iter procedimental, sigue diciendo:

«En otro orden de cosas, además, el derecho constitucional de los titulares de cargos de representación política a permanecer en ellos solamente puede ser extinguido, en virtud del art. 23.2, por las causas y de acuerdo con los procedimientos legalmente previstos (STC 28/1984, antes citada), por lo que, en cualquier caso, en el supuesto ahora enjuiciado no se siguieron los trámites previstos por el art. 160 LOREG y sus de Cantabria (especialmente sus arts. 17 y 46). En efecto, la existencia de una hipotética situación de incompatibilidad, con arreglo a tales preceptos, no puede ser efectuada unilateralmente por la Presidencia de la Asamblea, haya oído o no a la Mesa y a la Junta de Portavoces. Esta tarea queda reservada a una Comisión parlamentaria, que en la Asamblea Cántabra es la del Estatuto del Diputado; la cual, además, queda relegada a unas atribuciones de mera propuesta, pues el Reglamento de la Asamblea de Cantabria reserva al Pleno la declaración final de incompatibilidad, que constituye al afectado en la obligación de optar o de renunciar al escaño, por lo que, aun si los preceptos legales en vigor hubieran configurado a la pena de suspensión de cargo público como una causa de incompatibilidad generadora del cese del diputado, y no de su mera suspensión, el acto impugnado hubiera sido nulo por prescindir de los trámites esenciales del procedimiento legalmente establecido para declarar este tipo de incompatibilidades».

Esta sentencia es, pues, perfectamente clara, en el sentido de establecer que también las causas de incompatibilidad, en su caso, asociadas a la existencia de una condena penal que pueda ser eventualmente determinante del cese de un parlamentario de acuerdo con los preceptos legales en vigor, deben someterse al procedimiento legalmente establecido para declarar las incompatibilidades, que, en este caso, no es otro que el determinado por el artículo 18 del Reglamento de Parlamento de Cataluña.

Y, en cuanto a la prevalencia de las disposiciones del Reglamento de Parlamento de Cataluña, esto también se desprende de la Sentencia de 4 de febrero de 2002 (recurso n.º 303/1999):

«En consecuencia, el precepto aplicable para decidir el litigio es el ya transcrito artículo 18.e) del Reglamento Orgánico de la Asamblea de Melilla, que solamente exige para que el Diputado Local pierda la condición de tal su renuncia formulada ante la Mesa de la Asamblea, y, por tanto, que la Mesa haya tomado conocimiento de ella, como ocurrió en el supuesto de la recurrente, sin hacer mención alguna de la intervención del Pleno de la Asamblea, a diferencia de lo que verifica el artículo 9.4 del Reglamento de O.F. y R.J., que requiere que la renuncia se haga efectiva por escrito ante el Pleno de la Corporación. Este precepto no es aplicable a la Asamblea de la Ciudad Autónoma de Melilla, que se rige por el Estatuto de Autonomía y por su propio Reglamento Orgánico, teniendo el artículo 18.e) del Reglamento Orgánico de la Asamblea de la Ciudad de Melilla carácter de precepto especial, de específica vigencia para los Diputados de la Asamblea y, por tanto, para la recurrente. La precedente aplicación, para decidir el caso examinado, del artículo 18.e) citado, impide que la resolución del proceso deba regirse por el artículo 9.4 del Reglamento de O.F. y R.J.»

Precisamente, la JEC ha mantenido hasta ahora una postura respetuosa con el ordenamiento y la jurisprudencia constitucional y ordinaria, totalmente deferente hacia las instancias representativas de las que forman parte los electos afectados, al remitir a los órganos respectivos la decisión correspondiente, y descartar cualquier posible automatismo en la ejecución de los preceptos legales referidos.

Así, en una Consulta del secretario general del Cabildo de Fuerteventura, relativa a si la pena de inhabilitación especial impuesta por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las instituciones del Estado, implica causa de incompatibilidad absoluta para todos los cargos a que se refiere la LOREG o para los puestos de trabajo y cargos especificados en la sentencia:

«1º) No corresponde a esta Junta proceder al enjuiciamiento de situaciones concretas producidas dentro del ámbito de competencias de las Corporaciones Locales, como sucede respecto del examen de incompatibilidades en que puedan incurrir los miembros de éstas, que es competencia del Pleno de la correspondiente Corporación, máxime cuando carece de información suficiente para resolver dichas cuestiones. La función de la Junta debe limitarse a la interpretación de las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General o en la normativa de desarrollo de ésta.» (Acuerdo JEC 6/2016, de 3 de febrero).

En concreto, en un supuesto relativo a la inelegibilidad de un vocal de una entidad autónoma local, condenado por una sentencia no firme por prevaricación urbanística, a la vista de la nueva redacción del art. 6.2.b LOREG, la JEC declaró:

«1º) No corresponde a esta Junta proceder al enjuiciamiento de situaciones concretas producidas dentro del ámbito de competencias de las corpora-

ciones locales, como sucede respecto del examen de las incompatibilidades en que puedan incurrir los miembros de las Corporaciones Locales, que es competencia del Pleno de la correspondiente Corporación [...]» (por todos, Acuerdo JEC n.º 41/2011).

Sin ir más lejos, esta inveterada doctrina a la que nos referimos se puede ver reflejada en este sentido en el Acuerdo JEC 118/1995, de 15 de marzo (expediente n.º 351/214), que no ofrece ninguna duda en cuanto a que la declaración de cese no corresponde a la Junta Electoral Central:

«Trasladar el expediente al Ayuntamiento de Melilla en orden a que, en ejecución del auto del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1995 proceda a revocar el acuerdo de declaración de vacante adoptado en su día por dicha Corporación local, al objeto de reponer en su cargo de concejal al señor H.M. y de que por esta Junta se revoque la credencial expedida a favor de D. A.G.M [...]»

También en el Acuerdo JEC 99/2012, de 13 de septiembre:

«En consecuencia, corresponde a la Corporación Local que tuviera conocimiento de la imposición de una condena de esta índole recabar del órgano jurisdiccional competente la notificación del fallo para proceder a su ejecución.»

Y en el Acuerdo JEC 100/2012, de 13 de septiembre:

«no corresponde a esta JEC proceder al enjuiciamiento de situaciones concretas producidas dentro del ámbito de las Corporaciones Locales, como sucede con respecto al examen de incompatibilidad en que puedan incurrir los miembros de las Corporaciones Locales»

Igualmente rotundo, o incluso más, es el Acuerdo JEC 20/2016, de 3 de febrero de 2016:

«1º) No corresponde a esta Junta proceder al enjuiciamiento de situaciones de incompatibilidad de los parlamentarios ya que corresponde al ámbito de competencias de las correspondientes Cámaras legislativas.

2º) La función de la Junta debe limitarse a la interpretación de las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General o en la normativa de desarrollo de ésta. En particular, la citada Ley, a juicio de esta Junta, no establece una situación de incompatibilidad entre el mandato de Senador y la condición de miembro de una Diputación Provincial.»

Finalmente, citaremos el Acuerdo JEC 48/2018, de 4 de julio de 2018:

«De conformidad con cuanto antecede, el artículo 6.2.b LOREG ha ligado una causa de inelegibilidad (y consiguientemente de incompatibilidad) a la condena de suspensión de cargo público, cuando haya sido impuesta por alguno de los delitos mencionados. Por lo tanto, al producirse una situación de incompatibilidad sobrevenida. Una vez que esta sea constatada por el Pleno y declarada la correspondiente vacante, procederá tramitar la oportuna credencial del candidato a quien corresponda [...]»

No en vano, en coherencia con lo que se acaba de exponer, la JEP —aun incurriendo en el error de declararse competente en el caso que nos ocupa— optó, en su resolución de 24 de diciembre de 2019, por hacer una interpretación prudente y restrictiva de la aplicación del supuesto regulado por el art. 6.2.b LOREG a Joaquim Torra, invocando un acuerdo precedente de 2011:

«[...] 2º) Esta Junta entiende que el nuevo supuesto de inelegibilidad introducido por la Ley Orgánica 3/2011 en el artículo 6.2.b) LOREG, relativo a los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos contra la Administración Pública, debe aplicarse, teniendo en cuenta los principios de interpretación estricta de las normas penales y de interdicción de una interpretación extensiva de las causas de inelegibilidad.» (Acuerdo de 3 de marzo de 2011)

2.4. La actuación de la Junta Electoral no ha sido excitada jurídicamente por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Como se ha consignado en los antecedentes, el 23 de diciembre de 2019, las formaciones políticas Partit Popular, Ciutadans-Partido de la Ciudadanía y Vox solicitaron ante la JEP que, en virtud del artículo 6.2.b LOREG, se procediera «al cese como diputado electo del Parlament de Catalunya, por inelegibilidad sobrevenida», del presidente de la Generalidad de Cataluña, Joaquim Torra i Pla. En sesión del 24 de diciembre de 2019, la JEP se declaró competente para la resolución de dichas peticiones, aunque acordó su desestimación.

Así pues, no ha sido el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña quien ha trasladado a la Junta Electoral el testimonio de la sentencia dictada contra el diputado (que tampoco ha sido notificada al Parlamento, por cierto), ni ha interesado ninguna actuación ante la Junta, ni tampoco ante el Parlamento. La jurisdicción ha realizado, pues, una interpretación ajustada al marco normativo.

A estos efectos, nos permitimos traer a colación un supuesto que presenta una evidente analogía con el presente, en el que la diputada del Parlamento de Cataluña Irene Rigau i Oliver fue condenada por sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJC de 13 de marzo de 2017, en méritos del procedimiento abreviado n.º 1/2016, por delito de desobediencia, a una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, de ámbito local, autonómico o estatal, y para el ejercicio de

funciones de gobierno en ámbito autonómico o estatal, por un año y seis meses. En este caso, el mencionado órgano judicial no excitó jurídicamente la aplicación del artículo 6.2.b y 6.4 LOREG hasta la ejecución de la sentencia, una vez confirmada en casación por el Tribunal Supremo.

En los términos de una aplicación lógica y proporcional de nuestro ordenamiento, no debe olvidarse que el artículo 847 LECrim determina, con carácter general, la procedencia del recurso de casación contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal del TSJC, por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, recurso que la representación procesal de Joaquim Torra verificó en fecha 23 de diciembre de 2019. De acuerdo con esto, hay que tener presente que el art. 861bis.a LECrim dispone que las sentencias contra las cuales pueda interponerse recurso de casación no se ejecutarán hasta que transcurra el término señalado para prepararlo. Aparte de que los artículos 985 y ss LECrim establecen que es a la misma sala sentenciadora a quien corresponde la ejecución de sus sentencias una vez estas devengan firmes, es decir, una vez dictada sentencia por el Tribunal Supremo o, en caso de inadmisión del recurso:

«Art 988 LECrim. Cuando una sentencia sea firme, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 141 de esta Ley, lo declarará así el Juez o el Tribunal que la hubiera dictado [...]»).

Solo se prevé expresamente la ejecución provisional de los pronunciamientos relativos a las responsabilidades civiles (art. 989 LECrim).

3. LA INCIDENCIA SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EX ARTÍCULO 23.2 CE Y SOBRE LA COMPOSICIÓN DE LA CÁMARA

3.1. *El Acuerdo de la JEC puede lesionar los derechos fundamentales del diputado Joaquim Torra*

El Acuerdo de la JEC de 3 de enero de 2020 puede lesionar derechos fundamentales del diputado Joaquim Torra, susceptibles de amparo constitucional. No en vano el acuerdo deja sin efecto su credencial de diputado electo al Parlamento de Cataluña, y ello incide sobre su derecho de participación política ex artículo 23 CE.

A su vez, esto supondría que su vacante fuera cubierta por el siguiente candidato de la lista. Si se produjera tal situación, los efectos sobre la condición de diputado electo serían absolutamente irreparables sobre el ejercicio de la función parlamentaria, función de ejercicio «personalísimo», como no puede ser de otro modo cuando hablamos del ejercicio del referido derecho de participación política basado en el derecho de sufragio activo y pasivo.

Como bien afirma la JEP en su Acuerdo de 23 de diciembre de 2019, el contenido del derecho de sufragio pasivo «no es otro que asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores hayan elegido como sus representantes, satisfaciéndose, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos [...]» (STC 185/1999, FJ 4 c). Y los destinatarios del derecho de participación política del artículo 23.1 CE son los ciudadanos (STC 53/1982, FJ 1).

Ciertamente, con la sustitución por otro miembro de la lista no se altera la composición del Parlamento, pero no elimina el perjuicio que se causa sobre el derecho de participación política. Un derecho vinculado no solo a la persona concreta del diputado, tanto en la vertiente de sufragio pasivo como activo, como se ha dicho, sino también al ejercicio del *ius in officium*, ya que, como ha dicho reiteradamente el Tribunal Constitucional, el artículo 23

CE no solo garantiza el acceso al cargo, sino también su desarrollo de acuerdo con las normas que lo regulan.

Desde otra perspectiva, el Acuerdo de la JEC también presenta serias dudas sobre el derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE) y a la especial protección legal que tiene la condición de diputado cuando va asociada al cargo de presidente de la Generalidad. El artículo 67.7 EAC es explícito cuando establece como requisito necesario para el cese del presidente de la Generalidad que exista sentencia «firme» que le inhabilite para ejercer el cargo. No es necesario esfuerzo argumentativo adicional para poner de relieve que el incumplimiento de tal requisito afecta tanto a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE (que actúa mientras no exista sentencia firme) como al derecho de participación política del artículo 23 CE, que en este caso concreto dispone de la protección reforzada que le brinda el Estatuto.

En consecuencia, tales infracciones constituirían un vicio de nulidad de pleno derecho, con arreglo al artículo 47.1.a de la Ley del Estado 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

3.2. *La afectación, en particular, del derecho de participación política*

En efecto, el artículo 23 CE engloba hasta tres derechos autónomos, según la doctrina del Tribunal Constitucional: el derecho de participación política, directamente o a través de representantes (ap. 1) y el derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad (ap. 2), que se desdobra en el derecho de acceso a cargos públicos representativos incluido en el sufragio pasivo y en el derecho de acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad del art. 103.3 CE.

En este punto, como ya hemos adelantado, el Tribunal Constitucional ha ido reiterando, a través de una jurisprudencia ya consolidada, que el derecho fundamental de participación política ex artículo 23 CE incluye el acceso, la permanencia y el ejercicio del cargo o función públicos:

«[El artículo 23.2 CE] consagra la dimensión pasiva del derecho de participación política, enunciando el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. A este contenido explícito del precepto ha aunado nuestra jurisprudencia un contenido implícito cual es, en primer lugar, el derecho a permanecer, en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes, en los cargos o funciones públicas a los que se accedió (STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3), no pudiéndose ser removido de los mismos si no es por causas y de acuerdo con procedimientos establecidos (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2). Y, además, hemos declarado el derecho al ejercicio o desempeño del cargo público representativo conforme a lo previsto en las leyes (STC 32/1985, de 6 de marzo, FJ 3). Cualesquiera de las dimensiones que hemos identificado como integrantes del derecho de participación política reconocido en el artículo 23.2 CE —acceso, permanencia y ejercicio— está delimitado —con arreglo al propio precepto constitucional— por la necesidad de llevarse a cabo “en condiciones de igualdad” y de acuerdo “con los requisitos que señalen las leyes”.» (STC 298/2006, FJ 6)

Por otra parte, el apartado 2 del artículo 23 CE reconoce específicamente el derecho de acceso a los cargos y funciones públicos, y conlleva, como ha reiterado igualmente el Tribunal Constitucional, el acceso, la permanencia y el ejercicio del cargo público o la función pública. Este precepto constitucional garantiza —y esto es relevante a los efectos que aquí nos interesan— que las personas que hayan accedido a los cargos puedan mantenerse en ellos sin perturbaciones ilegítimas, ya que, de lo contrario, dicha norma constitucional perdería toda eficacia si, aun respetándose el acceso a la función pública o a un cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio resultara mediatizado o impedido sin reparación posible:

«[El artículo 23.2 CE] consagra la dimensión pasiva del derecho de participación política, enuncian- do el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. A este contenido explícito del precepto ha aunado nuestra jurisprudencia un contenido implícito cual es, en primer lugar, el derecho a permanecer, en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes, en los cargos o funciones públicas a los que se accedió (STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3), no pudiéndose ser removido de los mismos si no es por causas y de acuerdo con procedimientos establecidos (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2). Y, además, hemos declarado el derecho al ejercicio o desempeño del cargo público representativo conforme a lo previsto en las leyes (STC 32/1985, de 6 de marzo, FJ 3). Cualesquiera de las dimensiones que hemos identificado como integrantes del derecho de participación política reconocido en el artículo 23.2 CE —acceso, permanencia y ejercicio— está delimitado —con arreglo al propio precepto constitucional— por la necesidad de llevarse a cabo “en condiciones de igualdad” y de acuerdo “con los requisitos que señalen las leyes”.» (STC 298/2006, FJ 6)

En efecto, la Constitución impide con firmeza perturbar la práctica del cargo del representante político mediante la introducción de obstáculos que puedan situar a unos representantes en condiciones de inferioridad respecto de otros, por lo que el derecho de acceso a cargos públicos representativos ha de contener también el derecho a permanecer en ellos.

En este contexto, el legislador tampoco puede imponer restricciones al ejercicio del cargo o a la permanencia en el cargo que, más allá de los imperativos del principio de igualdad, y desde la perspectiva constitucional, no se ordenen a un fin legítimo (STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6), si bien, «a estos efectos solo poseen

relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidas al representante que pertenecen al núcleo de su función representativa» (STC 169/2009, de 9 de julio), que son los que materializan la esencia de la actividad parlamentaria: el derecho a la información, el derecho a la interrogación, a tramitar propuestas, presentar enmiendas, etc.

Por otra parte, el propio Tribunal Constitucional ha elaborado una teoría de la representación política fundamentada en la conexión existente entre el derecho de sufragio activo y el derecho de sufragio pasivo, de forma que su jurisprudencia concluye que los representantes políticos son los que hacen efectivo el derecho de participación política de los ciudadanos:

«[...] los representantes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar—i no de ninguna organización como el partido político—, y que la permanencia de tos representantes depende de la voluntad de los electores que la expresan a través de elecciones periódicas, como es propio de un Estado democrático de Derecho, y no de la voluntad del partido político.» (por todas: STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 4).

Así, el candidato, una vez ha recibido el apoyo del electorado, deviene representante del conjunto de la ciudadanía, y no solo de los votantes directos, en virtud de la prohibición del mandato imperativo (art. 57.3 EAC). Esto ha sido reiterado por la doctrina constitucional, entre otras en la ya mencionada STC 10/1983, en la que se afirma que «los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral», y en la STC 135/2004, de 5 de agosto, FJ 4:

«[...] incorpora también un contenido sustantivo propio si se pone [...] en relación con el párrafo 1 del mismo precepto, que preserva el derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos [...] por medio de representantes, pues

el concepto constitucional de representación incorpora, sin duda, una referencia a un modo de constitución democrática de determinadas instituciones públicas que debe ser respetado como contenido necesario de ambos derechos.»

Teniendo en cuenta todo esto, «la vulneración que resulta del hecho de privar al representante de su función [afecta a todos los ciudadanos] y es también una vulneración del derecho del representante a ejercer la función que le es propia, derecho sin el que, como es obvio, se vería vacío de contenido el de los representados [...]» (STC 185/1999, de 1 de octubre, FJ 4), porque «cuando se trata de cargos públicos representativos elegidos directamente por los ciudadanos: el art. 23.2 CE [en relación con el art. 1.2] es un reflejo del Estado democrático [...]» (STC 23/1984, de 20 de febrero, FJ 4, y 212/1993, de 28 de junio, FJ 4).

Esta faceta singular del artículo 23 CE es la que hace precisamente que este derecho se defina como un derecho de configuración legal, en el sentido de que corresponde, ante todo, a las leyes (sobre todo a los reglamentos parlamentarios, como hemos sostenido) la ordenación de los derechos y atribuciones que corresponden a los representantes políticos, de manera que, una vez establecidos, quedan integrados dentro del estatus representativo propio del cargo (*ius in officium*), con la consecuencia de que sus titulares pueden reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos de los poderes públicos, incluidos obviamente los provenientes del mismo órgano en que se integran.

Esto no significa, sin embargo, que el derecho fundamental a acceder y permanecer en el ejercicio de las funciones y los cargos públicos representativos sea un derecho incondicionado o absoluto, ilimitado. Pero su delimitación debe tener en cuenta que, en un estado social y democrático de derecho, el grupo de ciudadanos al que se encomienda periódicamente el ejercicio de las diversas manifestaciones de la soberanía popular detiene una posición singular, con proyección sobre las condiciones de ejercicio y de permanencia en la función pública corres-

pondiente, que han de venir determinadas por la propia voluntad democrática del Estado.

Además, desde una perspectiva de tutela de los derechos reconocidos por el artículo 23.2 CE, el Tribunal Constitucional ha significado en su STC 7/1992, de 16 de enero (FJ 3), y en la ya citada STC 155/2014, de 28 de octubre (FJ 2), los efectos que puede conllevar para una declaración de incompatibilidad que sea adoptada sin seguir el iter procedimental regulado:

«[...] la existencia de una hipotética situación de incompatibilidad, con arreglo a tales preceptos, no puede ser efectuada unilateralmente por la Presidencia de la Asamblea, haya oído o no a la Mesa y a la Junta de Portavoces. Esta tarea queda reservada a una Comisión parlamentaria, que en la Asamblea Cantabria es la del Estatuto del Diputado; la cual, además, queda relegada a unas atribuciones de mera propuesta, pues el Reglamento de la Asamblea de Cantabria reserva al Pleno la declaración final de incompatibilidad, que constituye al afectado en la obligación de optar o de renunciar al escaño, por lo que, aun si los preceptos legales en vigor hubieran configurado a la pena de suspensión de cargo público como una causa de incompatibilidad generadora del cese del Diputado, y no de su mera suspensión, el acto impugnado hubiera sido nulo por prescindir de los trámites esenciales del procedimiento legalmente establecido para declarar este tipo de incompatibilidades.»

En este mismo sentido, el artículo 3 del Protocolo adicional al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) garantiza no solo el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en el momento de acceso al cargo, sino también el mantenimiento y el ejercicio del cargo y, por tanto, una protección frente a perturbaciones ilegítimas, como puede verse en la Sentencia de 6 de noviembre de 2002 (asunto Sadak y otros c. Turquía, FJ 40, entre otros).

Con posterioridad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido ocasión de remarcar el principio según el cual, una vez expresada la voluntad de la población, libremente y democráticamente, ninguna modificación posterior de la organización del sistema electoral puede poner en cuestión esta elección, a menos que haya motivos convincentes para el orden democrático (Lykourazos c. Grecia 2006, § 52). En otras palabras, el TEDH ha establecido un *principio de expectativa legítima* (Lykourazos c. Grecia, § 57) que determina que solo puede retirarse la condición de electo por motivos que puedan justificarse desde un punto de vista constitucional y de preservación del estado democrático de derecho. Si no fuera así, los derechos garantizados por el artículo 3 del Protocolo n.º 1 del CEDH, derechos inherentes al concepto de un sistema verdaderamente democrático, serían ilusorios si los miembros electos o sus electores pudieran ser privados de ellos arbitrariamente en cualquier momento (Melnychenko c. Ucrania, n.º 17707/02, § 59, TEDH 2004-X; Lykourazos c. Grecia, § 56).

4. LA NATURALEZA EJECUTIVA DEL ACUERDO DE LA JEC Y LA FALTA DE PRONUNCIAMIENTO POR PARTE DEL TS SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS Y SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO

Al margen del recurso de casación interpuesto ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo contra la sentencia penal dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, es importante señalar que el Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo) no se ha pronunciado de manera definitiva sobre la decisión adoptada por la JEC, ni sobre las medidas cautelares de suspensión solicitadas por el presidente de la Generalidad.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo solo se ha pronunciado sobre las medidas cautelares instadas por Joaquim Torra a través de un recurso sumario y preferente de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, que han sido desestimadas en virtud de

la doctrina que sostiene que medidas de este tipo solo pueden concederse con carácter excepcional, dado que, al ser *iinaudita parte*, no aseguran el principio de contradicción procesal. Sin embargo, es importante subrayar que la Sala acordó que el incidente de suspensión se tramitara de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 131 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y que, a estos efectos, dio traslado de las actuaciones, por un plazo de cinco días, a la Junta Electoral Central y al Ministerio Fiscal.

En consecuencia, la solicitud de medidas cautelares aún se encuentra en curso, lo cual debe ser considerado al efecto de la preservación en todo momento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), teniendo en cuenta la doctrina constitucional sobre la función que cumple la tutela judicial «cautelar» como límite del privilegio de la autotutela ejecutiva de los actos de las administraciones. Cabe recordar en este sentido la doctrina que ha establecido el Tribunal Constitucional desde la Sentencia 66/1984, según la cual la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE requiere que la ejecutividad del acto quede sometida a la decisión de un tribunal y que este pueda resolver, como mínimo, sobre su suspensión «con la información y contradicción que resulte menester», doctrina que ha sido reiterada posteriormente en otras sentencias, como la STC 148/1993 o la STC 78/1996.

A partir de aquí, es importante poner de relieve algunas consideraciones más. En primer lugar, que el propio Auto del Tribunal Supremo de 10 de enero admite que las medidas cautelares están concebidas para asegurar la eficacia de la resolución que pueda poner fin al proceso judicial «evitando que el trascurso del tiempo pueda poner en peligro el cumplimiento de la resolución de terminación del mismo». Este dato no puede dejarse precisamente de lado, más aún si se tiene en cuenta que el Tribunal Supremo todavía no ha tomado una resolución final sobre la adopción de las medidas.

Por lo tanto, el Auto de 10 de enero no rechaza la adopción de medidas cautelares, rechaza solo las caute-

larísimas, y remite la decisión al resultado del incidente procesal de suspensión, que se sigue tramitando, tal como indica claramente la parte dispositiva del Auto.

El segundo aspecto a considerar, tan o más importante que el anterior, son los motivos por los que el Tribunal Supremo considera que no es necesario adoptar las medidas cautelarísimas de suspensión solicitadas.

El Auto dice textualmente (FJ 4) que «no apreciamos, por último, la irreparabilidad del daño que se intenta conectar de forma necesaria, como “*periculum in mora*”, a la eficacia del acuerdo, en caso de que este no sea suspendido». Se trata de una declaración aparentemente contradictoria, porque parece dar a entender que la suspensión cautelarísima solicitada no es estrictamente necesaria para garantizar que no se produzcan daños irreparables derivados de la ejecución del acuerdo impugnado: esta interpretación solo puede tener una explicación lógica en el sentido de matizar los efectos que podría tener la ejecución plena del acto, ya que, de lo contrario, no tiene ningún sentido decir que la aplicación no produce ningún daño irreparable, como sucedería si se hiciera efectiva la pérdida de la condición de diputado y la sustitución por otro diputado. En este supuesto, la afectación del derecho de participación política del artículo 23 CE parece un hecho incontestable.

Por el contrario, la interpretación más razonable se fundamenta en lo que hemos señalado anteriormente, el hecho de que todavía no se ha resuelto el trámite cautelar, lo que permite concluir la necesidad de esperar hasta su resolución definitiva a fin de evitar que mientras tanto puedan producirse daños irreparables. O bien puede tener otra respuesta —no necesariamente incompatible con la anterior— en la remisión que el propio FJ 4 del Auto hace a la STS 844/2019, de 18 de junio, sobre el *periculum in mora*, invocado en esta sentencia como ejemplo de la «posibilidad de suspender y, en su caso anular, credenciales emitidas por la propia Junta Electoral Central, en caso de que se acredite que han perdido el sustento legal que las motivaba».

En efecto, la STC 844/2019 resolvió un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales relacionado con la expedición de nuevas credenciales para cubrir vacantes de concejales, subsiguientes a una condena penal firme de inhabilitación dictada por la Audiencia de Almería. Sin embargo, a pesar de la expedición de las nuevas credenciales, los sustitutos no llegaron nunca a ocupar el cargo, que continuaron ejerciendo quienes teóricamente habían sido privados de él. Esta situación se mantuvo hasta que el Tribunal Constitucional acabó amparando a los afectados y anuló la sentencia penal un año después de haber sido dictada.

En este nuevo escenario, se discutió ante el Tribunal Supremo sobre los efectos de la resolución de la Junta Electoral Central de haber dejado vacantes los cargos y dado las nuevas credenciales a otras personas, con la afectación que esto podía tener sobre el derecho fundamental de participación política. La respuesta del Tribunal Supremo en esta sentencia no parece que pueda tener otra lectura que no sea la de considerar que la plena ejecutividad de los acuerdos tomados en su día por la Junta Electoral Central quedaron implícitamente condicionados, en cuanto a sus efectos, mientras se mantenía en curso un procedimiento judicial que podía terminar con una decisión susceptible de hacerles perder el apoyo jurídico.

Y es que difícilmente puede llegarse a otra conclusión si nos atenemos a lo que dice el Tribunal Supremo en el FJ 3 de la referida STS 844/2019, cuando se refiere a las nuevas credenciales emitidas en ese caso por la Junta Electoral Central:

«[...] dichas credenciales no han generado *per se* el cese de los recurrentes condenados en su día por la Audiencia de Almería ni otorgan la condición de concejales a las personas llamadas a sustituirles. No procede, en consecuencia, estimar la pretensión de que uno de los recurrentes mantenga su cargo de alcalde o, en el otro caso, de concejal del Ayuntamiento de Partaloa, ni de la que los resta-

blezcamos en los mismos. Los recurrentes no han probado, ni consta a la Sala, que las personas acreditadas hayan tomado posesión ni hayan desposeído a los recurrentes del ejercicio de sus cargos.»

La remisión que hace el Auto de 10 de enero a la doctrina establecida en esta sentencia, al referirse a los posibles daños irreparables de la ejecución de los acuerdos de la Administración electoral, y al *periculum in mora*, no se puede entender como superflua ni casual, e introduce, como mínimo, dudas fundadas sobre la ejecutividad de los acuerdos tomados por la JEC y la JEP con relación a la condición de diputado del presidente de la Generalidad mientras la Sala Tercera no resuelva el recurso y, en cualquier caso, hasta que no resuelva definitivamente el incidente de medidas cautelares.

Ciertamente, la LOREG remite a la Ley de procedimiento administrativo (actualmente la Ley del Estado 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas) en todo aquello que no esté expresamente regulado. Pero esto no implica que todos los actos emitidos por los órganos de la Administración electoral deban disfrutar, sin excepción, del privilegio de la autotutela ejecutiva, especialmente si estos actos ya no están vinculados directamente al desarrollo de un proceso electoral.

La ejecutividad de los actos de la Administración electoral slo está plenamente justificada cuando se trata de garantizar la aplicación de la LOREG a los procesos electorales, y con relación a las funciones específicas que esta norma le atribuye. Sin embargo, ya hemos visto cómo esta competencia es más que dudosa cuando se trata de situaciones que afectan propiamente al régimen de las incompatibilidades, y la doctrina constitucional y los precedentes de la propia JEC la sitúan en el ámbito propio del derecho parlamentario. Además, en este caso se produce una especial y grave afectación del derecho de participación política del artículo 23 CE (tanto en cuanto al derecho de sufragio pasivo del afectado como también en cuanto al derecho de sufragio activo de los

ciudadanos que le han elegido), que hace muy difícil justificar la existencia de una autotutela ejecutiva que, llevada hasta las últimas consecuencias, puede llegar a implicar la vulneración de estos derechos, con consecuencias irreparables.

En este sentido, a pesar de que el auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo del pasado 10 de enero no lo diga explícitamente, el hecho de que constate que no puede haber daño irreparable si no se accede a la suspensión y que haga remisión a la Sentencia 844/2019 solo puede interpretarse en el sentido de que el Tribunal Supremo entiende que el tipo de acto que aquí nos ocupa (declaración de vacante y expedición de nuevas credenciales para inelegibilidad sobrevenida) no tiene capacidad, por sí mismo, de producir el cese y la sustitución efectivos cuando hay un procedimiento judicial que puede afectarle directamente. Se puede entender, por tanto, que el acuerdo de la JEC tiene en este caso concreto un valor declarativo, pero no necesariamente ejecutivo, hasta que se haya podido verificar el derecho a la tutela judicial efectiva.

5. EL ESTATUS DEL PRESIDENTE DE LA GENERALIDAD REGULADO POR EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA Y POR LA LEY 13/2008, DE LA PRESIDENCIA DE LA GENERALIDAD Y DEL GOBIERNO

Con independencia de lo que se acaba de decir, hay que hacer referencia a otra cuestión que suscitaría la ejecución del Acuerdo de la JEC, que es la que afecta al estatuto personal del presidente de la Generalidad de Cataluña.

5.1. El conflicto entre las determinaciones del Estatuto y de las leyes de desarrollo básico estatutario relativas al cese del presidente de la Generalidad y la «inelegibilidad sobrevenida» regulada por la LOREG

El diputado Joaquim Torra i Pla no es solo diputado. También es, como se ha dicho, presidente de la Generalidad de Cataluña, con todas las consecuencias inherentes al cargo determinadas por la Constitución, el

Estatuto de autonomía, el Reglamento del Parlamento de Cataluña y la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno. Así, entre otras funciones, el presidente de la Generalidad tiene la más alta representación de la Generalidad, dirige la acción de gobierno y le corresponde la representación ordinaria del Estado en Cataluña. También es un elemento capital de la forma política o de gobierno parlamentario vigente en Cataluña, por cuanto es elegido por el Parlamento y es a través de su persona que se establece la relación política de confianza con el Gobierno.

Huelga decir que estas circunstancias ponen de relieve las graves consecuencias que pueden derivarse de la ejecución del Acuerdo de la JEC en sus términos, dado que, a diferencia de lo que sucede con el presidente del Gobierno del Estado, el artículo 152.1 CE determina que los presidentes de las comunidades autónomas son elegidos de entre los miembros de las asambleas legislativas correspondientes, y, derivado de ello, el artículo 67.2 EAC dispone que el presidente de la Generalidad debe ser elegido de entre los miembros del Parlamento de Cataluña.

La condición de diputado para ser elegido presidente de la Generalidad adquiere así una relevancia institucional que trasciende la propia elección y se proyecta sobre una función institucional superior, que podría verse gravemente comprometida, al igual que podría perturbar el conjunto del sistema institucional de la Generalidad, la propia presidencia, el Parlamento y el Gobierno, especialmente si se tiene en cuenta que no existe ninguna sentencia firme que haya inhabilitado a Joaquim Torra.

En efecto, no se puede desconocer que el artículo 67.7 EAC solo establece como causa penal de cese del presidente de la Generalidad la condena «firme» que le inhabilite para el ejercicio del cargo:

«El presidente o presidenta de la Generalidad cesa por renovación del Parlamento a consecuencia de unas elecciones, por aprobación de una

moción de censura o denegación de una cuestión de confianza, por defunción, por dimisión, por incapacidad permanente, física o mental, reconocida por el Parlamento, que lo inhabilite para el ejercicio del cargo, y por condena penal firme que suponga la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos.»

Por el contrario, debemos significar que hay otros textos estatutarios que sí determinan expresamente la pérdida de la condición de diputado como motivo de cese del presidente de la comunidad autónoma.

Por ejemplo, la Ley orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de autonomía de Canarias, en el art. 52.1.c establece que el gobierno cesa:

«c) Cuando quien ostente la Presidencia cese por dimisión; por notoria incapacidad permanente, física o mental, reconocida por el Parlamento por mayoría absoluta de sus miembros, que le inhabilite para el ejercicio del cargo; por condena penal firme que comporte la inhabilitación para el ejercicio de cargo público; o por pérdida de la condición de diputado del Parlamento de Canarias.»

O la Ley orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de autonomía de Aragón, que en su art. 51 prevé:

«El Presidente cesa por la celebración de elecciones a Cortes de Aragón, por la aprobación de una moción de censura, por la pérdida de una cuestión de confianza, por incapacidad permanente que le imposibilite para el ejercicio de su cargo reconocida por las Cortes de Aragón por mayoría absoluta, por sentencia firme que le inhabilite para el ejercicio de su cargo, por pérdida de la condición de Diputado o Diputada a Cortes de Aragón o por incompatibilidad no subsanada.»

Así como la Ley orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de autonomía de Castilla y León, que en su art. 26.3 dispone:

«3. Al comienzo de cada legislatura o en caso de dimisión o fallecimiento del anterior Presidente, pérdida de su condición de Procurador de las Cortes de Castilla y León, inhabilitación derivada de condena penal firme o incapacidad permanente reconocida por las Cortes que lo inhabilite para el ejercicio del cargo, las Cortes de Castilla y León procederán a la elección del Presidente por mayoría absoluta en primera votación o por mayoría simple en la segunda, con arreglo al procedimiento que establezca el Reglamento de aquéllas.»

Volviendo al marco normativo catalán, hay que tener presente que, en el mismo sentido, el artículo 7 de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno, establece, en el apartado 1.f, la causa de cese en el cargo de presidente de la Generalidad consistente en la «condena penal firme que comporte la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos».

Sea como sea, no parece que el conflicto normativo surgido entre las disposiciones del Estatuto y de las leyes de desarrollo básico estatutario que han sido expuestas y la LOREG (art. 6.2.b y 6.4) pueda resolverse, por diversas razones, dando prevalencia a esta última. El estatuto personal del presidente de la Generalidad, como parte esencial de la organización institucional de Cataluña, no depende de la legislación del régimen electoral.

En primer lugar, porque, si bien el Estatuto es — aunque sea formalmente— una norma con rango orgánico, como lo es también la LOREG, tratándose de una cuestión que afecta al estatus del presidente de la Generalidad debe acudir a criterios de orden competencial o de especialidad, teniendo presente además que la Constitución reserva de forma expresa esta materia al Estatuto como parte esencial de la organización ins-

titucional autonómica. Basta ver que el artículo 148.1.1 CE determina que las comunidades autónomas pueden asumir la competencia en materia de organización de sus instituciones de autogobierno, y que, de acuerdo con el artículo 147.2.c y 152.1 CE, dicha materia aparece reservada expresamente al Estatuto.

Por su parte, el artículo 67.5 EAC dispone que una ley del Parlamento debe regular el estatuto personal del presidente de la Generalidad (la mencionada Ley 13/2008), y el artículo 67.7 EAC, al igual que dicha ley, determina las causas tasadas de cese del presidente de la Generalidad.

En segundo lugar, atendiendo a la génesis de la elaboración del artículo 6.2.b LOREG, que ya hemos tenido ocasión de exponer, en conexión con los motivos de la condena del presidente de la Generalidad impuesta por el TSJC.

Esta circunstancia es, pues, un elemento que invita a ser extremadamente prudente y a evitar cualquier actuación de la Administración electoral y de los órganos jurisdiccionales que pueda conducir a situaciones graves e irreversibles, especialmente teniendo en cuenta que no ha recaído sentencia penal firme.

La propia Junta Electoral Provincial fue plenamente consciente de este problema, y así tuvo ocasión de expresarlo en el apartado 5 del Acuerdo adoptado el 23 de diciembre de 2019, en que la JEP señala que el artículo 67.7 EAC solo prevé el cese del presidente de la Generalidad en virtud del cumplimiento de una pena de inhabilitación por sentencia judicial firme, y afirma que no existe ningún precedente en que se haya aplicado el artículo 6.2.b LOREG a un diputado que, además, es presidente de una comunidad autónoma:

«Esta Junta no puede ignorar que la pérdida de condición de Diputado, va asociada a la pérdida de condición de Presidente al amparo de lo dispuesto en el art. 67.2 del Estatut de Catalunya aprobado por referéndum y con rango de Ley Orgánica. En efecto, es requisito tener la condición de Diputado

para ser President del Govern de Catalunya. Las causas de cese como President de Govern están reguladas en el art. 67.7 de dicha norma estatutaria. En ella solo se contempla el cese en virtud del cumplimiento de una pena de inhabilitación por sentencia judicial firme.»

Tanto es así que este fue uno de los argumentos determinantes para que —aun arrogándose una competencia que no tenía— desestimara las peticiones formuladas por las formaciones políticas que pidieron la intervención de la JEP, al considerar que había que hacer una interpretación armónica de las dos leyes orgánicas y optar por la que ofreciera una interpretación más restrictiva para la afectación de los derechos de participación política y la presunción de inocencia (apartado 6 del Acuerdo de 23 de diciembre de 2019).

Si la JEP operó bajo este criterio a la hora de resolver el fondo del asunto, es razonable pensar que este argumento tiene ahora tanta o más relevancia cuando se trata de decidir sobre la ejecutividad de un acuerdo de la JEC que pone directamente en riesgo la efectividad misma de estos derechos, con unos resultados que, como hemos señalado, serían imposibles de reparar si se llegaran a producir.

5.2. La condición de diputado no es necesaria para mantener la de presidente de la Generalidad

Si se entiende que la condición de diputado es requisito necesario para el ejercicio del cargo de presidente de la Generalidad, de acuerdo con el artículo 67.2 EAC, la aplicación efectiva del Acuerdo de la JEC no solo privaría al diputado Joaquim Torra de continuar ejerciendo como presidente de la Generalidad, sino que también dejaría al Gobierno sin presidente y obligaría al Parlamento a poner en marcha un nuevo procedimiento de investidura para sustituirlo.

Ciertamente, el artículo 67.2 EAC establece que el presidente es elegido por el Parlamento de entre sus miembros. Sin embargo, el Estatuto —ni tampoco la

Constitución— no especifica que la condición de diputado deba mantenerse necesariamente una vez llevada a cabo la investidura o durante todo el ejercicio del cargo de presidente. Tampoco se prevé como causa de cese del presidente la pérdida de la condición de diputado.

Asimismo, cabe observar que los diputados terminan su mandato cuando finaliza la legislatura o en caso de disolución anticipada de la misma, excepto en cuanto a los diputados que representan a la Generalidad en el Senado y a los que integran la Diputación Permanente, cuyo mandato se prorroga hasta la constitución del nuevo Parlamento (art. 59.4 EAC y art. 24.d RPC).

Pero el presidente de la Generalidad no tiene la condición de senador ni es miembro de la Diputación Permanente de la cámara, porque el artículo 74.4 del Reglamento del Parlamento lo prohíbe de manera expresa a todos los diputados que sean miembros del Gobierno.

Por otra parte, también es posible una lectura que permita interpretar de una manera armónica lo dispuesto por los apartados 2 y 7 del artículo 67 EAC, sin que ninguno de los dos preceptos pierda su virtualidad. Esta solución pasa por entender que, si se entiende que es necesario que el presidente de la Generalidad mantenga la condición de diputado —lo que, como hemos dicho, no establecen *expressis verbis* ni el Estatuto ni la Constitución—, ello puede quedar exceptuado para preservar lo que dispone el apartado 7 del artículo 67, con exclusión de cualquier causa de cese que no esté expresamente prevista en el Estatuto.

Tanto la primera interpretación como esta última excepción estarían plenamente justificadas, porque el ejercicio de la presidencia de la Generalidad, como cargo público, está protegido por el derecho fundamental amparado por el artículo 23.1 CE, de cuyos alcance y efectos ya hemos tratado en otro momento, por lo que sería contrario a este derecho aplicar por analogía causas de cese no expresamente previstas en el artículo 67.7 EAC, precepto que, como se ha dicho, se integra en la norma institucional básica de Cataluña ex artículo 147.1 CE.

De todo lo expuesto, se extraen las siguientes

CONCLUSIONES

1.- La declaración de incompatibilidad de un diputado al Parlamento de Cataluña no es competencia de la Administración electoral, según lo dispuesto tanto por el Reglamento del Parlamento de Cataluña como por la LOREG, de conformidad con la jurisprudencia constitucional y el criterio aplicado reiteradamente por la propia Administración electoral respecto de otras cámaras parlamentarias. Por ello, el Acuerdo de la JEC de 3 de enero de 2020 incurre en vicio de nulidad de pleno derecho de acuerdo con el art. 47.1.b de la Ley del Estado 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

2.- Las competencias de una administración, como lo es la Administración electoral, aunque sea singular por razón de sus funciones y composición, deben serle atribuidas de forma expresa y específica. En este sentido, las competencias de la Administración electoral lo son con relación a los procesos electorales en curso y hasta su conclusión. En consecuencia, no es posible una declaración de «inelegibilidad sobrevenida». Tampoco es posible atribuirle competencias implícitas para declarar situaciones de incompatibilidad, en la medida que integran el estatuto de los cargos públicos y nuestro ordenamiento reserva esta decisión a los órganos o instituciones de los que forman parte. Por ello, el Acuerdo de la JEC de 3 de enero de 2020 incurre en el vicio de nulidad de pleno derecho mencionado en la conclusión 1.

3.- La causa de incompatibilidad de los cargos electos declarados inelegibles en los términos determinados por el artículo 6.4 LOREG, en conexión con el art. 6.2.b LOREG, no se refiere a un verdadero supuesto de incompatibilidad, por cuanto no faculta para la elección entre el ejercicio del cargo de diputado u otra actividad al margen de la parlamentaria. En realidad, esta forma singular de privación de la capacidad electoral pasiva constituye una causa de pérdida de la condición de diputado que evidencia tanto

la dudosa técnica del legislador como las dudas sobre su constitucionalidad. Esto aparte, no puede perderse de vista que el propósito perseguido por el legislador fue completar el procedimiento y las consecuencias normativamente previstas para la ilegalización de partidos políticos que justifiquen la violencia o estén en connivencia o sirvan de instrumento para organizaciones terroristas.

4.- El Estatuto de autonomía y la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno, establecen como causa de cese en el cargo de presidente de la Generalidad la condena penal firme que comporte la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos; por su parte, el Reglamento del Parlamento de Cataluña incluye entre las causas de pérdida de la condición de diputado, la condena a una pena de inhabilitación impuesta por una sentencia judicial firme (art. 24.e). Se trata de una configuración legal respetuosa con el derecho fundamental de participación política del artículo 23.2 CE, por cuanto de otro modo podría ocasionarse un daño irreparable a los diputados y a sus representados.

5.- El Parlamento de Cataluña puede regular las incompatibilidades de sus miembros, y aplicar las normas correspondientes, como parte de la autonomía parlamentaria. El Reglamento del Parlamento de Cataluña regula el procedimiento de declaración de incompatibilidad de los diputados, con exclusión de la intervención de otros órganos, y con las garantías procedimentales pertinentes, dada la implicación del derecho fundamental de participación política del artículo 23 CE, y de manera equiparable a las regulaciones de otros parlamentos autonómicos y de las Cortes Generales. Si la causa de «inelegibilidad sobrevenida» del artículo 6.2.b en combinación con el artículo 6.4 LOREG constituye una verdadera causa de incompatibilidad —criterio que, como se ha dicho, no compartimos—, la declaración recaería igualmente en el Parlamento de Cataluña.

6.- El Acuerdo de la JEC de 3 de enero de 2020 puede lesionar el derecho fundamental de participación política del diputado Joaquim Torra i Pla, al afectar su derecho a permanecer en el cargo *ex* artículo 23 CE, de

acuerdo con las leyes (en este caso, el Reglamento del Parlamento de Cataluña), y también su derecho a ejercerlo en condiciones de igualdad, que se ve igualmente afectado al apartarse de los criterios aplicados anteriormente por la Administración electoral y acogidos por la jurisprudencia constitucional. Estas infracciones constituyen un vicio de nulidad de pleno derecho, con arreglo al artículo 47.1.a de la Ley del Estado 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

7.- Al margen de que esté pendiente el recurso de casación contra la sentencia penal dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña contra Joaquim Torra, hay que tener presente que, hasta el momento, el Tribunal Supremo no se ha pronunciado de manera definitiva sobre el Acuerdo de la JEC de 3 de enero de 2010, ni sobre las medidas cautelares de suspensión solicitadas por el presidente de la Generalidad. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, además, acordó seguir tramitando el incidente de suspensión. En consecuencia, la solicitud de medidas cautelares se encuentra actualmente en curso, y tal extremo debe ser considerado al efecto de la preservación en todo momento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

8.- Por otra parte, los fundamentos jurídicos del Auto del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2020, y en concreto su remisión específica a la Sentencia 844/2019, introducen dudas fundadas sobre la ejecutividad de los acuerdos adoptados por la JEC y la JEP en casos como el que aquí se analiza, hasta que no sea resuelto el recurso de protección de derechos fundamentales interpuesto por el presidente de la Generalidad.

9.- Al concurrir en el diputado Joaquim Torra i Pla la condición de presidente de la Generalidad, hay que señalar que existen elementos suficientes, tanto de una interpretación sistemática de las normas que regulan la institución de la presidencia como de naturaleza lógica y gramatical, para considerar que el eventual cese en el cargo de diputado por causa de incompatibilidad no afectaría a su continuidad en el cargo de presidente de la Generalidad.

Este es el informe que emitimos, sujeto únicamente al cumplimiento de los principios de objetividad, de libertad de conciencia y de independencia profesional. ♦

Palacio del Parlamento, 13 de enero de 2020.

COMPARECENCIA DE CARLOS GARAIKOETXEA URRIZA EN LA COMISIÓN ESPECIAL SOBRE AUTOGOBIERNO DEL PARLAMENTO VASCO (27.2.2002)

HEARING OF CARLOS GARAIKOETXEA URRIZA IN THE SPECIAL COMMITTEE ON SELF-GOVERNMENT OF THE BASQUE PARLIAMENT (2002.2.27)

Carlos Garaikoetxea Urriza

Lehendakari del Gobierno Vasco (1980-1985)

Cómo citar / Nola aipatu: Garaikoetxea Urriza, C. (2020). Comparecencia de Carlos Garaikoetxea Urriza en la Comisión Especial sobre Autogobierno del Parlamento Vasco (27.2.2002). *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, (1): 226-255. <https://doi.org/10.47984/legal.2020.010>



NOTA SOBRE LA COMPARECENCIA

Al repasar la comparecencia parlamentaria con la que traté de explicar el proceso de restauración de nuestro autogobierno, me parece oportuno subrayar las circunstancias y motivaciones que nos aconsejaron elegir el camino más conveniente para nuestro País siguiendo la senda estatutaria.

Huelga subrayar que en las aspiraciones de quienes protagonizamos aquel proceso existían, tanto y más que hoy, metas que estaban plagadas de dificultades insalvables: nuestra aspiración de poder ejercer el derecho de autodeterminación del Pueblo Vasco en las circunstancias propias de una transición desde el franquismo, que mantenía vivos aparatos del Estado herederos de la dictadura, encarnaba dificultades que, en el mejor de los casos, se estrellarían contra la oposición insalvable de esos aparatos y sus instituciones. Y en el peor, desembocarían en un retorno trágico al pasado. En lugar de una postura testimonial estéril, si no trágica, teníamos presentes las graves urgencias del País, que requerían un poder político que, aunque con sus limitaciones, nos permitiera afrontar:

El control de los recursos hacendísticos capaces de aliviar y reimpulsar la crisis económica y social del País. Sirva de recordatorio que zonas de Bizkaia sufrían un paro superior al 30% de su población activa. Acabar con el expolio fiscal y recuperar una hacienda propia constituía un objetivo prioritario, aunque para algunos el Concierto Económico no pareciera el capítulo reivindicativo de mayor impacto político emocional. Sin embargo, sus consecuencias fueron trascendentales para apuntalar industrias en crisis y diseñar políticas renovadoras basadas en I+D.

Apuntalar la recuperación del euskara, en la enseñanza o los medios de comunicación, la cultura, la enseñanza en todos sus niveles, la investigación, mejorar la sanidad, la sustitución de las fuerzas de seguridad del Estado, salvo en aspectos “supracomunitarios” (aunque su interpretación luego resultara abusiva por parte del Estado).

En suma, quisimos avanzar en bases de la construcción del autogobierno, bases que también habría que transitar desde la más radical de las reivindicaciones, y que resultaban imprescindibles y útiles para un periodo de tiempo relevante.

Por cierto, cuando hoy se discute (especialmente en Catalunya), la vía “unilateral” o pactada hacia la independencia, no me resisto a recordar la “vía foral”, de alcances teóricos ilimitados, que elegimos algunos como régimen excepcional para los vascos en el proceso constitucional. Me permito recordar, con pesar, que personalmente discutí denodadamente (aquí y en Madrid) para que la vía “pactada” excepcional entre los representantes del Estado y los vascos para la restauración del autogobierno, de alcance indefinido, prevaleciera en vez de la fórmula limitativa “en el marco de la Constitución y el Estatuto”, que finalmente figuró como “dique” constitucional. La vía del pacto, que discutí con propios y extraños, es hoy actualidad cuando se habla de “unilateralidad” en el avance del autogobierno que choca con el muro de la Constitución y los gobiernos del Estado, frente al alcance sin límites previsibles de una excepcional vía foral pactada, excepción de la Constitución para el caso vasco. ¿Qué poderes no podrían reivindicarse con una invocación retrospectiva de nuestra historia, sin el techo constitucional presente?

COMPARECENCIA DE D. CARLOS GARAIKOETXEA URRIZA, A PETICIÓN DE LA COMISIÓN, A FIN DE QUE APORTE DATOS E INFORMACIONES ACERCA DE LAS MATERIAS OBJETO DE ESTUDIO DE LA COMISIÓN ESPECIAL SOBRE AUTOGOBIERNO.

PARLAMENTO VASCO, 27.2.2002

CARLOS GARAIKOETXEA URRIZA JAUNAREN AGERRALDIA, BATZORDEAK ESKATUTA, DATUAK ETA INFORMAZIOAK EMAN DITZAN AUTOGOBERNUARI BURUZKO BATZORDE BEREZIAK DITUEN AZTERGAIEI BURUZ.

EUSKO LEGEBILTZARRA, 2002.2.27

Transcripción literal de la comparecencia / Agerraldiaren hitzez hitzeko transkripzioa

La PRESIDENTA (Sra. Piñol Olaeta):

... Bigarren puntua, gai-zerrendako bigarren puntua: “Carlos Garaikoetxea Urriza jaunaren agerraldia, batzordeak eskatuta, datuak eta informazioak eman ditzan Auto-gobernuari buruzko Lantalde Bereziak dituen aztergaiei buruz”. Labur-labur azalduko dot zer prozedura jarraituko dogun geratzen jakuzan gai-zerrendako puntu guztietan: alde batetik, presidentziaren aldetik esposizio txiki bat, laburra, egingo dot, batez be kokatzeko gonbidatuak zer zerikusi daukan Estatutuaren prozesu guzti horrekin, zuzenean berari emango deusogu berba, eta bere esposizioaren ostean –nik uste, ordu erdi edo hiru ordu laurdeneko esposizioa, gutxi gora-behera, izan ondoren–, alderdi guztien txanda zabalduko geunke. Nik eskatuko deusuet, mesedez..., asmoa da txanda bakarra zabaltzea, batez be gai-zerrenda honetan lau agerraldi ditugulako eta orduak –ahal dogun neurrian, behintzat– errespetatu behar doguzalako.

Eta, beraz, ja aurrera jarraituz, eta Garaikoetxea Urriza jaunaren inguruan, ba, nik uste dot danok ezagutzen dozuela eta presentazioak ia-ia soberan dagozala, baina dana dala esan behar bera izan zala Consejo General Vasco-ko presidentea eta baita, Gernikako Estatutoa onartu zanean, lehenengo lehendakaria. Horregatik, nik uste dot hori esanda eta hola kokatuta argi eta garbi geratzen dala bera hona ekartzea oso balio handikoa dala batez be batzordearen lanak aurrera eroateko.

Eta beste barik, eta eskertuz behintzat batzorde honen izenean benetan jaso dozun gonbidapena onartzea eta hona etortzea, hori esanda, beste barik, Garaikoetxea jaunari emango deusot berba. Zeuk daukazu berba.

El Sr. GARAIKOETXEA URRIZA:

Eskerrik asko, presidente andrea.

Egun on, legebiltzarkideok, jaun-andreok.

Zuen arreta eskertzen dizuet Autogobernuari buruzko Batzorde honetan nire iritzia eskatzeagatik. Izan ere, ni, oker ez banago, lehenengoa naiz, eta nere azalpena eta nere prozedura egokiak izango direla espero dut.

Gai honi buruzko beste iritzi guztiak errespetatuz, nik hitz gutxitan laburtuko nuke neure ikuspuntua: gaur begiztatzen dugun Estatutua ez da 1979 urtean sinatutakoa; orduan lortutako paktua ez da bete, orduan lortutako betebeharrak edo konprometuz zail eta orekatua alde bakar batek hautsi egin du, gaur egun ezagungaitz bihurtuz Gernikako Estatutua. Larriena, bere jatorrizko zentzua bereganatzea gero eta zailagoa dela da.

1981 urtetik geroztik atzerapauso bat izan bazen, LOAPA delakoa izanik bere adierazpenik argiena eta ordezkatu zuten lege-neurriak, gaur oraindik larriagoa den erasoaldi baten aurrean gaude, Gobernu zentralak aurkeztutako neurri eta politikarekin. Guzti honengatik, Estatutuak berezko ezaugarri nabarientarikoak galtzen ditu, betebeharrak edo, esan dudana bezala, konprometuz orekatu baten balorea, izaera paktatua – paktatua moral eta formalki –, bere espezifikotasun edo bereiztasuna beste estatutoengandik bereizten duena. Eta horregatik –eta horrela bukatzen dut nere laburpena–, autogobernurako garrantzia eta aldi historiko aipagarriago batetarako bere balioak ere galtzen ditu.

Yo he dicho, con palabras que por su brevedad pretendían ser contundentes y nada equívocas, que, a mi entender, el Estatuto que hoy contemplamos no es el Estatuto que negociamos en el año 79, he dicho que con todo el respeto a otras opiniones que pueda haber de signo contrario. He dicho que, para mí, se ha incumplido un pacto, un pacto basado en un compromiso político contraído en circunstancias muy especiales –a ello me referiré–, y que, por añadidura, a mayor abundamiento, no se han respetado especificidades evidentes de ese Estatuto.

Me refiero en primer lugar al carácter de compromiso político que en aquel momento histórico supuso el Estatuto. A nadie se ocultan las circunstancias, circunstancias que exigieron grandes dosis de pragmatismo y hasta de renunciaciones políticas, en aras de consolidar un proceso democrático naciente, no sólo aquí, sino en todo el Estado, y, en ese sentido, la palabra “equilibrio” adquiere para mí toda su relevancia y todo el respeto que merece, insisto, por las especialísimas circunstancias (no hace falta que sea más explícito) en que hubo de negociarse, eso y otras cosas.

Por otro lado, frente a fáciles críticas que puede suscitar esta alusión, las urgencias del país eran realmente apremiantes, apremiantes en todos los órdenes. Desde el punto de vista económico, el país se estaba desangrando, por citar un dato elocuente, con una caída del producto interior bruto, en tres años, creo que del 12 por ciento. Los déficit infraestructurales eran bestiales: todo el mundo puede recordar aquellos monumentos

a la inoperancia en infraestructuras, que eran un puente de Rontegi detenido y los déficit infraestructurales..., qué sé yo, cálculos que hacían las Cámaras de Comercio, como la vizcaína, en cientos de miles de millones de pesetas de los de la época. El expolio fiscal era terrorífico...

No creo que con esto estoy haciendo una descripción apocalíptica en la que no crea ninguno de los presentes que conozca los datos de la época, pero en el orden cultural, lingüístico, etcétera, y otros muchos puntos igualmente sensibles para quien les habla, y creo que para una gran mayoría de este país, la condición de situación de emergencia a la que me refiero era indudable.

Y en circunstancias semejantes el pragmatismo y la necesidad de llegar a acuerdos realistas, responsables, y no hacer política-ficción, era absolutamente necesario. Y en ese sentido, repito, el acuerdo político, al que además me referiré más adelante, para poder calificarlo como tal, el compromiso al que se llegó, fue una necesidad. Y una necesidad en circunstancias, como digo, muy especiales, en las que el sentido de la responsabilidad para salvar lo que había que salvar a la salida de una dictadura tuvo que ser, en cualquier fuerza política responsable, especialmente importante.

Corolario de todo esto, el respeto que merece un compromiso contraído en estas circunstancias también es especialmente importante.

Hubo un pacto. Se ha abusado mucho, en las definiciones históricas de determinados estatus político-institucionales existentes en el país, al hablar de la palabra “pacto”, etcétera, sea desde las leyes que dimanaban del primer expolio foral, la ley paccionada de 1841 en Navarra, etcétera, etcétera, que han merecido el calificativo de “pacto”, y no desde el nacionalismo solamente. Pero yo digo que en este caso hubo elementos constitutivos de un pacto tan importantes y más que en cualquiera de esas circunstancias a las que con tanta frecuencia, sobre todo cuando interesa, se alude a su naturaleza pactada.

Y desde un punto de vista formal y desde un punto de vista moral, he dicho antes. Desde un punto de vista formal bastaría, qué sé yo, citar la propia Constitución en su artículo 152.2, cuando dice que el procedimiento para su aprobación se realizará a través, primero, de una comisión constitucional del Parlamento español, y de una delegación de asambleas de parlamentarios vascos, que si llegan a un común acuerdo –se dice– tendrá el refrendo de un referéndum en el país y de una ley especial en el Parlamento español.

Podríamos adentrarnos, pero creo que no es mi misión –pero sí me parece importante recordar todo esto para después entrar en otros detalles–, en el sustrato foral que alienta en todo el Estatuto, de una manera intencionada y además elegida para darle ese carácter, desde el punto de vista cualitativo, especial de su anclaje en un marco institucional, cuya característica tantas veces invocada es la característica del pacto. Y en las alusiones, constantes además, para conferir al Estatuto una especificidad o una asimetría, como se emplea ahora con frecuencia al hablar de estas cosas, respecto a otras

situaciones autonómicas, las alusiones que son constantes para abrir una vía también específica al ámbito competencial del Estatuto vasco.

De manera que ese anclaje en la foralidad histórica, por otra parte la manera más realista, la única quizá, de recabar una profundidad en el autogobierno y una calidad en su base, la única realista en la época, es constante.

Pero, aparte de esto, yo me siento especialmente obligado a referirme a lo que he calificado de “carácter moral pactado” del Estatuto.

Yo en aquella época, como ha recordado la señora Presidenta, era Presidente del Consejo General Vasco, o Gobierno provisional, si así se le quiere llamar, y también presidente de la ejecutiva del Partido Nacionalista Vasco (dicho de paso, partido que contaba bastante en la época, como ahora), y cuando ya se había puesto en marcha la preparación del borrador y de la propuesta de Estatuto – tengo aquí apuntado–, el 22 de junio del 79, el Presidente Suárez me pidió una reunión, muy larga reunión (si mal no recuerdo, duró como cinco horas), en la que me preguntó qué procedimiento consideraba que podía ser el más interesante para impulsar el Estatuto y llegar a un acuerdo.

Entendía él que el Parlamento era, naturalmente, una instancia establecida legalmente y por la que tendría que ir todo el proceso, pero no se le ocultaban, y tenía razón, las dificultades que tendría un acuerdo en el Parlamento, dada la variedad de posturas allí existentes, desde Blas Piñar o el señor Fraga Iribarne, que votaron en contra, a la de un señor Aizpún, que decía ya en el debate constitucional que él se oponía a todo lo que permitiera acercarse a un estado separatista de Euskadi, textualmente. Y, en ese sentido, se presentaba la negociación en el Parlamento español, como es lógico, pues, muy complicada.

Entonces, yo personalmente le propuse que se produjera una negociación que tuviera carácter de tal, y que se formalizara con el acuerdo y las firmas correspondientes, mediante una comisión técnico-política del máximo nivel, integrada en gran parte por miembros del propio Gobierno central y una representación que estaba integrada fundamentalmente por representantes nacionalistas del más alto nivel también (podríamos entrar en detalles, pero, vamos, yo creo que si a alguien le interesan nombres, etcétera, luego podremos ser más explícitos), y algún independiente.

Y asumimos que, a la vez, hubiera otra instancia negociadora, en la que estaríamos él como Presidente del Gobierno y yo como Presidente del Consejo General Vasco, para ir desatascando los problemas que se revelaran más difíciles, en los que hubiera algún colapso en dicha negociación. Y ese fue el procedimiento que se siguió.

Al mismo tiempo, asumimos el compromiso, asumí yo el compromiso de evacuar las consultas con los que no estuvieran presentes en aquella comisión técnica y que habían intervenido en la redacción del Estatuto. Había habido 18 propuestas en una ponencia designada por la Asamblea de Parlamentarios Vascos a instancias del Consejo General Vasco, y de allí había salido un texto razonablemente consensuado, con algunas objeciones del Partido Socialista, pero en términos generales aceptándolo, y

con más motivos de desacuerdos –que así se llamaron– de la UCD de entonces, cuyo máximo responsable, Chus Viana, a quien quiero dedicar el recuerdo más entrañable, porque fue un gran amigo y un gran parlamentario, no obstante, vertía –y es importante decir estas cosas– ideas como las siguientes.

Cuando aquella asamblea, aquella ponencia terminó de consensuar, bien que mal, pero más bien que mal, un texto, Chus Viana, con el gracejo que le caracterizaba, dijo: “Bien, bien, ¡en Carrera de San Jerónimo os esperamos!”. Como diciendo: “Esto ha salido de aquí –alguno quizá lo recuerde, alguno que sea un poco más joven que yo–, pero luego esto pasará por donde tiene que pasar”.

Pero, al mismo tiempo, a mí me decía Chus Viana –para que veamos cuáles eran los conceptos de la época–, Chus Viana me decía: “Mira, Carlos, yo concibo esta autonomía de la que estamos hablando, qué te diría yo... (éstas son palabras textuales), yo pienso en un gobernador de un estado federado de los Estados Unidos que es capaz de conmutar penas de muerte, es capaz de negar aterrizar a un avión de un jefe de estado extranjero en un aeropuerto de su Estado...”. Lo decía gráficamente en estos términos, para significar hasta qué punto él concebía la profundidad del autogobierno surgido de un Estatuto.

Y, hombre, si hoy pensamos en conmutar penas de muerte o negar su entrada en un aeropuerto de Euskadi a un jefe de estado extranjero, por emplear el ejemplo gráfico que él empleaba (no digo que sea el más riguroso ni el más relacionado con nuestro ámbito competencial), pues, creo que hallaríamos una cierta distancia.

Éstos eran los que en aquel momento pusieron una gran cantidad de objeciones al contenido potencial del Estatuto, que fue objeto de esa negociación a la que me refería.

Desde el 22 de junio, en que se produce este acuerdo con el Presidente Suárez, se constituye esa comisión técnico-política de alto nivel (estábamos en dos salas, en dos despachos contiguos), su meritoria labor, la de aquella comisión, no necesito realzarla una vez más, porque fue aquella una negociación maratoniana, en plena canícula de julio.

Hay que agradecer a nuestros compañeros del Partido Socialista, de Euskadiko Ezkerra, que en aquel momento especialmente estuvieron tantas veces en el Hotel Palace esperando a que evacuáramos las consultas necesarias, porque no estaban todos ellos precisamente en esa negociación paralela (vamos a llamarle así).

Y en circunstancias ciertamente dramáticas para quien les habla, después de innumerables viajes de ida y vuelta, se llegó a un acuerdo, justamente cuando la Comisión del Congreso tenía ya su plazo establecido para ver terminada su labor. Es decir, fue un trabajo contra reloj.

Yo he dicho que las especificidades del texto que se aprobó, y que se aprobó después en el Congreso, eran notorias, frente a lo que calificamos coloquialmente luego como “café para todos” a la hora de desarrollar el resto.

Hay que pensar que el Estatuto vasco fue un adelantado, ¿verdad? Anecdóticamente, ya todo el mundo sabe cómo esta Autonomía es la decana de las Autonomías,

incluso porque tuvieron el acierto, en el Consejo General Vasco, de que Echevarría fuera en un avión llevando el texto y adelantándose a cualquier otro proyecto. Pero, en aquel momento, lo que concitaba la atención –dicho sea con todo respeto a otras Comunidades– era el caso vasco, y el caso catalán fundamentalmente. Hasta el punto –y esto también está relacionado con la especificidad a la que me refiero– de que por lo menos en dos ocasiones desde el Gobierno central se me sugirió una posibilidad, y era que el caso vasco se adelantara a todo el proceso autonómico, con una restauración del Estatuto del 36.

Concretamente lo hizo Pérez Llorca, que era Ministro de la Presidencia, y no sé si estaba con él otro Ministro, y después ya, formalmente, y antes de que este proceso al que me estoy refiriendo avanzara, fue Antonio Fontán, a la sazón ya Ministro de Administraciones Territoriales (creo que era la denominación de su cargo en aquel momento), que me llamó explícitamente para hacer esa propuesta.

Ante esa propuesta, yo debo decir que, por un lado, advertimos que tenía sus ventajas, en cuanto significaba el reconocimiento de una singularidad para lo que en la propia Constitución además está definido como “nacionalidades y regiones”, y dentro de las primeras era una atención prioritaria la que se daba al caso vasco.

Tenía otros inconvenientes, porque en el Estatuto del 36, pues, entre otras cosas, no se contemplaba un procedimiento de participación de Navarra por la expresión de sus ciudadanos y ciudadanas, sino que estaba sometido al tortuoso procedimiento de unas mayorías cualificadas, etcétera, como cualquier otra provincia. Y, segundo, porque el ámbito competencial, fíjense ustedes, nos parecía absolutamente inferior al que la realidad política de nuestro país demandaba en la nueva situación, en la que, sin duda, la eclosión de los sentimientos nacionales y de la demanda de autogobierno había sido evidente.

Entonces, se desechó, entre otras, por estas consideraciones, ese procedimiento, y se siguió con el que estoy señalando, de manera tal que el asunto siguió su curso en el Congreso, y, como he dicho antes, tuvo un respaldo la negociación que se dio de facto y se formalizó en esa doble comisión, en esa doble instancia negociadora acordada con el Presidente del Gobierno a la que me he venido refiriendo.

Las especificidades de este Estatuto son evidentes, creo que nadie las niega. ¿Por qué invocar los derechos forales en cada competencia que se adivinaba problemática en cuanto a su alcance, sobre todo en el caso de generalizarse? Evidentemente, por dar una vía específica al Estatuto vasco. ¿Por qué esa disposición adicional, que fue una puerta abierta a una interpretación extensiva y nunca restrictiva, eso es una obviedad?

¿Por qué en el repertorio competencial de este Estatuto aparecen cosas que no aparecen en otros Estatutos? ¿Por qué se habla de un convenio de la Seguridad Social, aunque se quiera discutir qué significa el contenido de ese convenio, evidentemente, en una interpretación extensiva? Y ya veremos luego por qué, si ustedes quieren, cabe una especificidad importantísima que algunos hemos reivindicado de una manera constante.

¿Por qué en el Estatuto catalán, por poner un ejemplo, las competencias de empleo, y en general las socio-laborales, tienen unos límites establecidos explícitamente que no existen en el Estatuto vasco y que justifican nuestra constante demanda en competencias de carácter socio-laboral y concretamente de empleo, etcétera? Porque, evidentemente, hubo una restricción deliberada en otros Estatutos que no existió en el Estatuto vasco.

Nosotros argumentamos en aquel entonces, para que se produjeran estas especificidades, con toda suerte de argumentos, de manera que yo pretendo una interpretación auténtica porque estaba allí, y porque empleé esos argumentos con otros compañeros más competentes que yo que estaban en esa comisión técnico-política de alto nivel, que nos mandaban los embolados luego al otro despacho, al Presidente Suárez y a mí mismo.

Pero nosotros, por ejemplo, argumentábamos, y éste es un argumento que yo creo que ratificarán gentes que estuvieron en esa negociación, que, si históricamente el Concierto Económico era, digamos, el receptáculo de todas las recaudaciones coercitivas del Estado (impuestos, exacciones fiscales y parafiscales, o en general recaudaciones coercitivas del Estado con el sentido finalista o con el sentido general de un impuesto), cuando surge el nuevo fenómeno de la Seguridad Social y de las recaudaciones coercitivas derivadas de ese y otros fenómenos, nosotros decimos: “Si hubiera habido un tracto histórico sin ningún salto en el vacío, sin ninguna irregularidad, si ningún proceso abolicionista, pues, este país, lógicamente, habría aspirado a eso”.

Y ése fue, en pocas palabras, el argumento que prevaleció para que aparezca algo tan singular en este Estatuto cuando se habla de un convenio para la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, que es cierto, nosotros aceptamos que no podía ser un sistema absolutamente diferente, que no tuviera unas homologaciones básicas en las prestaciones y en las recaudaciones coercitivas, digo una vez más, etcétera, etcétera, y que hubiera unos fondos de solidaridad, etcétera. Porque nosotros, por el hecho de querer un autogobierno, no queríamos ser menos solidarios que los demás, porque hay demasiado costumbre de confundir solidaridad con poca afición al autogobierno, y no tiene nada que ver una cosa con la otra.

Entonces, ésta es la historia, ésta es la historia, y ésta es la desesperación que a algunos nos va asaltando a medida que va transcurriendo el tiempo y nos encontramos con que “eso no puede ser, porque lo pedirían todos, porque eso es imposible generalizarlo en las 17 Autonomías”, etcétera, etcétera, etcétera.

Y yo creo que vale más que mis pretendidas interpretaciones auténticas, pues, la observación de lo que gentes menos sospechosas que yo dicen en la época, y lo digo sin ánimo de recordar a nadie pecados pasados.

Compañeros socialistas, en vuestro programa del año 80 vosotros demandáis, con la misma claridad y firmeza que nosotros, pues, un sistema de la Seguridad Social autónomo y una caja autónoma, decís textualmente en el programa del 80, y competencias de empleo, y un instituto de crédito oficial, etcétera, etcétera, etcétera.

Claro, pasan los años, y cuando esto se va estancando... Y un día a Felipe González le recuerdo eso y me dice: “Carlos, pero es que, claro, si yo recojo todos los programas, me tiene que sumar cien, y entonces me sale más de cien”. Así, con ese gracejo habitual de Felipe, pues, zanjó la discusión. Pero de todo esto yo doy mi palabra de honor que son las cosas tal y como yo las he ido viviendo y como las tengo que repetir aquí, que creo que para eso se me pide que venga.

El espíritu de aquella negociación fue, por estos detalles que cito, bastante especial. Hombre, hay cosas que también tienen su significación, y perdonad porque os toque ahora un poco tangencialmente también, compañeros socialistas.

El leit motiv de la campaña electoral de Euskadiko Ezkerra fue: “Estatuto, un marco autónomo de lucha de clases”. ¡Casi nada! Hoy estamos hablando de administrar algunas competencias en materia socio-laboral frente a resistencias numantinas del Estado, y el leit motiv de parte de vuestro actual partido en aquella época era (repasad las hemerotecas), ni más ni menos, “un marco autónomo de lucha de clases”, que ya no tienen ni los estados más nacionalistas que componen nuestro entorno geopolítico.

Esto no quiere ser una broma; quiere ser una evocación, insisto, de la concepción que circulaba, desmesuras electorales a un lado, en las gentes que participaron en aquel proceso, de las que evacuaban consultas con nosotros en el Hotel Palace en Madrid mientras se negociaba el Estatuto, y que luego trasladaban a la ciudadanía en sus programas electorales, en sus explicaciones públicas, este tipo de cosas. Lo digo como aspectos sintomáticos, como podría contar otras muchas cosas.

Hombre, cuando Felipe viene en la campaña electoral primera (no sé si fue la primera) y se produce aquel famoso “espíritu de Anoeta”, Felipe dice también algo muy importante. Dice: “Todo lo que quepa en el Estatuto va a Misa”, más o menos textualmente. Y, señoras y señores, todo lo que quepa en el Estatuto no. Lo que cabe, no va a Misa.

En el Estatuto caben interpretaciones restrictivas y extensivas, eso es indudable, y la bendición o la prueba del agua regia del Tribunal Constitucional la pueden soportar igual, en ocasiones, una interpretación extensiva que una restrictiva (más bien la restrictiva, sobre todo con Presidentes como el que se nos descuelga ahora con esas declaraciones de patriotismo constitucional). Pero lo que sí es claro es que las interpretaciones pueden ser extensivas y restrictivas en un texto legal que, por su carácter básico, tiene que incurrir necesariamente, e incluso fue un recurso inevitable, como siempre que se negocia, en conceptos jurídicos indeterminados.

No puede detallarlo todo un texto básico, y el recurso de un texto básico siempre son los conceptos jurídicos indeterminados. Y los conceptos jurídicos indeterminados se remiten en tantas ocasiones a la voluntad política y a la interpretación extensiva o restrictiva derivada de la misma.

Por poner un ejemplo muy gráfico, que no es quizá el que más pueda interesar, si en un Estatuto –y en este hay indicaciones de este tipo– se dice que tal competencia, por ejemplo de puertos, será del Estado y no de la Comunidad Autónoma si hay una decla-

ración de interés general, pues, hay dos actitudes políticas: declarar todos los puertos de interés general, o no declarar ninguno. Y, desde luego, ambas decisiones, que tienen una trascendencia, como puede observarse, notable en el autogobierno concerniente a esa materia, pues, reciben la bendición constitucional del tribunal.

De manera que sin poner un ejemplo tan gráfico, pero refiriéndome a cualquier materia, en mayor o menor medida caben siempre, sobre todo recurriendo a los conceptos jurídicos indeterminados, que son de diversa índole (las coordinaciones, los “sin perjuicio”, etcétera, son numerosísimos)...

Y ahí es donde se produce una degradación progresiva, que va alcanzando cotas alarmantes a medida que pasa el tiempo y que parece que va a llegar al paroxismo en el momento actual, cuando esos conceptos indeterminados son aprovechados en las leyes básicas. Que nosotros, ingenuamente, sin duda, entendimos y hablamos que serían leyes básicas, qué sé yo, en materia educativa las que garantizan los grandes principios de la libertad de enseñanza, de la libertad de cátedra, etcétera, etcétera, recogidos en sus correspondientes leyes básicas, y luego nos encontramos con que los recorridos curriculares, y hasta casi los uniformes de los estudiantes, aparecen como materias susceptibles de incluirse en legislaciones básicas.

Éste es, para mí, el principal problema, porque la paralización competencial, si vale el término, a través de enervar esas competencias que están en el Estatuto (no en la Comisión de Transferencias, están en el Estatuto), pero que quedan invalidadas o neutralizadas si no hay la transferencia de recursos y de medios materiales para ejercerlas, que es lo que sucede...

Porque ahí perdemos perspectiva: las competencias son nuestras por el Estatuto; el problema es darles operatividad con la transferencia de recursos humanos y materiales. Y ahí es donde tiene la sartén y el mango el Estado, y, como puede mantener cómodamente el statu quo, sencillamente está invalidando e incumpliendo el Estatuto, porque las competencias están establecidas para la Comunidad Autónoma en tantos casos en los que suscribo de “pe a pa”, como mínimo, los informes de este Parlamento del año 93 y 95, y eso me evita referirme a materias más concretas, y suscribo de “pe a pa” el informe de la Vicepresidenta del Gobierno, reciente.

Están incumpliendo la ley, están incumpliendo la ley porque las competencias son de la Comunidad Autónoma, y están valiéndose de tener la iniciativa inapelable a la hora de proveer a la transferencia de recursos para que puedan ejercerse en la práctica, desde el poder central.

En aquella negociación, y perdóneseme que vaya a veces a salto de mata –procuraré no extenderme más de lo debido, y, si no, me llama la atención, Presidenta–, ya que me he referido a especificidades, hubo puntos difíciles de esos que con Suárez acordé que pasaran de la comisión técnico-política de máximo nivel, a la que a veces íbamos para ver cómo iban las cosas, porque allí se estancaban en un pulso que fue muy duro y muy difícil...

La complejidad técnica de estas cosas –también hay que reconocerlo– también explica que las cosas no se resolvieran con facilidad, de manera que yo no estoy hablando aquí echando la culpa de todo a la misma gente siempre. Las cosas eran, por sí mismas, difíciles.

Pero, entre esos puntos que fueron traídos para el desbloqueo al que me he referido antes, estaban materias como la educación, la Policía, la Seguridad Social, el Concierto (que también dio su guerra, pero sobre todo la dio en su desarrollo, más que en su plasmación en el Estatuto), la cuestión navarra, por supuesto (que para nosotros era una cuestión fundamental, aunque se haya perdido toda sensibilidad en tantos casos en relación con la misma con posterioridad), el problema de la televisión, etcétera.

El que crea que en aquella primera época las cosas fueron fáciles también se equivoca. Fueron muy duras. Y yo quiero recordar que, primero, en la negociación en casi todas estas materias se abrió el portillo ese del reconocimiento del derecho histórico foral para permitir una interpretación que incluso pudiera evadirse de los corsés que la legislación general básica pudiera establecer y de las dudas constitucionales que pudieran surgir. Esto es así, y desde luego lo digo con plena convicción, aquí y donde sea.

Como decía antes, en la educación, cuando se hablaba de “sin perjuicios” como el del artículo 17 de la Constitución, o el artículo 149.1.30, si no me equivoco, se estaba hablando de esos grandes principios que tendrían su desarrollo en leyes orgánicas. Una cosa es desarrollar el principio básico de la libertad de enseñanza, o de la libertad de cátedra, o de la universalidad de la enseñanza, en una ley básica, y otra cosa es descender a las cosas a las que se está descendiendo.

En lo concerniente a la Policía, éste fue un tema delicadísimo. En los primeros contactos que tuvimos ya en el Consejo General Vasco yo recuerdo cómo Martín Villa, a la sazón Ministro de la Gobernación..., pues, desde luego, su concepto era que la Policía tenía que ser una policía dirigida desde el Gobierno central.

Eso fue evolucionando, porque, desde luego, a nosotros ni se nos pasaba por la cabeza, y en el round final de aquella negociación en el despacho, en el que estuvo Suárez, estuvo Ibáñez Freire, al que llamó Suárez en un momento determinado, y no sé si vino alguien más, al final se aceptó que hubiera unas materias... Yo, desde luego, consideré que eran materias tasadas, luego el Gobierno central se aferró a que no era un *numerus clausus*, si vale la expresión, sino que eran materias extra o supracomunitarias, como inmigración, fronteras, pasaportes, etcétera, etcétera, etcétera. Pero, desde luego, nosotros siempre entendimos que con voluntad política, y con una interpretación extensiva derivada de esa voluntad política, naturalmente podría constreñirse la función de los cuerpos estatales a las materias allí citadas. Eso yo creo que tiene su lógica.

Luego la lógica ha sido otra. La lógica ha sido al margen de las allí citadas, y no por casualidad, que a nosotros nos hacían concebir una presencia de cuerpos policiales aquí, pues, discreta (para fronteras, “*equis*”; para inmigración, tantos), pero nunca 5.000 o 6.000 policías. Y lo digo con todo el respeto a esos cuerpos, como puedo tener el mismo respeto a cuerpos de inspectores de Hacienda o de lo que sea, que fueron sustituidos.

Y nosotros, desde luego, defendimos en los dos primeros gobiernos (después del Consejo General Vasco tuve el honor de presidir uno entero y otro mutilado), nosotros siempre defendimos el principio de la sustitución. Y yo creo, con perdón de aquel a quien corresponda, que el gran fallo fue el de refugiarse en términos ambiguos de “adecuación” en vez de “sustitución”, de manera que, sin duda con la mejor voluntad de ir desarrollando cosas y de no colapsar procesos de desarrollo (quizá una concepción más acertada que la mía), se pasó del término “sustitución” al término “adecuación”.

Y así tenemos hoy un maremágnun aquí y una confusión y una orgía de cuerpos policiales que yo no digo que no sean necesarios; lo que yo digo es que, para mí, tenía que ser una policía autónoma, salvo en los casos tasados. Y ése fue el espíritu, desde luego, para mí, de aquella negociación, tanto en la comisión mixta de máximo nivel, técnico-política, como en la solución final, en el buen sentido del término, que le dimos en el despacho del desbloqueo.

En lo concerniente a la Seguridad Social yo ya he dicho cuál fue nuestra interpretación y nuestra argumentación. Desde luego, que haya una transitoria hablando de un convenio quiere decir algo.

En lo concerniente a... Perdónese me, porque yo no tengo muy buena memoria para citar cosas textuales, pero que son las que acreditan las afirmaciones que uno hace...

Ya he dicho que en materia socio-laboral el Estatuto catalán establece en materia de ejecución de la competencia laboral que “quedan reservadas al Estado todas las competencias en materia de fondos de ámbito nacional y de empleo”, y esta cláusula motiva que Cataluña tenga que aceptar una transferencia, por ejemplo, en materia de formación profesional ocupacional en las condiciones que establece el Estado, como mera delegación administrativa. A este campo pertenecen aspectos como la prestación por desempleo, el Fondo de Garantía Salarial, promoción y gestión de empleo, formación profesional ocupacional, etcétera, etcétera.

Pero en virtud del llamado principio dispositivo, en virtud del cual cualquier Estatuto puede asumir cualquier competencia que no esté expresamente atribuida al Estado, en la Comunidad Autónoma vasca eso no está reservado al Estado, no está explicitado en el Estatuto, y de ahí nuestras disconformidades al respecto. Y, desde luego, ése fue el sentido de la redacción del Estatuto en el proceso negociador al que reiteradamente estoy haciendo alusión.

No voy a referirme al caso navarro, que fue probablemente... El caso de Navarra fue el más duro, pero, en fin, que tiene su curso y que, como siempre suele suceder cuando se trata de resolver una cosa racionalmente, pues, fue objeto de una negociación que ya empezó en el proceso constitucional, en el que desde la derecha navarra se nos pedía inicialmente una mayoría cualificada de tres cuartos de navarros para participar en un proceso estatutario, y generosamente redujeron eso a dos tercios después.

Hubo una reunión en la sede de Castellana con el entonces Vicepresidente del Gobierno, Abril Martorell (estoy hablando del proceso ya constitucional, previo a todo esto), toda la plana mayor del entonces Gobierno, y una plana mayor también del Partido Socialista. Allí estaban Enrique Múgica o Benegas, entre otros; estaba también, si no me equivoco, Urralburu por Navarra, y estaban por UCD, desde el Vicepresidente del Gobierno en aquel momento, Abril Martorell, que era el que lidiaba con todos los “marrones”, pasando por Landelino Lavilla, Herrero de Miñón, etcétera, etcétera. Es decir, lo más granado. Y estuvimos Ajuriaguerra, Iñigo Agirre y yo en esa negociación.

Y después de que se rompiera en varias ocasiones prácticamente la negociación... Abril Martorell era un especialista: cuando ya se estaba llegando a un acuerdo, tenía una llamada telefónica y decía: “Perdonadme un momento...”, y entonces volvía con otro papelico y decía: “Se me ha ocurrido una cosa cuando estaba ahí afuera...”, y entonces empezaba de cero y aquello era el cuento de nunca acabar.

Pero al final, después de un proceso traumático, porque supuso la ruptura de muchas cosas... Supuso la ruptura de la propia UCD (de ahí surgió UPN para combatir el nacionalismo vasco, lo dice en sus propios estatutos), y se produjo una ruptura en nuestro propio mundo nacionalista, al no comprender que se llegara a una solución que, por cierto, era mucho mejor que la que alguno de sus adalides en el año 36 había asumido. Porque en el año 36 no había vía para la participación de Navarra a través de una mayoría de esos órganos forales y un referéndum también mayoritario. Era como Soria o como Santander: requería mayorías especialísimas, como las que quería resucitar la UCD en esa negociación.

Bueno, éste fue uno de los puntos muy espinosos, que yo traigo a colación aunque no parezca relacionado con el desarrollo estatutario que hoy se contempla aquí, pero, ¡jojo!, sí con el problema político que existe en este país y que –permítaseme expresar también esa opinión–, si un día hay que resolverlo racionalmente, civilizadamente, de la única manera en que se pueden resolver los problemas, tendrá que ser tenido en cuenta también.

Porque, miren ustedes, en la cuestión navarra se pasó desde la transacción a la que llegué yo con Antonio Fontán, para que en los mapas de televisión no aparezca separada (en aquella época, con los conceptos de la época) Navarra del resto de Euskal Herria, a que luego pusieran una raya discontinua (porque esto parece de chiste, pero esto es así, pero eso revela también con qué finura se hila a la hora de incidir en las conciencias y las percepciones de la gente cuando miran una televisión), a dar el mapa del tiempo después de pasar por Zamora, saltando desde Gipuzkoa a Cataluña, ¿verdad?

Entonces, de pretender seguramente un autogobierno compartido, sin ninguna especificidad para la personalidad histórica y política de Navarra, que proclamamos algunos como los primeros, a decir que no hay nada y que no puede haber nada, y que este problema nada tiene que ver con Navarra, etcétera, salvo para las acciones concertadas del Ministerio del Interior o para las declaraciones episcopales, etcétera, bueno,

yo creo que hay un abismo. Y alguna idea, si hay que hacer un replanteamiento de la situación, que yo creo que hay que hacerlo, habrá que verter a este respecto, conciliadora entre posturas que, a mi entender, como siempre, en ocasiones son extremas y son las que se complementan más perfectamente.

Mis compañeros socialistas esbozan alguna sonrisa, pero yo hice con ellos muchos mítines en aquella época defendiendo el Estatuto vasco, incluso cuando estaba ya sentenciada la no participación, porque la ley D'Hondt dio a la UCD, por los pelos, una mayoría de parlamentarios que se pronunciaron en sentido contrario, a pesar de que éramos mayoría las fuerzas, de un signo u otro, entre ellas el Partido Socialista, partidarias de un Estatuto conjunto, e incluso los grandes mítines de cierre de la campaña del Estatuto se hicieron tanto aquí como en Navarra.

Yo participé en ellos con los principales representantes socialistas, y también creo que el socialismo tiene en eso una misión importantísima para una reflexión histórica en la que veamos todos cuáles han sido nuestros errores al conducir esta cuestión, que para mí –lo digo sinceramente– es la más intrincada y la más sensible del llamado “problema vasco”.

Perdóneseme esta digresión, pero, entre otras cosas porque soy navarro, me van a permitir la licencia. Que no es licencia, porque es uno de los temas escabrosos de la negociación del Estatuto.

Bueno, no quiero aburrirles más, pero entre las especificidades que hay en el Estatuto, para no hablar a humo de pajas, está, por ejemplo, la televisión. O sea, frente a la concesión de canales, etcétera, por parte del Estado, aquí se establece, lisa y llanamente, el derecho a tener sus propios medios de comunicación o la televisión. Pues ¡no crean ustedes que fue fácil! Textualmente, Calvo Sotelo se negaba entonces a que el espacio radioeléctrico disponible estuviera a nuestra disposición, y yo tengo testigos. Entre otros testigos, por cierto, estaba Juan Porres, que hoy viene por aquí, me parece; estaba Labayen, estaba Castedo...

Y yo le dije a Calvo Sotelo, porque ya era un punto muerto del que no salíamos, a pesar de esa rotundidad del Estatuto al establecer –cosa que no hacen otros Estatutos– ese derecho propio y no concesiones de terceros canales, etcétera: “Bueno, pues investigaremos el espacio radioeléctrico y pondremos la televisión en marcha”. Y Calvo Sotelo dijo, literalmente: “Pues irá la Guardia Civil”. Y yo, perdóneseme la jactancia, le dije: “Pues habrá 100.000 vascos delante de la Guardia Civil”. Y así se puso en marcha la televisión.

De manera que, como dijo el poeta, “cualquier tiempo pasado no fue mejor”. Las cosas han ido saliendo a veces con esos pulsos y esos órdenes que tantas veces se nos han reprochado a los que hemos tenido alguna responsabilidad en este país, pero así salieron las cosas.

Y, ¡cuidado!, el primer Estatuto y el primer despliegue de la Ertzaintza, etcétera, etcétera, no salió por casualidad, después de que viniera aquí el Presidente Suárez, precediendo a la visita del Rey. Porque algunas cosas se han movido por impulso regio, y el

Rey quería venir a Euskadi hacía mucho tiempo, y algunos, aunque no era costumbre de la época, le dijimos que era mejor que no viniera hasta que no se devolvieran cosas que por decretos de guerra había suprimido Franco, etcétera.

De manera que todo esto tiene su historia, y, si ustedes me lo permiten, por mi condición, por mi propecta edad y paso por estas vicisitudes, quizá lo digo para que tengamos un poco de moral, y esperemos que quizá las cosas puedan arreglarse también, porque nunca han sido fáciles.

En definitiva, yo recuerdo estos puntos que fueron difíciles, por no citar todos. Más perplejidad me produce que algunas competencias menos discutibles en aquel momento todavía, que no fueron objeto de una transacción tan equilibrada como la que pretendimos en estas otras materias, sigan siendo materia controvertida: que la investigación no tenga una salida; bueno, que el empleo –ya he dicho–, que el deporte, que las federaciones, que las selecciones deportivas... Si en aquella época a nosotros nos dicen que todo esto iba a ser materia de esta dificultad, no lo habríamos creído.

Y, para no extenderme, ya he dicho antes que me remito a los informes que el propio Parlamento Vasco hizo en cuanto al repertorio de competencias pendientes.

Yo, cuando leo el informe de la Vicepresidenta del Gobierno y veo en qué términos se cruzan las correspondencias hoy, y nos dicen que no quedan 37 materias, sino que quedan ocho, etcétera, etcétera, la verdad es que siento un gran desaliento, no lo puedo negar, porque me parece que estamos dando pasos atrás muy preocupantes.

Y en conclusión, y termino, yo creo que ahí no tengo más remedio que ser pesimista, y a la vez optimista. Yo creo que tan difícil pudo ser en su día el tránsito de un sistema autoritario a un sistema en el que se permitía, aun en circunstancias difíciles, este tipo de cambios y negociaciones, tan difícil o más fue aquello, que hoy hacer un replanteamiento del autogobierno.

Estamos en otro momento histórico, en circunstancias diferentes. Nadie, ni nosotros ni ustedes, tiene las imperiosas exigencias del sentido de la responsabilidad que entonces condujeron a que los compromisos tuvieran que ser tan medidos y equilibrados. Estamos en otro momento histórico, porque también la experiencia nos enseña a todos para hacer las cosas mejor.

Yo creo que es imposible, si se me permite la expresión, “destejer” todo ese intrincado tejido de leyes básicas al que me he referido antes, que constituyen un corsé a mi entender ya insuperable para el desarrollo potencial que en su día vimos en el Estatuto de Autonomía. Creo que, lamentablemente, esto ha impedido, como he sugerido antes en euskera, el alcance del autogobierno potencial en el contenido, y la dimensión de la misión histórica que pudo tener el Estatuto ha quedado notabilísimamente restringida por ello, y yo creo que estamos en el momento de un replanteamiento valiente.

Ya sé que es complicado, pero, insisto, no fueron menos complicadas otras cosas que se hicieron en su día de toda la cuestión del autogobierno. Y, desde luego, con la experiencia que tenemos, de la indefensión en que el débil se encuentra cada vez que se produce un

punto muerto y se mantiene el statu quo o la interpretación restrictiva del fuerte, que es el poder central, a pesar de todas las instancias jurisdiccionales que se quieran citar..

Yo no voy a hacer aquí una ironía fácil diciendo que qué sería si tuviéramos que remitirnos al rigor jurídico y a la probidad de los jueces marroquíes para desbloquear el asunto de Ceuta o Melilla, ¿verdad? Alguien me dirá: “No, son cosas muy diferentes”. Bueno, diferentes hasta cierto punto.

La verdad es que con esta experiencia yo me reafirmo en algo que para nosotros es la última ratio, no sólo para optar a otras fórmulas políticas democráticamente, sino también para tener un asidero, el asidero del débil en estos contenciosos, que es el derecho de autodeterminación de un pueblo, para que, si no se cumplen los compromisos, si no se cumplen los pactos, si las fórmulas que se interpretaron de una manera determinada son interpretadas también después, al socaire de la fortaleza del fuerte, de una manera determinada contra la opinión del débil, sin que éste salga de su indefensión, es la última ratio, como digo, para resolver también esos problemas.

Y aquí termino yo, echando, perdóneseme, este cuartillo a espadas a mis propias convicciones.

La PRESIDENTA:

Bai, eskerrik asko, Garaikoetxea lehendakari jauna.

A continuación abriremos un turno de grupos. Les recuerdo que para poder cumplir, en la manera de lo posible, el orden y el horario que tenemos establecido, largo horario de trabajo de la Comisión, nos quedarían tres cuartos de hora para empezar ya con el siguiente compareciente. Luego, tal y como les he expuesto al comienzo de la reunión, lo que abríamos sería un turno de preguntas a los distintos miembros de la Comisión, para que por tiempo máximo de cinco minutos puedan hacer preguntas o solicitar aclaraciones a los extremos que han sido objeto de comparecencia, y poder así dar oportunidad al interviniente para responder, bien puede ser al final, después de formuladas todas las preguntas, o de uno en uno, como él prefiera.

Pero sí les ruego, por favor, en la medida de lo posible, brevedad y colaboración para poder cumplir el calendario que tenemos establecido.

Beste barik, taldeen txanda zabalduz, Ezker Batuako ordezkariak dau hitza, Antton Karrera jaunak dau hitza.

El Sr. KARRERA AGIRREBARRENA:

Bai, lehendakaria.

Nik ez dut galderarik egingo, bakarrik eskerrak eman Carlos Garaikoetxeari berak Estatutoa sortu zenean eta ondoren bizi izan zituen gorabeherak, hain gorabehera garrantzitsuak hemen argitu dizkigulako. Batzuk bagenekizkien, baina guztiak ez,

eta nik uste dut berak egin duen agerpenean nabari gelditu direla, nola eztabaidatu zen Estatutua eta nola sortu zen paktua eta bere garrantzia. Eta gaurko egunean, baita ere, hori nola ez den betetzen. Ni horrekin konforme nago. Nik, galderarik ez diot egingo, eskerrak ematen dizkiot eman dizkigun argi garrantzitsu horiengatik, eta besterik ez.

La PRESIDENTA:

Bai, Garaikoetxea jauna, gura badozu...

El Sr. GARAIKOETXEA URRIZA:

Bueno, mila esker, bakarrik.

La PRESIDENTA:

Txandarekin jarraituz, Batasunako ordezkariak, Salaberria jaunak, dau hitza.

El Sr. SALABERRIA SANSINENEA:

Bai, eskerrik asko.

Egun on, Garaikoetxea jauna.

Bueno, bistan da gure irakurketa eta gure balorazioak Gernikako Estatutuaren inguruan ezagunak direla. Guk, garai hartan bezala, gaur ere garbi adierazten dugu gure ustetan aukera historiko bat izan zen moduan, gure irudiko, zapuztutako aukera bat izan zela, nolabait esatearren, argi dugulako Gernikako Estatutuak ez zuela orduan Euskal Herriak eskatzen zuen eta behar zuen abiapuntu demokratikoa finkatu; eta, beraz, gure ustez, Gernikako Estatutua ez da marko politiko legitimo bat eta ez da marko politiko demokratiko bat, ez?

Hain zuzen ere, guk zure interbentzioan ulertu dugu edo ulertu dut –eta egin behar ditudan bi galderak, hain zuzen ere, ideia horietan kokatu nahi ditut–..., ‘renuncia’ hitza aipatu da, alegia, uko egitea negoziazio-prozesu hartan, eta baita ere, agian ez hitz horrekin, baina interbentzio osoan zehar ulertu dut nolabaiteko iruzur-sentsazio bat badagoela, ez?, orduan paktatu zena, nolabait, ez dela errespetatu egin eta, beraz, orduan sortutako paktu hori edo akordio hori bete gabe eta, bueno, Espainiako botereek edo Espainiako Gobernuak kasu honetan eta gaur egun ez dutela errespetatzen orduko paktu hori, ez? Orduan, uko-egite horretan eta iruzur horretan guk hor kontraesan bat ikusten dugu, hain zuzen ere amaieran planteatu duzun funtsezko ideia batengatik: planteatu da, beraz, autodeterminazioan oinarritutako abiapuntua dela herri honek behar duena. Gure galdera da, bueno, bistan da erabil

daitezkeen argumentuak izan daitezkeela eta beti izaten direla testuinguru politiko hartan gauzak oso zail zeudela, frankismoaren amaieraren egoera zela, Estatuaren aldetik bere indarrezko posizio erabateko batetan inolako aukerarik ez uzteko beste aukera batzuetarako, bistan da testuingurua aipatzen dela, baina gure galdera da zergatik garai hartan uko egin zitzaion autodeterminazio-eskubidearen planteamenduari, jakinda garai oso zailak zirela, zergatik, eta ez ote den orain baloratzen, hogeit urte beranduago, nahiz eta askoz ere konplikatuagoa eta gogorragoa izango litzatekeela garai hartan halako hautu bat egitea, baina hogeit urtetako perspektiba batetan ez al dugu ikusten hogeit urte beranduago garai hartan autodeterminazioan oinarritu izan balitz abiapuntu hori hogeit urte hauetako egoera oso bestelakoa izango litzatekeela eta gaur egun oso bestelako egoera batetan aurkituko zela herri hau? Hori izango litzateke lehenengo galdera.

Eta bigarren galdera ere, nolabait, zentzu horretan dihoa: uko-egite horretan aipatu duzu Nafarroaren gaia. Gure ustez ez da Nafarroaren gaia, da lurraldetasunaren gaia; alegia, Euskal Herria herri bakarra da. Zergatik uko egin zitzaion ez Nafarroa Gernikako Estatutuan sartzeari edo ez, zergatik uko egin zitzaion –autodeterminazioan oinarritu ez bazen ere– estatus politiko berri horretan, autogobernuaren estatus horretan, zergatik uko egin zitzaion lurraldetasunaren defentsari, ez? Zergatik Nafarroa?, zergatik ez Bizkaia?, zergatik ez Araba? Zertan oinarritzen da herri honen partizioa: Estatuak inposatzen duelako Nafarroa kanpo gelditu behar dela? Zergatik planteatu zen horrelako irtenbide bat, hogeit urte beranduago ere ikusten denean, hain zuzen ere, eta zuk oso ondo adierazi duzun bezala, gatazka politikoaren zentroan kokatzen den gai bat dela, ez, alegia, ezin dela herri honetan abiapuntu demokratiko eta berri bat finkatu autodeterminazioan oinarrituta ez baldin badago Euskal Herri osoarentzat, herri bakar batentzat, ez?

Eskerrik asko.

La PRESIDENTA:

Zuzenean orain erantzuten dituzu, banan- banan? Bai? Zuk gura dozun bezala, e?

El Sr. GARAIKOETXEA URRIZA:

Nahi duzun bezala. Zure esku.

La PRESIDENTA:

Ez. Nik, zuk gura dozuna; gura baduzu, orain, zuzenean erantzun. Garaikoetxea jaunak dau hitza.

El Sr. GARAIKOETXEA URRIZA:

Bai, labur-labur erantzungo dut.

Bueno, lehendabizi zuk esan duzu Estatutu hau edo irtenbide hau ez zela gure herriak eskatzen zuena. Hori ez da egia, hori ez da egia. Garai hartan, esan dudan bezala, indar politiko gehienek hola erabaki zuten, parte hartu zuten partidu gehienek, eta bakar-bakarrik itunetik edo soluziotik kanpo gelditu ziren KASeko jendea, Blas Piñar eta Fraga Iribarne. Sentitzen dut, e?, ze momentu honetan da autonomista gogorrena, e?, baina horrek zerbait esan nahi du baita ere, zuen ondorioak atera ditzakezue.

Bigarrena. Zergatik ez genuen aurkeztu momentu hartan autodeterminazioaren aukera. Bueno, guk politika erreala egiten dugulako. Eta momentu hartan, egia esateko, gauza asko moderatu behar ziren. Zuk ondo dakizu..., bueno, zu oso gaztea zara, beharbada ez duzu gogoratzen, baina, zer egoeratan geunden garai hartan. Eta politika erreala egiten baduzu eta ez bakarrik, erderaz esaten den bezala, “brindis al tendido” botatzen baduzu, politika erreala horretan datza, momentu bakoitzean premiazko gauzak konpontzean. Eta lehen aipatu ditut nik gauza premiazkoenak: hizkuntzaren egoera, kulturaren egoera, azpiegiturak, espolio fiskala eta abar eta abar. Eta herri honen gehiengoak hala ulertu zuen, aurreratzea posible zela. Eta horregatik aukeratu genuen bide berezi bat. Eta, beste aldetik, bide oso berezia, zeren eta bazuen akordio amankomun bat Euskal Herrian zehar, bide forala. Eta bide forala mugagabeko bidea zen, gure ustez, eta posible da oraindik. Gero, egia esateko, Konstituzioan, hor erderaz esaten den bezala, “círculo vicioso” bat agertu zen, esaterakoan, Esparterok esan zuen bezala, “en el marco de”, baina hala eta guztiz ere badakizu oraindik, borondate politikorik badago, posible dela bide horretatik aurrera egitea. Baina dena den, politika erreala egiten genuelako, e? Eta gure herria ez zegoelako txantxetan ibiltzeko. Zuk hiltzorian bazaude ez duzu eskatzen “cordero al chilindrón” bat jateko, baizik eta momentu horietan digeritu dezakezuna, ezta?

Bigarrena, Nafarroako asuntua. Begira, lehen aipatu dut 1936an Nafarroako asuntua nola tratatzen zen –han zegoen nire adiskide Telesforo Monzón, e?–, eta garai hartan Nafarroa zen Santander edo Soria edo Logroño bezalakoa: sartzeko prozedura berdina zen. Gehiengo kualifikatu bat behar zuten, eta horregatik ezagutzen zuten zoritxarrez Nafarroan gehienak zirela, ba, ehuneko 75 onartzeko sarrera hori. Azkenean lortu genuen gehiengo normal bat. Eta momentu hartan guk aukeratu genuen herri honetan ikusi dugun estrategia errealista eta zuzen bakarra, hain zuzen, gehiengo bat lortzea eta gehiengo horren bitartez lurraldetasuna lortzea. Zergatik? PSOErekin gehiengo bat osatzen genuelako. Eta kasualitatez –eta gure herriak zorte txarra badauka batzutan–, gehiengo bat lortu genuen 1977an Nafarroan, baina zoritxarrez, ley D’Hondt delakoak eman zion gehiengo bat ordezkartzan eskuindarrei. Eta eskainu batengatik edo horrelako gauza batengatik ez genuen lortu lurraldetasuna, baina hori zen estrategia errealista eta argi bakarra gauzak konpontzeko. Zuek bitartean, bueno,

zuek..., zuen aitzinakoak, noski, ibiltzen ziren oihukatuz, “brindis al tendido” botatzen eta abar, esanaz “Estatu nazional bat”, “autodeterminazioa” eta abar eta abar, baina politika erreala datza erabaki errealistak hartzean, ezta?, ez programa demagogikoak botatzean.

Bueno, barkatu, zure galderak gogorrek dira eta nere erantzunean argia izaten saiatzen naiz, baita ere.

Zure lagun batzuek momentu honetan gauza berbera proposatzen dute, orain gauzak askoz zailagoak direnean, e?, Aralarkoak eta abar eta abar, hogeit urte pasa ondoren.

La PRESIDENTA:

Txandarekin jarraituz, Gorra Knörr jaunak dau hitza, Eusko Alkartasunaren izenean.

El Sr. KNÖRR BORRÁS:

Bai, presidente anderea.

Eskerrik asko Garaikoetxea lehendakariari.

Ez dut uste alderdikidetasunak behartuta dela esatea oso hitzaldi mamitsua izan dela zure partetik, baizik eta hemen ordubete inguru egon garelarik entzun duguna guztiz mamitsua dela esatea, nik uste dut guztiz zilegi dela. Eta ez dut uste, gainera, komisio berezi honetan ibili behar dugunik, batez ere momentu honetan eta garai hartako gertakizunak eta negoziaketak gogoratzen ari garela, ez dut uste merezi duenik eztabaida multilateral batean aritzea, baizik eta entzutea batez ere garai hartan testigu bereziak izan zirenak eta testigantza horien berri izatea gure kriterioak, gure irizpideak osatu ahal izateko, ezta?

Hala ere, gogoratu behar da..., zure lasaitasunerako esaten dut, ze “su renuncia” -‘renuncia’- hitza erabili duzu, baina, nik uste, oso zentzu logiko batean, hau da, nik uste dut momentu honetan ere, garai hartan bezala, iritsi behar baldin badugu halako kriterio amankomun batera, akordio amankomun batera, izango da batzuek eta besteak, indar politiko desberdinek, ariketa bat egingo dugulako, hain zuzen ere, batzuen arteko kriterioa osatzeko, batzuen arteko akordioa osatzeko. Eta, noski, akordioak, ez bakar batenak baizik eta batzuenak eta gu guztionak baldin badira, batzuek eta besteok ez ditugu inposatu behar, orain batzuek eta 2002.ean aitortzen duten bezala, ezin dituztela bere kriterioa eta bere ideologia eta bere proposamenak inposatu; beraz, nik uste dut, zure lasaitasunerako eta gu guztion kriteriorako, nik uste dut esan beharra dagoela, ezta?, zerbait egingo dugu baldin eta kapaz baldin bagara halako aterabide amankomun bat bilatu ahal izateko.

Garaikoetxea lehendakariari esan behar diot berriro ere mamitsua izan dela guztiz. Iritziak beti libre dira, baina gertakariak, ordea, sakratu. Gertakariak hor daude, batez

ere, eta nik uste dut horregatik eskertzekoa dela zure interbentzioa, ulertzeko gertakarien bitartez eta, nahi baldin baduzu, kontatu dituzun anekdoten bitartez, zer-nolako borondatea izan zen garai hartan emandako negoziazioan. Horregatik, nik uste dut hortik ere guk guztiok, ez bakarrik Eusko Alkartasunakoak, ikasi behar dugula, eta horregatik berriro ere eskerrak ematen dizkizut.

El Sr. GARAIKOETXEA URRIZA:

Eskerrik asko.

La PRESIDENTA:

Txandarekin jarraituz, Alderdi Sozialistako ordezkariak, Eguiguren jaunak, dau hitza.

El Sr. EGUIGUREN IMAZ:

Por nuestra parte, quiero agradecer también la intervención del señor Garaikoetxea, que nos ha parecido muy clarificadora e interesante.

Posiblemente discreparíamos de algunas valoraciones o consecuencias que extraía de los hechos que ha relatado, pero, en fin, no creo que sea la función de esta Comisión entrar en ese tipo de debates. En su día, cuando hicimos– me imagino que con otros grupos– estas solicitudes de comparecencia era precisamente para escuchar la versión o la opinión o la visión del tema por parte de quienes tuvieron un protagonismo especial en la negociación y elaboración del Estatuto, y en ese sentido nos sentimos plenamente satisfechos.

El Sr. GARAIKOETXEA URRIZA:

Pues, muchas gracias, señor Eguiguren.

La PRESIDENTA:

Eskerrik asko.

Aurrera jarraituz, Alderdi Popularreko ordezkariak dau hitza galderak edo azalpenak eskatzeko. Leopoldo Barreda jaunak dau hitza.

El Sr. BARREDA DE LOS RÍOS:

Muchas gracias, señora Presidenta.

Yo quería en primer lugar, como es lógico, agradecer la comparecencia de don Carlos Garaikoetxea, agradecer su testimonio, que, evidentemente, no por subjetivo –como tienen que ser todos los testimonios– deja de tener un valor importante para todos los que estamos aquí.

Yo creo que ha sido un acierto de la Comisión comenzar por la comparecencia de quien entonces era Presidente del Consejo General Vasco y después fue Lehendakari durante algunos años, y también creo que es importante hacer algunas preguntas.

Yo creo que en su intervención, evidentemente, ha habido aspectos muy interesantes, ha habido aportaciones que yo creo que, lejos del dogmatismo con que se produce el debate político vasco, pues, aportan luz a algunos aspectos, por más, insisto, que estemos hablando de hechos... En fin, yo no soy partidario de esa mitomanía de algunos políticos vascos. Yo no hablaría de que los sucesos sean sagrados, señor Knörr. Yo creo que sagradas son otras cosas, y los sucesos, bueno, son subjetivos, y tenemos la visión subjetiva importante, la aportación del señor Garaikoetxea.

Yo quería preguntarle, reconociendo, por supuesto, esa subjetividad, que es con la que quedan todos los testimonios, si, cuando habla de que el Estatuto actual no es el firmado en el 79, no sería más exacto decir o reconocer que de algún modo se está exigiendo al Estatuto lo que nunca contempló como acuerdo. Una cosa es lo que cada cual planteaba en torno al Estatuto; otra cosa es poder decir que hubo acuerdo en la interpretación que uno hacía del Estatuto.

La pregunta que le hago es si ciertamente en torno a ese Estatuto, en el que había, como usted ha reconocido, desacuerdos importantes en los textos a tratar, planteados desde el Partido Socialista o desde la UCD, en torno al que se recurrió muchas veces, como es obvio, a conceptos jurídicos indeterminados, en torno al que cabían interpretaciones muy diversas, si realmente lo que se hizo, más que llegar a acuerdos en esas materias o en torno a las interpretaciones o a las reivindicaciones que usted nos recordaba aquí, si realmente lo que se hizo no fue recurrir a textos que permitían lecturas diferenciadas, y que, bueno, después viniese quien correspondiese a hacer los desarrollos.

Algunos hemos recordado aquí. Usted ha recordado el de la Policía, en el que, evidentemente, yo creo que la interpretación se ha aproximado mucho más a la que usted defendía en su momento, con los matices que queramos. En otras simplemente no hemos conseguido nunca casar interpretaciones, como el tema de Seguridad Social, ¿verdad? Pero, ciertamente, a mí me gustaría que usted se posicionara sobre si realmente no se buscaron espacios de encuentro, sabiendo que había discrepancias de interpretación respecto al alcance de los textos consensuados.

En segundo lugar, me ha parecido percibir, y me gustaría conocer su versión al respecto, una especie de impugnación de lo que se llamó el “café para todos” desde una perspectiva curiosa. Es decir, lo diferencial, lo propio, lo específico vasco, lo era, sobre todo, porque no era de otros. Si los techos competenciales de los demás se van

elevando al cabo de veinte años, aquí se está traicionando el Estatuto vasco, o se está incumpliendo el Estatuto vasco, o se está haciendo algo diferente a lo que entonces pudiera estar previsto.

Bueno, me gustaría que nos aclarase a ver si sobre la mesa podía estar que, bueno, como nosotros teníamos más competencias en esto o aquello, el Estatuto era satisfactorio, y, en cambio, si otros alcanzaban ese nivel competencial dejaba de serlo, que es lo que yo he creído entender al comienzo de su intervención.

Bueno, ha reconocido usted que hay interpretaciones extensivas y restrictivas que pueden ser igualmente legítimas en torno a los textos. Por eso le he hecho yo la primera pregunta, evidentemente.

No ha recordado usted ninguna interpretación extensiva que se haya hecho del Estatuto. Ha mencionado el tema de puertos, que yo creo que evidentemente es una interpretación extensiva respecto al texto inicial del Estatuto, la actual situación y la que pueda llegar, porque la actual ya es extensiva.

Tampoco ha mencionado otras interpretaciones extensivas. Me gustaría saber si recuerda algunas más, más que nada porque yo sí recuerdo algunas, y me gustaría saber si realmente podemos ponernos de acuerdo en que se han hecho en pro y en contra.

Y sobre todo nos gustaría que usted recordase quién dio al traste con la LOAPA. Porque aquí mucho se habla de la LOAPA, pero hay que recordar que la LOAPA hubo un órgano constitucional que se ocupó de que no entrase en vigor y no trastocase el sentido del Estado autonómico presente en la Constitución y en los desarrollos estatutarios. A mí me gustaría que se recordase expresamente, por el testigo histórico aquí presente, quién se ocupó de que la LOAPA no entrase en vigor, o por lo menos fuera derogada en todas sus partes sustanciales.

Y, como último aspecto, a mí me gustaría... Hombre, no ha hecho ninguna referencia..., ha hecho una referencia de pasada a otro momento histórico y otras circunstancias históricas. A mí me gustaría saber cómo valora usted estos veinte años, los cambios sociales y políticos que ha vivido el País Vasco; si, desde su perspectiva, el Estatuto actual (el Estatuto aprobado en el 79, para ponernos de acuerdo en a qué nos referimos) hubiera sido igual, o si realmente es algo sobre lo que tiene que incidir una evolución histórica que supone la entrada de España en la Unión Europea, por ejemplo, y otras pequeñeces como estas que han sucedido en estos veinte años.

Y, sobre todo, sí me gustaría que diera un sentido claro a su formulación del replanteamiento del statu quo. Es decir, yo no sé si alguien que ha apelado en los términos en que usted lo ha hecho, yo creo que muy categóricos, al sentido de la responsabilidad, a la política realista, a no hacer política-ficción, puede seguir manteniendo esos principios de actuación, cuando está proponiendo a la sociedad vasca, de algún modo, o a esta Comisión que tiene que ocuparse de estas cosas, pues, un planteamiento de ultima ratio, apelando a una autodeterminación que usted y yo sabemos que no es aplicable por el único que puede decir que la aplica, que son las

Naciones Unidas, no es aplicable a ningún supuesto por el que pase la sociedad vasca, ni mucho menos la Comunidad Autónoma vasca. Y si usted puede abocar a estar sociedad –insisto– a esa ultima ratio después de decir que es imposible destejer el entramado político institucional vigente.

Es decir, yo no veo coherencia entre el modo en que usted se produjo como responsable político hace veinte años y el horizonte que nos marca en este momento. No veo la coherencia entre aquella responsabilidad histórica y esa apelación a la ultima ratio en los momentos históricos que vive la sociedad vasca. Y no le he oído tampoco ninguna valoración sobre la evolución político-social de esta sociedad.

Es decir, yo le recuerdo a usted elegido Lehendakari con dos tercios de vascos votando nacionalista, y hoy, que esa cifra está mucho más próxima a un 50 por ciento, no veo coherencia entre aquella apelación –insisto– al realismo político y esta apelación a una ultima ratio, que yo creo que es estrictamente un desideratum político-jurídico. Me gustaría conocer su opinión al respecto.

El Sr. GARAIKOETXEA URRIZA:

A ver si me acuerdo de todo, señor Barreda. Intentaré responder a todas sus preguntas.

Bueno, en primer lugar, permítame que salga en defensa de mi compañero Knörr, porque hay un aforismo que yo creo que es especialmente caro a los periodistas, que dice que “las opiniones son libres, los hechos sagrados”. No se trata aquí de sacralizar cosas, sino de traer un aforismo al que yo me he querido aferrar también refiriéndome a cosas concretas, a hechos en general, más que a opiniones subjetivas en la relación, larga relación que con la benevolencia de la Presidencia me he permitido hacer de mis experiencias al respecto.

De todas maneras, tiene usted razón: aceptando a efectos dialécticos que las interpretaciones a veces quedaban al aire por la necesidad de acudir a conceptos políticos indeterminados, lo que creo que está claro es que no hay aquí, ni en todo el arco político español, salvando algunos extremismos, nadie que no haya dicho que estaba dispuesto a la interpretación más amplia del Estatuto.

Ahí sí que podríamos decir aquello de “eso se lo dirás a todas”, cuando la gente hace campañas electorales, cuando Felipe González, por el que tengo la mejor consideración y el mayor respeto, viene a Anoeta y dice “todo lo que cabe en el Estatuto”; cuando Fraga, que votó en contra, hoy dice que cabe lo que dicen ustedes que no cabe (presencia en Europa, etcétera, etcétera, etcétera).

De manera que, aun aceptando a efectos puramente dialécticos (no me coja usted las palabras literalmente) que fueran las cosas como usted dice, lo que está claro es que podíamos vivir tranquilos, porque no ha habido ni un presidente de Gobierno ni un partido político español que no haya dicho, desde el principio hasta el fin, que todo lo

que cabe en el Estatuto es sagrado, hasta el punto de que ustedes son los principales abanderados del Estatuto en este momento. Y, claro, si se es abanderado, hay que ser abanderado con interpretaciones extensivas, no restrictivas.

Segundo. Hombre, me ha hecho usted una interpretación un poco –perdone– torticera de lo que yo he dicho del “café para todos”. Lo que he dicho es que, a diferencia de Estatutos en los que existen limitaciones expresas, como incluso es el catalán, que no es un modelo de Estatuto el más descafeinado, en materias tan sensibles como las socio-laborales, en nuestro Estatuto no existen.

Y yo no he dicho con ello que suframos porque otros puedan alcanzar las cotas que quieran. ¡Estupendo! Lo malo es que sucede a la inversa, y ahí está lo que yo decía de interpretación un poco torticera. Y es que lo que se ha hecho es decir: “Como otros no tienen, ustedes, aunque tendrían que tener, no lo van a tener”. Lo que equivale a decir: “Si ustedes piden esto, es que nos lo van a pedir todos”, que es una cosa muy diferente.

Y yo quiero dejar muy claro, y lo he dejado siempre, creo, en mi época de mayor responsabilidad o cuando sea, que nos merece el máximo respeto el problema diferente y específico que tiene cada Comunidad. Tan respetable es el problema social que pueda haber en Extremadura y las soluciones específicas que pueda requerir Extremadura, con su postración histórica en materia económica, de paro, etcétera, o los problemas que pueda tener Andalucía, como los problemas que nos puedan angustiar aquí, de otra índole, a veces de carácter cultural, lingüístico, etcétera, además de los demás, claro. Pero yo no quiero decir con eso que queremos rebajar a nadie, sino que ha habido una argucia, que es rebajarnos a los demás apelando a los niveles de otros, que es exactamente lo contrario.

Hombre, el ejemplo de los puertos lo he puesto por poner un ejemplo muy gráfico, pero, hombre, no me lo saque usted como un rasgo de generosidad que no declare de interés general el puerto Elantxobe, o no sé qué cosa. Bilbao, Pasajes, a mí me parece que eran puertos que en este país existe capacidad para gestionarlos, desde luego, con tanto acierto, como mínimo, como los pueda gestionar el Gobierno central.

Y si alguien quiere discutir eso lo discutimos in aeternum, pero esa función tutelar que en las cosas importantes un Estado de tradición jacobina se ve obligado siempre a pedir, como si los demás fueran menores de edad, es la que incluso en lo que declara de interés general (que es poco, como dice usted), pues, yo creo que se lo podía ahorrar también, porque aquí hay gente cualificada y capacitada para que no necesite esa declaración para que las cosas funcionen como tienen que funcionar. Yo creo que en eso les podremos, en todo caso, dar lecciones, modestia aparte. No lo contrario.

La LOAPA. Mire usted, la LOAPA la tuvo que desautorizar el Tribunal Constitucional porque era impresentable, porque es que fue un escándalo aquello. Hasta la gente más ignorante y lega en materias jurídicas intuía que aquello era un despropósito, hasta el punto de que este país se movilizó (cosa que ahora ya no sucede tanto, por cierto) por una especie de entelequia como era la LOAPA para la mayoría de la gente. Y cuando

el Vicepresidente de mi Gobierno, Mario Fernández, salió con Martín Villa a hacer un debate sobre la LOAPA, allí no sé si entendió, pero intuyó todo el mundo que aquello era tal despropósito que por vergüenza torera yo creo que el Tribunal Constitucional lo tuvo que descalificar. ¡Ojo, eh!, en una serie de artículos, bastante, fue una vergüenza para el legislador.

Pero lo grave no es eso, don Leopoldo. Lo grave es que el espíritu de la LOAPA ha sobrevolado desde entonces, y por la puerta falsa se le han hecho unos “by-pass” y todas las leyes básicas tienen pedazos de LOAPA como pianos de cola, y usted lo sabe perfectamente. Ésa es, por lo menos, mi humilde opinión. No voy a decir como aquel alcalde de un pueblo de aquí, de la Llanada Alavesa, que cuando discutía decía: “Eso será en su humilde opinión”. (Risas.)

En veinte años, claro que hemos avanzado. Eso es lo que yo pretendía decir al señor Salaberria, que cuando un país tiene que resolver problemas hay que elegir el camino por el que uno sabe que puede ir resolviéndolos, y no darse de cabeza contra un muro haciendo que se pudran, y yo he citado antes una serie de cosas en las que no voy a volver a incidir.

¡Cómo no vamos a entender, a pesar de todas las opiniones que vemos que se vierten sobre el Concierto Económico, etcétera, que era mucho mejor eso que el expolio fiscal terrible que había antes, y que gracias a su aprobación, que fue muy laboriosa y requirió impulsos muy especiales, empezó a circular por este país una corriente de recursos financieros que permitieron que se acabara con una serie de situaciones verdaderamente angustiosas, y físicamente se pudieron ver esos efectos!

Pero, hombre, en esta vida las cosas no acaban ahí, señor Barreda. Nosotros entendemos que este Estatuto, que ha sido providencial para resolver con urgencia aquellas perentoriedades, tenía unas potencialidades que no se están aprovechando, y que lo que es más triste –eso es lo que he querido decir– es que con el tejido casi, casi imposible de destejer de leyes básicas, que ya constriñen cualquier posibilidad de desarrollo legislativo, por supuesto, e incluso de ejecución... Porque el problema no son las leyes básicas; el problema es que el propio Tribunal Constitucional ha dado carácter de básico a desarrollos reglamentarios y a decretos. Pues, claro, yo le digo mi opinión (ahí estoy, efectivamente, en lo opinable): yo creo que eso es irreversible.

Entonces, como un corolario de todo lo anterior, yo digo lo que he dicho antes, efectivamente, que yo creo que es mucho más fácil, como cuando uno dice que tiene que reconstruir un edificio piedra a piedra, y al final no tiene solución. Le podía poner un ejemplo, por cierto muy actual, pero no lo voy a hacer para no extenderme.

Es más difícil arreglar este asunto que hacer un replanteamiento. Segundo, yo creo que era más difícil lo que se hizo en el año 79 que lo que habría que hacer hoy. Tercero, yo creo que hay planteamientos que el grado de maduración democrática en la propia sociedad española, no ya sólo en la vasca, pues, puede asumir que en aquel entonces, sencillamente por cultura política, por inercias, por asuntos delicados,

dos en los que teníamos que tener también un sentido de la solidaridad con todos los pueblos del Estado, que se estaban jugando la implantación o no de un sistema democrático... No estábamos sólo con una mirada introspectiva hacia nuestros propios problemas; estábamos pensando en un problema que afectaba a mucha gente que merecía un rasgo de solidaridad a la hora de eso que tan peyorativamente se me ha interpretado, renunciaciones...

Siempre que se negocia hay renunciaciones, pero no en la acepción peyorativa del término, sino en la acepción positiva de saber negociar, entendiendo que todo el mundo tiene sus problemas cuando negocia. Y en ese sentido yo creo que estamos en un momento histórico diferente.

Yo he dicho antes intencionadamente que a mí lo que me produce pena es que una solución cuyo alcance (el pacto estatutario) pudo tener una relevancia histórica, o pudo servir para un periodo histórico más relevante, se agotó de una manera desafortunada antes de tiempo, incluso para los que piensan diferente que nosotros.

Ni qué decir tiene que nosotros no hemos ocultado nunca, nunca, y, desde luego, el partido al que represento jamás, nuestra aspiración a otro marco de gobierno, a un principio y derecho que entendemos democrático, como es el derecho de autodeterminación, que por añadidura digo que, incluso haciendo abstracción de su utilización para ir a otras cotas de soberanía, desde el punto de vista de garantía para el débil en la negociación, como he dicho antes, cuando se producen estos contenciosos, es efectivamente el único recurso realista que ya queda, cuando uno ya no encuentra la imparcialidad que desea, a que aspira, en los órganos jurisdiccionales y cuando la fuerza de un Estado centrípeto demuestra que las soluciones a veces pactadas no se van cumpliendo.

Y yo no estoy de acuerdo en eso que dice usted. ¡No empecemos con la historia...! Podemos tener aquí un debate de 32 horas sobre la exclusiva reducción del derecho de autodeterminación a las situaciones coloniales, etcétera, etcétera, etcétera. Mire, yo traigo el testimonio de quien fue Director de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, John Humphrey, que decía: “Pero esto ¿qué quiere decir?, ¿que los pueblos que no son colonias no son pueblos, cuando se ha formulado el derecho de autodeterminación de los pueblos?”.

Otra cosa es que el oportunismo de los Estados, en toda época histórica, siempre ha procurado endosar las soluciones incómodas a los demás. Eso pasó después de la Primera Guerra Mundial, cuando Wilson proclamó a diestro y siniestro el derecho de autodeterminación pero luego sólo lo tenían que aplicar los vencidos en la guerra. Luego resulta que, como era una cuestión más simple, se le endosaba sólo a las colonias y a las situaciones coloniales el ejercicio de ese derecho. Pero la proclamación del mismo es una proclamación universal, y, como decía John Humphrey, los pueblos que no son colonias son pueblos. Y, desde luego, Euskadi es tan pueblo como cualquier colonia. No digo más, pero tanto sí.

La PRESIDENTA:

Aurrera jarraituz, eta alderdien txanda amaitzeko, Euzko Abertzaleak Taldearen izenean, Egibar jaunak dau hitza.

El Sr. EGIBAR ARTOLA:

Bai. Egun on, eta lehenengo eta behin Garaikoetxea jaunari eskerrak eman.

Besteak beste, garai hartan gazteago ginen denok –bai, batzuk besteak baino gazteago, baina– eta elkarrekin ere ibili ginen Estatutuaren inguruan nondik norakoak zabaltzen, eta nik eskertu nahi nizuke taldearen izenean besteak beste kokatu duzulako garaia; garaia, zer egoeratan zegoen herri hau, demokrazia ere bai Estatuari dagokionez eta zein izan zen nolabaiteko aurrebaldintza politikoa, nagusiena, eta horren inguruan nola txertatu nahi izan zen herri baten nahia, gizarte baten nahia, autogobernu-nahia, nahiz eta etorkizunak edo geroak erakutsi duen lege horrek zituen ezaugarrietan nagusienetakoa, paktuaren zentzua, alegia –eta nik uste dut oso ondo esplikatua izan dela paktuaren zentzua, baita ere moralki dagokion atalean–, nola hori alde bateko interpretazioarekin zapuztu egin den eta, azken finean, pakto politiko gisa azaldu zen hura momentu honetan lege arrunt bat gisa ezagutzen den eta legedi-sare horretan ezinezkoa zaion irtetea.

Ni bat nator diagnostiko horrekin, eta, batik bat, zentzu historiko hori mantenduz etorkizunari begira iragana ezagutzea ezinbesteko baldintza gertatzen den bezala, pentsatzen dut agerraldiaz gain ikasgaia ere izan dela –batzuentzat, behintzat–; eta, hain zuzen ere, azken finean egiten duzun planteamendua, hau da, autogobernuaren inguruko replanteamendu bat edo berrikuste bat, hori da batzorde honen egiteko bat. Eta etorkizunari begira garbi dago pakto politiko berri baten bila baldin bagoaz, bermeei dagokien garaian edo atalean, garantietan alegia, zutabe eta helduleku sendoagoak beharko dituela, ze, bestela, Estatutuarekin gertatu den bezala, gauza berdina gerta daitekeelako.

Galdera bat neukan, baina erantzun dezu bigarrenengo honetan; baina hala ere aurtuko naiz egitera. Hau da: Estatutuaren sorreran, protagonista izateaz gain, ardura politikoa –guztia ez bada ere, nagusiena– zuen esku egon zanez, eta zure kasuan nagusiki ere, aurreikusten al zenuten –oztopoak egongo zirela, noski– hogeita bi urteko perspektiban hain xuhur eta maltzur joka zezaketenik Estatu-ikuspegi batetik gobernoburu izan direnek, jakinda, besteak beste, Estatutuaren inguruan arazo politiko bat egon, bazegoela, oraindik zoritxarrez indarkeriazko arazo bat badugula eta zuek egin zenuten ekarpena Estatu mailan ere demokrazia sendotzeko ekarpen nagusia izan zela?, aurreikus zitekeen iruzur hori hogeita bi urte pasa eta gero tamaina honetakoa izango zela?

El Sr. GARAICOETXEA URRIZA:

Ez. Inondik inora. Beharbada pixka bat naif izango nintzen, baina jadanik garai hartan..., irakur ditzakezu deklarazio batzuk, nik egindakoak justu-justu hurrengo egunean, Estatutua onartu ondoren, esanaz “Orain kezkatzen nauena da bere garapena”. Eta bagenekien gauza zaila izango zela, kontuan harturik zer zailtasun aurkitu genuen negoziaketetan eta zer konplikatuak ziren alde politiko juridiko batzuk.

Baina, adibidez, Ertzaintza antolatzen hasi ginenean, ni gogoratzen naiz esaten nuenez eta pentsatzen nuen oso epe luzea aipatzen nuenean “Bueno, goazen poliki-poliki, beharrezkoa bada, sustituzio hori eginez, eta, bueno, hamar urte behar badugu hori egiteko, ba, hamar urte pazientzia pixka bat izango dugu”, eta hori hemeroteketan irakur dezakezu. Orduan hamar urte iruditzen zitzaigun, bueno, oso epe luzea zela garapen hori egiteko; baina garapen ezberdin bat, noski. Eta nik ez nuen pentsatzen inondik inora horrelako egoera batean aurkituko ginela momentu honetan, egia esateko.

Sentitzen dut.

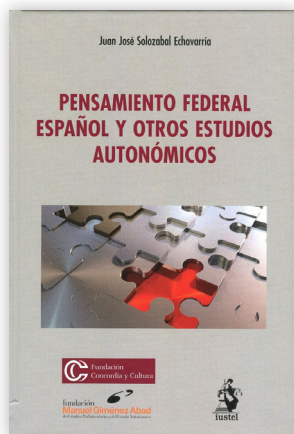
La PRESIDENTA:

Bueno, galderen txanda amaitu eta gero, irtenbentzio honekin amaitzen dugu Garaikoetxea jaunak, lehendakaria ohiak, izandako interbentzioa; benetan eskertzen deusugu, oso aberasgarria izan dalako.

Eta gai-zerrendarekin aurrera jarraituz, hurrengo partehartzailea hasi baino lehen, nik uste dot bost minutuko etenaldia emango dogula danontzako, eta bost minutu pasatu ondoren jarraitzen dogu gai-zerrendarekin eta daukaguzan zereginekin.

Eskerrik asko.

Eran las once horas y quince minutos. ♦



**SOLOZÁBAL
ECHEVARRÍA, J. J. (2019)**

Pensamiento federal español y
otros estudios autonómicos

Madrid: Iustel

606 p.

PENSAMIENTO FEDERAL ESPAÑOL Y OTROS ESTUDIOS AUTONÓMICOS¹ (Recensión)

Mar Antonino de la Cámara
Universidad Autónoma de Madrid

Cómo citar / Nola aipatu: Antonino de la Cámara, M. (2020). Pensamiento federal español y otros estudios autonómicos (Recensión). *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, (1): 256-259. <https://doi.org/10.47984/legal.2020.011>

La obra que aquí se reseña apunta a convertirse en un imprescindible de los estudios sobre el Estado autonómico. Por un lado, el autor, reconocido catedrático de Derecho constitucional, cuenta con una sólida trayectoria en la materia, por lo que nos brinda un estudio riguroso y completo, propio de quien ha trabajado con exhaustividad un tema. Pero además de la calidad científica se manifiesta en las páginas una disposición argumentada y de gesto sereno, lo que es muy de agradecer en un tema que concita, ahora más que nunca, pasiones de signo tan contrario como el de la cuestión territorial española.

El libro se divide en dos partes sin titular, pero que podríamos clasificar atribuyendo a la primera un contenido de análisis eminentemente doctrinal y jurídico y a la segunda un cariz más teórico que pivota sobre la base política del Estado autonómico. Esta clasificación es, sin embargo, un tanto artificial, puesto que nos encontramos ante un conjunto de textos, de complicada taxonomía, reunidos con afán compilatorio a lo largo de más de diez años. Se trata de un compendio de considerable magnitud formado por trabajos de naturaleza heterogénea: textos ya publicados e inéditos, entre los que se encuentran conferencias, seminarios, presentaciones de libros o recensiones. Ello dota de flexibilidad y frescura al conjunto, por otro lado, de alta densidad teórica. Sin embargo, la variedad de los escritos no redundan negativamente en la unidad de sentido, que no encontramos tanto en el abordaje metodológico, ni en su división temática, cuanto en las tesis que el autor defiende y que son claras, constantes y coherentes.



¹ Solozábal Echevarría, J. J. (2019). *Pensamiento federal español y otros estudios autonómicos*. Madrid: Iustel.

Efectivamente, hay tanto de objetividad como poco de neutralidad en los textos, de lo que da cuenta el propio título *Pensamiento federal y otros estudios autonómicos* y que bien puede ser un indicio de la posición del autor: a favor de una reforma en clave federal, no como alternativa al Estado autonómico, que ya presenta una forma federativa, sino como su culminación. La apuesta federal del profesor Solozábal concede un fuerte peso al elemento simbólico orientado a la integración, frente a un modelo federal centrado en la dimensión organizativa.

El autor reconoce la deuda de su pensamiento con los clásicos en la materia (Azaola, Solé Tura, Trujillo, Rubio Llorente y García Pelayo), a quienes dedica unos interesantes estudios en el primer capítulo de la Parte Segunda (pp. 319-387). Clarísima es la huella del pensamiento de Rubio, de quien destaca su principialismo centrado en la “base política de la organización territorial constitucional, (...) esto es, el acuerdo entre nacionalismos” (p. 354). Para Rubio, los problemas del Estado no son competenciales, sino simbólicos: frente a las pretensiones nacionalistas de soberanía originaria, la solución es el patriotismo constitucional, no al modo habermasiano, sino como aceptación por todos de “la idea de España como nación de naciones, esto es, una comunidad plural que asume la superioridad de los lazos compartidos que nos identifican, por encima de las diferencias que nos singularizan” (p. 359). Esto supone, de un lado, la existencia de una nación común previa a la Constitución y, de otro, el reconocimiento del carácter político y no meramente cultural de las naciones que componen España. He aquí la especificidad, sostiene el autor, de nuestro sistema autonómico que lo incluye entre los supuestos de federalismo identitario (p. 415). Es una virtud, pues, que nuestra Constitución incorpore, además de la dimensión organizativa, la política o espiritual, sin que debamos entender estas facetas como enfrentadas o aisladas entre sí. Así nos lo muestra el Estatuto de Extremadura, que se legitima tanto por el argumentario identitario como por razones funcionales y a cuyo comentario procede en las páginas 443-452.

Dicho esto, frente a una recomendable reforma constitucional habría que ahondar precisamente en la capacidad integradora de la entidad central, reforzando el armazón institucional. Para ello son imprescindibles lo que el autor denomina “amarres federales”, entendidos como expresión de la pluralidad nacional en las instituciones del Estado: las conferencias de presidentes y las conferencias sectoriales, cuyas capacidades de coordinación habría que impulsar, y, sobre todo, el Senado. En cuanto a este (al que dedica todo un apartado que incluye una propuesta de modificación articulada, pp. 225-238), la reforma debe orientarse a facilitar la influencia de las Comunidades Autónomas en las decisiones del Estado. El profesor Solozábal propone la designación de sus miembros por los parlamentos autonómicos, atribuyendo representación tanto por el número de provincias como por población (pp. 232-233) y según criterio mayoritario que conceda una representación mínima en el Senado a la oposición (p. 235), la especialización legislativa en materias de relevancia autonómica (pp. 237-238 y 478) y una previsión de integración del Senado respecto de los órganos de la Unión Europea (236 y 238).

Se apuesta también por un reconocimiento más claro del pluralismo territorial mediante la modificación del Título Preliminar (p. 476), en términos de plurinacionalidad. Ahora bien, las naciones que componen España no tienen soberanía propia. De ahí que los Estatutos sean normas heterónomas, cuyo fundamento reside en la Constitución. Así pues, reflejan el equilibrio entre la tendencia territorial y la unitaria: si el momento centrífugo lo protagonizan los parlamentos autonómicos, que tienen la iniciativa legislativa, el momento centrípeto vendría dado por su tramitación en las Cortes Generales (p. 57). Con toda coherencia afirma el autor que esta naturaleza dual del Estatuto es un elemento que conviene conservar (p. 68), puesto que lo erige en parámetro constitucional que además incide en las competencias, reforzando en este sentido la integración.

Respecto de la reforma competencial (p. 477) plantea un sistema de reparto de poderes más claro que el actual, atribuyendo al Estado la competencia exclusiva en determinadas materias con su consecuente reforzamiento (los grandes códigos, la dirección de la política económica, etc.) y una cláusula residual que adjudique el resto de competencias a las comunidades autónomas. Esto supondría, a mi juicio, un alejamiento del actual modelo de devolución (en los términos expuestos por la profesora Biglino en *Federalismo de integración y devolución: el debate sobre la competencia*), sin renunciar a él, como así demuestra el mantenimiento del esquema bases-desarrollo. En todo caso, el ejercicio organizativo de las competencias deberá ser modulado conforme al principio material de solidaridad (análisis de los artículos 2 y 4 de nuestra Constitución en las páginas 417-442).

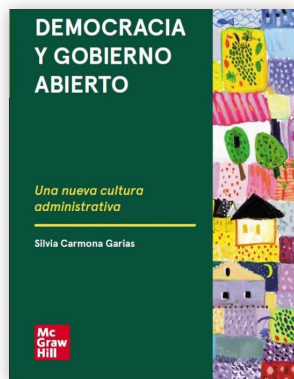
Empero, de sus estudios podemos deducir que el profesor Solozábal ha preferido el estudio y replanteamiento de algunas materias competenciales concretas a la reforma competencial *per se*. El autor dedica un capítulo al análisis de tres ámbitos: la competencia lingüística, que presenta como título transversal y eventualmente concurrente (278), el derecho constitucional a la salud (pp. 281-312) o las competencias sobre legislación civil, respecto de las que sugiere la inclusión de una competencia potestativa complementaria en la legislación civil (p. 312).

Con todo ello no concede el autor “efectos salvíficos” a la reforma competencial. Su posición está muy lejos de poder considerarse ingenua. Ello queda patente al comentar con ironía la propuesta (poco inocente, por otro lado) contenida en un borrador de reforma del Estatuto de Gernika que consistía en resolver los conflictos competenciales mediante la vía del diálogo político (p. 505). Por el contrario, insiste el autor en apoyar el papel de la justicia constitucional ante los conflictos competenciales y aboga por mantener el artículo 161.2 con la capacidad de suspensión provisional de las normas impugnadas por el Gobierno (p. 68). El profesor Solozábal despliega con fuerza un argumentario para justificar la pertinencia y necesidad de la intervención constitucional, defensa que llevará a cabo con especial vehemencia en el primer capítulo, a raíz de la STC 31/2010.

Este capítulo, que describe y analiza críticamente la doctrina constitucional en materia competencial, encabeza la obra y merece especial atención. Aunque no contiene las aportaciones más recientes del libro, el *procés* ha generado un interés renovado por varios de los temas que recoge. Me refiero, en concreto, al periplo que arranca con la STC 31/2010 y las sucesivas sentencias que traen causa de lo que el autor denomina “ofensiva soberanista catalana”. Antes de analizar esta secuencia en concreto recorre la trayectoria del Tribunal Constitucional: primero desde una perspectiva sistémica donde presenta las categorías competenciales fijadas por el tribunal (pp. 34-36) y después a través de los *leading case* que marcan las diversas tendencias que ha adoptado el Tribunal Constitucional (pp. 36-51). En cuanto al estudio de la STC 31/2010 se remonta a 2011, lo que suma cierto carácter testimonial al análisis, ya que el autor lo redacta ignorante del *procés* que estaba por llegar y que en tantas ocasiones ha condicionado la ponderación de esta sentencia. Desde un punto de vista técnico realiza una valoración positiva de la misma (p. 115), aunque también reconoce sus debilidades, entre ellas su carácter declarativo. Por otro lado, sus efectos anulatorios alcanzan a un número escaso de preceptos (teniendo en cuenta que el Estatuto había sido impugnado en su totalidad) que, en su mayoría, cuestionaban las propias atribuciones del Tribunal Constitucional (p. 134). Más adelante, el autor publicó *Para entender la crisis constitucional catalana* que queda recogido en el último capítulo, Cabos sueltos, y donde responde a las acusaciones contra la STC 31/2010 como detonante del *procés*.

En fin, se tratan en el libro otros temas de interés, de los que destacamos su apuesta por los derechos estatutarios como verdaderos derechos públicos subjetivos y que estudia a la luz de la STC 247/2007 (pp. 71-87). Ante las objeciones que se plantean en nombre de la igualdad de todos los españoles recordará que “nuestra Constitución, además del de la igualdad, reconoce el valor del pluralismo” (p. 73). Más aún cuando, como con acierto señala el profesor Solozábal, las competencias en materia prestacional confieren a nuestro Estado social “una veste autonómica” (p. 53). Por último, en este último capítulo, recoge una serie de reseñas que pueden resultar de interés al lector que quiera ahondar en esta temática.

En cuanto a la edición, podría ser útil añadir un índice analítico, dada la dispersión espacial y temporal de los temas abordados. Facilitaría el acceso a cuestiones concretas y permitiría rastrear una posible evolución en el pensamiento del autor. Tampoco se le ha concedido especial importancia al aparato bibliográfico, que no es reunido en una única sección y se pierde en el escaso tratamiento de notas a pie de página y de referencias doctrinales. En su ausencia, encontramos un diálogo directo y cómplice con los indispensables (entre los que no faltan los estadounidenses), lo que aporta al conjunto el carácter de una obra de madurez que refrenda los argumentos en el soporte de su propio pensamiento. Por eso, se comparta o no la posición federalista del profesor Solozábal, este libro interesará a teóricos y prácticos del Estado autonómico, que mediante su lectura profundizarán en las buenas razones que le amparan. ♦



CARMONA GARIAS, S. (2019)

Democracia y gobierno abierto: una nueva cultura administrativa

Madrid: McGraw Hill
270 p.

DEMOCRACIA Y GOBIERNO ABIERTO. UNA NUEVA CULTURA ADMINISTRATIVA¹ (Recensión)

Andrés Iuán Dueñas Castrillo

Universidad de Valladolid

Cómo citar / Nola aipatu: Dueñas Castrillo, A. I. (2020). Democracia y gobierno abierto: una nueva cultura administrativa (Recensión). *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, (1): 260-263. <https://doi.org/10.47984/legal.2020.012>

La actual crisis de la representatividad (Sánchez Muñoz, 2015 y 2016) y de los partidos políticos (Biglino Campos, 2016; Matía Portilla, 2016) se ha visto con preocupación por la doctrina y ha traído consecuencias prácticas para España. En el escenario político, se ha manifestado en la entrada de nuevos actores partidistas en el Parlamento, que han propuesto nuevas formas de participación en la institución legislativa (Dueñas Castrillo, 2018). Pero antes ya se habían promulgado, tanto a nivel estatal como autonómico, normativas sobre transparencia y buen gobierno, que pretendían que el ciudadano tuviera un mayor protagonismo.

Precisamente esto último es lo que aborda este libro editado por McGraw-Hill. La autora Silvia Carmona Garias estudia el gobierno abierto desde una perspectiva de Derecho Administrativo, lo que supone una novedad respecto de otros estudios sobre esta temática que había habido con anterioridad, más en un plano politológico, tal y como indica en el prólogo la profesora Casado. También apunta que el libro trae origen de la tesis defendida por la autora, a la que se le concedió el premio INAP 2018.

El libro se inicia con la introducción, luego se divide en tres partes y finaliza con las conclusiones. En la introducción, la autora reconoce que la investigación es esencialmente descriptiva, y la justifica por su actualidad y los cambios culturales y legislativos que ha habido en España en los últimos años. De esta manera, pretende “identificar y abordar el gobierno abierto como palanca transformadora y renovadora de la cultura político-administrativa, y las dinámicas relacionales entre los distintos implicados en la gestión pública” (p. 1). Y lo hace en conexión con la crisis de la representatividad y de confianza de los ciudadanos, entendiéndolo como una medida que puede mejorar esta situación.

La parte primera, “El parámetro cualitativo en la democracia y la Administración pública”, consta de un capítulo sobre la calidad democrática. La investigadora entiende que



¹ Carmona Garias, S. (2019). *Democracia y gobierno abierto: una nueva cultura administrativa*, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España; Instituto Nacional de Administración Pública.

la democracia y la Administración no se pueden deslindar, porque se condicionan mutuamente, y esta vinculación se puede observar en conceptos como los de “gobernanza” o “buen gobierno”. En esta primera parte se defiende que se debe corresponsabilizar a la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones para que una democracia sea de actualidad, debido a que la crisis de legitimidad descansa en que la clase política no se ha ajustado a estos parámetros democráticos. Por eso el gobierno abierto puede ser una medida que mejore esta situación, para lo cual también hay que aplicar las nuevas tecnologías de la información y la comunicación a la gestión pública. Es decir, de lo que se trata en esta primera parte es de “ofrecer las bases para una nueva teoría administrativa que no pierda los fundamentos de la teoría tradicional o clásica” (p. 11).

En el capítulo de esta parte se hace una aproximación conceptual a la calidad democrática, donde se distingue entre cuatro modelos de democracia, desde los que apuestan por una democracia que sigue la lógica *bottom-up*, donde todo es decidido por los ciudadanos, hasta el modelo de democracia indirecta, en el que el poder es delegado casi en su totalidad a los representantes. La autora defiende que España se encuentra dentro de este último modelo. También se aproxima a los conceptos de buena administración y buen gobierno, que exigen que la Administración se rija por los principios de transparencia, participación y colaboración; se hace una referencia a la integridad, la ética y los códigos de conducta en la Administración pública; y finaliza con una reflexión sobre algunas de las cuestiones que distorsionan la calidad democrática, como son, a juicio de la profesora Carmona, la vulneración del principio de la separación de poderes, la pérdida progresiva de derechos sociales, el fenómeno de la corrupción o la partitocracia.

La parte segunda, “La mutabilidad morfológica de la participación ciudadana”, cuenta con dos capítulos, en los que se hace “una aproximación al estado del arte del instituto de la participación ciudadana en nuestro país” (p. 38). En la introducción de esta parte se deja claro que lo que se defiende no es la sustitución de la democracia participativa por la representativa, sino que sería recomendable introducir mecanismos correctivos a la democracia representativa, en los que se cuente con el ciudadano de forma directa. El capítulo 2 del libro –el primero de la parte segunda– comienza definiendo la participación, en la que la autora incluye la participación administrativa, con la idea de fondo de que el ciudadano debe dejar de ser “un objeto destinatario de la acción de gobierno para convertirse en un sujeto activo” (p. 43). Su hipótesis es que, debido a las nuevas tecnologías, los ciudadanos tienen nuevas formas de relacionarse, y ello está generando un nuevo modelo de sociedad. Estos procesos participativos, para la autora, tienen beneficios, obstáculos y limitaciones, que se han de tener en cuenta para la implantación de esta nueva teoría administrativa, al igual que el contexto jurídico-político español. En este sentido, se hace referencia a que el legislador autonómico ha impulsado un mayor acercamiento de los ciudadanos en las políticas públicas que el estatal. Se ponen ejemplos también de prácticas en otros países, concretamente en Suiza, Alemania o Reino Unido, que la autora toma como referencia para su desarrollo en España.

El otro capítulo de esta segunda parte aborda el *open government*. Este sería el “tercer paradigma”, tal y como lo denomina la autora, de modelo de gestión administrativa, tras el modelo burocrático y el modelo de nueva gestión pública. El gobierno abierto “viene a posicionarse como nuevo paradigma de modernización para solventar las lagunas y los déficits que han ido debilitando los anteriores modelos de gestión” (p. 80). Luego se hace un análisis de la evolución histórica de este modelo de gestión pública, que tuvo un gran impulso con la llegada de Obama a la Casa Blanca, pero cuyo origen se encuentra en la legislación de acceso a la información pública sueca de 1766 o en la Constitución holandesa de 1798. Dentro del gobierno abierto se encontrarían diversas corrientes políticas, como son las políticas de mejora regulatoria, las políticas tradicionales de buena gobernanza, las políticas de participación ciudadana, las políticas de eficiencia en la gestión pública, las políticas de innovación y modernización de las administraciones públicas mediante la creación de valor público, las políticas de contención presupuestaria, las políticas de promoción y dinamización económica o las políticas de equidad e integración. Entre sus beneficios, tal y como se sostiene de forma transversal a lo largo del libro, contribuiría a mejorar la representatividad y la legitimidad de los poderes públicos o a dotar de mayor calidad a la democracia representativa tradicional. La investigadora hace una reseña a los ensayos en gobierno abierto en distintas administraciones, y menciona como referencia a tener en cuenta la Alianza por un Gobierno Abierto, de la que España forma parte, una “organización formada por los gobiernos de múltiples países que promueve innovaciones y reformas con un elevado potencial transformador para conseguir gobiernos más transparentes, abiertos y participativos en todo el mundo” (p. 112). También indica alguno de los posibles riesgos de la apuesta por un gobierno abierto, como la relación entre la transparencia y la protección de datos personales, o que los poderes públicos compartan una gran cantidad de datos brutos de una manera muy técnica, lo que, en definitiva, provoca más bien opacidad.

La tercera parte del libro se ha titulado “La pedagogía del cambio”, y forman parte de ella los capítulos 4 y 5. Como la propia autora indica, aquí se hace “un análisis concreto de los cambios que se han ido introduciendo (...) para dar respuesta a los distintos problemas que se han ido poniendo de manifiesto en relación con la calidad democrática y la Administración pública” (p. 157). El primero de los capítulos aborda los pasos iniciales en el gobierno abierto que se dieron lugar en España, y se hace mención a distintas normas, como la Ley 11/2007 de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, la Ley 37/2007 sobre Reutilización de la Información de Sector Público, la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local o la nueva regulación del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. Posteriormente se realiza una aproximación al régimen jurídico de la transparencia y el acceso a la información pública a nivel estatal, y se habla de las debilidades del marco jurídico, entre las que, de nuevo, la autora coloca la difícil relación entre el acceso a la información pública y la protección de datos de carácter personal. No podía faltar una mención a las normas autonómicas y locales sobre gobierno abierto, y cita como ejemplos a tener en cuenta el Open Data Euskadi e Irekia, ini-

ciativas del Gobierno vasco, o los portales de gobierno abierto de ciudades como Zaragoza, Barcelona o Cuenca. Asimismo, se hace una defensa de la evaluación de políticas públicas, para lo cual hace falta construir un buen sistema de indicadores para obtener información fiable y de calidad. Todo ello “va a redundar en una mayor rendición de cuentas si la evaluación responde al principio de transparencia, siendo un elemento esencial más para la consecución de este nuevo paradigma que amplía el poder democrático de la ciudadanía sobre los anteriores modelos burocráticos y gerencialistas” (p. 202).

El último capítulo habla sobre las transformaciones necesarias para la construcción de un gobierno abierto a través de lo que la autora denomina “destrucción creativa”. En este apartado se aborda dicha cuestión a través de varios puntos de vista. En primer lugar, politológico, pero también sociocultural y relacional, desde una perspectiva jurídico-constitucional y a través de una perspectiva administrativa. En cualquier caso, la idea en la que se sustenta el gobierno abierto es “en la mejora continua conseguida mediante la innovación impulsada gracias a la participación y la colaboración de personas que aportan su creatividad, para lo que se requiere partir de un buen acceso a la información pública en su vertiente tanto activa como pasiva, para avanzar en la calidad de la Administración así como en la calidad democrática” (p. 210).

Entre las conclusiones con las que finaliza el libro la autora, se pueden destacar las siguientes: se ha de pasar a un nuevo paradigma de modelo de gestión de la Administración, en el que el ciudadano pase a “ser visto como un cogestor corresponsable, no como un receptor de servicios ni como un cliente” (p. 225). Para ello, la dimensión ética y participativa de la democracia es fundamental, y el gobierno abierto necesita de ellas para que sea realmente exitoso. Por eso el marco jurídico de la participación ciudadana en España se muestra insuficiente, y es necesario construir nuevos espacios participativos como complementos al sistema representativo. El gobierno abierto, a su vez, puede funcionar como corrector de disfunciones representativas, y este habría de quedar integrado en la parte general del Derecho Administrativo dentro de una nueva cultura administrativa. ♦

BIBLIOGRAFÍA

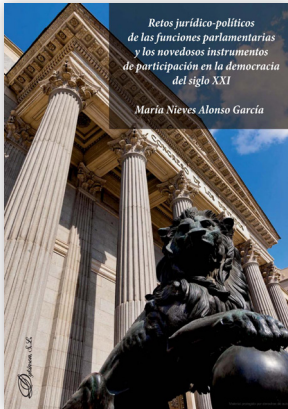
Biglino Campos, P. (Coord.) (2016). *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Dueñas Castrillo, A. I. (2018). Comunidades Autónomas y participación: ¿posibilidad de una renovación de la democracia representativa? *Federalismi.it*, 2.

Matia Portilla, J. (Dir.) (2016). *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Sánchez Muñoz, O. (2015). Los partidos y la desafección política: propuestas desde el campo del Derecho Constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 35, 413-436.

Sánchez Muñoz, O. (2016). Los partidos y la actual crisis de representatividad del parlamento. En J. L. Cascajo de Castro y A. Martín de la Vega (Coords.). *Participación, representación y democracia* (pp. 345-364). Valencia: Tirant lo Blanch.



ALONSO GARCÍA, M. N.
(2019)

Retos jurídico-políticos de las funciones parlamentarias y los novedosos instrumentos de participación en la democracia del siglo XXI

Madrid: Dykinson
197 p.

RETOS JURÍDICO-POLÍTICOS DE LAS FUNCIONES PARLAMENTARIAS Y LOS NOVEDOSOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN EN LA DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI¹ (Iruzkina)²

Zelai Nikolas Ezkurdia
Eusko Legebiltzarra

Cómo citar / Nola aipatu: Nikolas Ezkurdia, Z. Alonso García, M. N. (2020). Retos jurídico-políticos de las funciones parlamentarias y los novedosos instrumentos de participación en la democracia del siglo XXI (Recensión). *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, (1): 264-270. <https://doi.org/10.47984/legal.2020.013>

Retos jurídico-políticos de las funciones parlamentarias y los novedosos instrumentos de participación en la democracia del siglo XXI liburua (euskaraz, *Legebiltzarreko eginkizunen erronka juridiko-politikoak eta XXI. mendeko demokrazian parte hartzeko tresna berritzaileak*) María Nieves Alonso García egilearen doktore-tesiaren emaitza da. Gaurkotasan handiko gai bati heltzen dio: XXI. mendeko demokrazia ordezkaitzaileen krisia.

Liburu honetan, gaur eguneko demokrazia ordezkaitzaileen krisiari erreparatzen zaio. Baina ez da liburu bat krisiaren arazoak eta zergatiak aztertzeraz mugatzen dena, baizik eta irtenbideen bila jartzen da, demokrazia parte-hartzailearen eskutik, demokrazia irekiaren eta, propio, legebiltzar irekien gaiak eskatzen duen eztabaidarako elementuak plazaratuz. Demokrazia ereduaren krisia globala den arren, Espainiako sistema politikoaren esparrura mugatzen da, batik bat, egilearen azterketa.



¹ Alonso García, M. N. (2019). *Retos jurídico-políticos de las funciones parlamentarias y los novedosos instrumentos de participación en la democracia del siglo XXI*. Madrid: Dykinson.

² Artículo también disponible en castellano en <http://legal.legebiltzarra.eus/article/view/2652>

Demokrazia ordezkatzaillearen bilakaera kritikatzeko du eta, oro har, parlamentarismoarena, boterearen kudeaketa lar bertikala izateagatik eta alderdi politikoen monopolioan oinarrituta egoteagatik. Bere ustez, krisia gertatu da herritarrek politikarekiko eta erakunde publikoekiko konfiantza galtzen joan direlako. Goitik beherako kudeaketa horrek sistemaren legitimitate demokratikoari kalte egiten dio; parlamentuak ahuldu egin dira botere exekutiboaren aurrean, eta, ondorioz, legebiltzarrek erreferentzialtasuna galdu dute herritarren eta gizartearen aurrean.

Egilearen ohiko ikerketa lerroak oso lotuta daude bizi dugun trantsizio globalean eta politikoan funtsezkotzat jotzen diren gaiekin. Zentzu horretan, Alonso García irakaslearen intereseko gaiak dira genero-berdintasuna, teknologia berriek hezkuntzan eta jabetza intelektualean duten eragina, migratzaileen giza eskubideak; eta, nola ez, parte-hartze politikoarekin lotutako gaiak. Funtsezkoa da XXI. mendeko agenda politiko eta akademikoetan egotea azterketa- eta ikerketa-eremu horiek guztiak –nik akaso gehituko nizkieke klima-larrialdia eta trantsizio energetiko eta produktibo justu eta ekitatezkoa–, eta behar diren ikerketak eta eztabaida guztiak sustatzea, Bigarren Mundu Gerraren ondoren (bi mundu-gerretan bizitako izugarrikeriak milaka herritarrek jasan ondoren), horrenbesteko bultzada jaso zuen prozesu demokratizatzailearen lekukoarekin aurrera jarraitzeko. Horiek horrela, liburu honek agenda horretara hurbiltzen gaitu.

Egileak Espainiako sistema politikoari erreparatzen dio, batik bat. Bizi duen krisiaren arazoak eta kausak aztertzen ditu. Sistemaren egiturazko hainbat arazo antzematen ditu; besteak beste, kultura demokratikoan hutsune handia, oraindik pairatzen dugun frankismoaren eragin luzeagatik, eta benetako trantsizio politikorik egin ez zelako. Horren guztiaren ondorioz, parlamentuen funtzio tradizionalen ahultzea bizi dugu; eta, horrekin batera, Espainiako sistema politikoaren legitimitate-arazo larriaz ohartarazten digu.

Liburuaren edukia bi esparru handitan antolatzen da, zeinak elkarren artean loturik baitaude: alde batetik, jada azaldu den bezala, demokrazia ordezkatzailleek eta parlamentuek pairatzen duten krisiari buruzko diagnosi bat egiten du, beren legitimitate demokratikoaren elementua ahuldu delako, bereziki 2008ko finantza-krisiaren ondoren; eta, bestetik, demokrazia parte-hartzailearen tresnak aztertzen ditu, herritarren eta ordezkari politikoen arteko loturak sendotzeko asmoz, horren bidez Espainiako Estatuaren sistema demokratikoa indartuko delakoan. Laburbilduz, bere lanak bi galderari erantzun nahi die: zein funtzio mantendu, aldatu edo sortu behar du *ex novo* XXI. mendeko Parlamentuak? Nola parte hartu behar dute herritarrek parlamentuetako eginkizunetan eta jardueran, eta zein tresnaren bidez?

I. PARLAMENTUEN FUNTZIOEN BERRIKUSPEN GARAIDEA

Espainiako parlamentarismoaren krisia gainditzeko errezeta gisa, Parlamentuaren funtzioen irakurketa garaikidea egitea proposatzen du, Parlamentua Estatuko gainera-ko botereen aurrean indartzeko (Botere betearazlea eta Botere judiziala), demokrazia irekia eta legebiltzar irekia³ izenez ezagutzen denaren ildotik. Bestetik, demokrazia parte-hartzailearen kultura –eta, horrekin batera, herritarren partaidetzarako tresnak– demokrazia ordezkatzailaren ohiko funtzionamenduan sartzeko *de lege ferenda*, proposamenak, hots, legea eraberritzeko proposamenak egiten ditu.

I. kapituluan, gaur ulertzen dugun moduko parlamentarismoa eta ordezkartza-demokraziaren eredia kritikatzeko ditu. 1978ko Konstituziotik eratorritako parlamentarismo-ereduaren deskribapenarekin abiatzen da egilea, eta, ondoren, Espainiako kultura parlamentarioaren ezaugarriak aztertzen ditu. Bertan, egitura-arazo larriak ikusten ditu, Espainiako sistema ahultzen dutenak. Frankismo-aldiaren eta “partitokrazian” oinarritutako trantsizio politiko ez osoaren ondorioz sortu da krisia, bere ustez. Kultura demokratiko ahul hori dela eta, ez da lortu parte-hartze politikorako eskubidearen (EKren 9.2 eta 23. artikulua) eta tresnen (Espainiako Konstituzioaren 105. eta 92. artikulua) garapen egokia. Botere exekutiboak nagusitasun argia duen eredu bat ezarri da (ezkutuko presidentzialismoa deitzen duena – 43. orr.), parlamentuen kaltetan. Kelsen-en hitzei erreparatuz, “parlamentarismoaren nolabaiteko nekea” gertatzen ari dela adierazten du (35. orr.).

Horrek guztiak demokrazia ordezkatzailaren sistemaren krisia ekarri du, 2008ko finantza-krisiak eta globalizazioak larriagotu dutena. Herritarrek beren erakunde ordezkagarriekiko duten atsekabea eta mesfidantza areagotu egin dira, eta egileak bere egiten du “sistemaren elementu demokratikoa indartzeko, herria legerian partaide bihurtu behar dela” (35. orr.) defendatzen duen doktrina. Bestela esanda, beharrezkoa da erabakiak hartzeko prozesu publikoen zilegitasun demokratikoan sakontzea, sistemak egun duen herritarren mesfidantza- eta desafekzio-egoera gainditzeko.

Ikuspegi horretatik, XXI. mendeko espainiar parlamentarismoaren bilakaera giltzarriztat jotzen dituen hiru kontzepturen inguruan jorratzea proposatzen du: legitimitate demokratikoaren krisia gainditzea; ordezkartza-mekanismo liberalak osatzeko beharra; eta herritarrek sistemarekiko duten desafekzioa gainditzeko parte-hartzeko mekanismo berriak eta gobernantza ona ezartzea.

³ Bereziki interesgarria da egileak Parlamentu Irekiari buruzko dinamika globalari eta Parlamentuko Gardentasunari buruzko Adierazpenari (2012) egiten dien erreferentzia. Adierazpen hori World e-Parliament-en Konferentzian adostu zen, Demokraziaren Nazioarteko Egunean, Erroman, egin zena 2012ko irailaren 15ean. Adierazpen horrek ordezkartza demokratiko irekiaren paradigma berri bat garatzeko esparru teorikoa eskaintzen baitu.

Begirada horri helduta, edo parlamentarismoaren (parlamentarismo espainolaren) diagnostiko honetatik, Parlamentuaren funtzio klasikoak eguneratzea proposatzen du. Legegintza-funtziotik hasita, legediaren kalitatea murrizten duten jardunbideak gainditzea planteatzen du (lege-dekretuaren abusua, besteak beste), herritarren partaidetzarako mekanismoak indartuz eta informazio- eta iritzi-fluxuak hobetuz. Hori guztia, herritarren eta haien ordezkari politikoen arteko harreman-modu berri bat sortzeko, bai eta Parlamentuarekin berarekin ere harremana sendotzeko, ordezkaritza-erakunde nagusia den aldetik.

Halaber, beharrezkotzat jotzen du gobernuarekiko kontrol-funtzioa eguneratzea, kontuak emateko eginkizunari gardentasun handiagoa emateko eta politika publikoen ebaluaziorako egun dauden mekanismoak hobetzeko. Herritarren artean kultura kritikoa eta informatuagoa eratzearen aldeko apustua egiten du, jarduera publikoaren bikaintasuna sustatzeko eta ustelkeria-kasuei eraginkortasunez aurre egiteko gai izateko moduan. Ildo horretan, teknologia berrien erabilera areagotzea proposatzen du, bai eta munduko programa eta ahalegin politikoen inguruan formulatzen ari diren mekanismo berriagoen erabilera ere, parlamentu irekien ideia sustatzeko, hala nola parlamentuen monitorizazioko erakundeak, oraindik gure ingurune hurbilean esperimentatu ez diren gizarte zibileko erakundeak (unibertsitateak, gizarte-eragileen mahaiak...), alegia, parlamentuetan jorratzen diren gaiak eta sortzen den kalitatezko dokumentazioaren eta informazioaren zabalkundearen laguntzeko.

Ildo berean, ordezkaritza-funtzioa indartzearen eta eguneratzearen garrantzia aipatzen du. Horretarako, bere ustez hauteskunde-sistema orokorrak dituen arazoak aztertu ditu, eta proportzionaltasun handiagoa bermatzeko sistema baterantz urratsak ematea proposatzen du, sistemak gaur egun duen gehiengoaren hauteskunde-sistemaren joera gaindituta. Zentzu horretan, *de lege ferenda* proposamen batzuekin osatu du bere azterketa, gaurko hauteskunde legedia eraberritzeko asmoz; besteak beste: Konstituzioaren 68.2 artikulua erreforma egitea eta autonomia erkidegoak hauteskunde barruti bihurtzea, guztiak ere hauteskunde sistemaren proportzionaltasunean sakontzeko helburua izanik.

Azkenik, funtzio berriak aipatzen ditu Parlamentuarentzat: deliberazio-funtzioa, argitalpen-funtzioa, gizartearen askotariko ideiak eta interesak integratzeko eta osatzeko funtzioa, eta, azkenik, irakasle-lana edo orientazio- eta lidergo-funtzioa.

II. HERRITARREK PARTE HARTZEKO MEKANISMOAK ETA PARLAMENTU IREKIA

Legebiltzarreko funtzioak aztertu ondoren, III. kapituluaren bigarren gaiari heltzen dio: demokrazia ordezkatzaila indartzeko xedez, herritarren partaidetzarako mekanismoak (demokrazia parte-hartzailea) erabiltzea, batik bat, erabaki publikoetan herritarren parte-hartze mekanismoen bidez.

Hasteko, konstituzio-auzitegiaren doktrinak egiten duen bereizketa jasotzen du: demokrazia zuzena, parte-hartzailea eta ordezkatzailea. Doktrina horri jarraiki, gai publikoetan herritarren parte-hartze maila desberdinak bereizten ditu: batetik, maila go-rena, politikan parte hartzeko oinarritzko eskubidea (EKren 23. art.), herri-borondatea adierazteko eta subiranotasuna baliatzeko dena eta demokrazia ordezkatzailearen eta demokrazia zuzenaren tresnen bidez gauzatzen dena; eta, bestetik, herritarrek erabaki politikoetan parte hartzeko erdi-mailako eskubidea (EKren 9.2 art.), demokrazia ordezkatzailearen osagarri dena, hura ordeztu gabe eta demokrazia parte-hartzailearen tresnen bidez egikaritzen dena.

Bere proposamen teorikoa hauxe da: demokrazia ordezkatzailea tresna parte-hartzaileen bidez indartzea; hots, demokrazia parte-hartzailearen bidez demokrazia ordezkatzailea osatzea, eta ez horrenbeste demokrazia zuzenaren bidez ordezkatea. Edonola ere, bere xedea hori izanik, faltan botatzen da konstituzio-doktrinaren azterketa kritikoa. Egokia al da gaur egungo Konstituzio Auzitegiaren doktrina hori demokrazia parte-hartzailearen aldeko eztabaida eta jauzia egiteko? Hainbat zalantza eragiten ditu, gutxienik; izan ere, demokrazia parte-hartzailea ezartzeko mentalitatea berri-egin behar da; eta horretarako, ezinbestez, Estatuak baldintzak eskaini beharko lituzke, Konstituzio Auzitegitik hasita. Jarrera argi-agoa azaldu beharko luke, nire ustez, herritarrek erabaki publikoetan parte hartzeko duen oinarritzko eskubideen alde, orain arteko hainbat muga gaindituta.

Edonola ere, Alonso Garcíaek egiaztatzen duena da tresna horiekiko mesfidantza dagoela Espainian. Konstituzio Auzitegiaren doktrinak zein herritarrek parte hartzeko mekanismoak garatzen dituen araudiak zuhurtziaz begiratzen diete tresna parte-hartzaileei. Horren ondorioz, deliberazio publikoko prozesuetan ez dute eginkizun garrantzitsurik; aitzitik, Espainiako sistema politikoak ordezkartzaren bidezko demokraziaren alde egiten du argi eta garbi. Hori dela eta, herritarrek ez dituzte benetako tresnatzat hartzen.

Demokrazia ordezkatzailea demokrazia parte-hartzailearentz irekitzeko esparru teoriko horretan, erakundeen ohiko funtzionamenduan partaidetza-tresnak normaltasunez erabiltzea proposatzen da; horretarako, Alonso Garcíaek gaur egun eskura dauden tresnak aztertzen ditu, arreta berezia eskainiz legegintzako herri-ekimenari eta herri-kontsultei eta erreferendumari. Hala ere, parlamentuaren jardueran herritarrek parte hartzeko beste tresna eta modu batzuen garrantzia ere aipatu du, hori guztia legebiltzar ireki baterantz aurrera egiteko bidean.

Esan bezala, arreta berezia eskaintzen dio herri-kontsulten eta erreferendumaren tresnari. Garatzen duen erreferendumaren teoriaren barruan, berriz ere, demokrazia parlamentarioak erreferendumaren aurrean duen errezeloa egiaztatzen du. Argudio historikoetan oinarritzen du errezelo hori. Hala ere, faltan sumatzen da XXI. mendean oraindik ere errezelozko jarrera hori zergatik mantentzen den aztertzea; hau da, Espainiako Konstituzioaren 40 urteko ibilbidearen ondoren. Haren ustez, "Estatu

konstituzionalaren eta demokraziaren harremanaren berezko kontraesan” bati erantzuten dio. Beharbada, egileak adierazpen horrekin adierazi nahi duena da erreferendumak zalantzatan jartzen duela Gorte Nagusiek duten herri-borondatearen adierazpenaren monopolioa, gaur egungo demokrazia ordezkatzaillearen ereduak sustatzen duena; eta ez duela erakusten eredu hori herritarrekin eta autonomia-erkidegoetako legegintza-ganbarekin partekatze borondaterik. Konstituzio Auzitegiaren doktrinak eredu hori babesten du (Konstituzio Auzitegiaren epaiak: 103/2008, 31/2010, 42/2014, 31/2015, 138/2015, 259/2015, 51/2017, 114/2017). Baina, Alonso Garciak ohartarazten duenez, eredu horrek ez ditu euskaldunak eta katalanak asetzen.

Nolabait, demokraziaren eredu parte-hartzaileagoetara irekitzearen aurkako ikuskera hori justifikatzeko edo, Alonso Garciak Jellinek-en lana aipatzen du, adierazteko ikuskera horren atzean dagoen beldurra herrialdeko benetako indar politikoen arteko tentsioa dela eta indar horiek beren legeen arabera jokatzeko dutela. Egia esan, eredu berri deliberatiboago eta parte-hartzaileago bati oztupoak ipintzen diotenen orain arteko botere gaitasuna galtzeko beldurrari erantzuten diote. Ez litzateke ahaztu behar, hala ere, Jellinekek “Estatu zatiei” buruzko teoria ere garatu zuela, Herrero de Miñonek beti defendatu izan duena, lurralde krisiari irtenbide emango zion nazio aniztasunaren bidea aitortzea proposatuz. Hain zuzen ere, nire ustez, erreferendumak eta herri-kontsultak dira benetako indar politikoen arteko tentsio hori demokratikoki bideratzea ahalbidetzen duten tresnak; hau da, arrazionalki, indarkeriarik eta errepresiorik gabe. Zalantzarik gabe, aurrerapauso bat izango litzateke Estatuan dauden nazioen arteko benetako tentsioa eztabaida- eta parte-hartzeko mekanismoen bidez bideratzea. Ez bakarrik “nazionalitateen” aldarrikapen historiko bat bideratzea lortuko litzatekeelako, baizik eta horrek Estatu osoan ahalbidetuko lukeelako Espainiako sistema politikoaren kalitate demokratikoan sakontzea eta Espainiako sistema konstituzionalaren bilakaerari bide ematea legitimitate demokratikoko maila altuetan oinarritutako demokrazia-eredu baten bidez.

Itzalekin batera, erreferendumak eskaintzen dituen argiak eta aukerak azaltzen ditu, demokrazia ordezkatzaillearen tresna osagarri gisa. Carré de Malberg-en oinarritzko gogoetatik abiatzen da parlamentarismoaren eta erreferendumaren artean dagoen berehalako harreman estua azaltzeko.

Egileak liburuan erreferendumaren figura garatzearen aldeko doktrina espainiarra jasotzen du (Sanz Royo eta Garrido López, besteak beste), “Erreferenduma demokrazia ordezkatzaillearen azken oinarriaren bermea baita, hau da, herri-subirantotasunarena (...); demokrazia garatuetan ezinbesteko elementu eratzailea da”. Parlamentuaren boterea moderatzeko eta kontrolatzeko funtzioak ditu; arbitraje-funtzioak, kasu jakin batzuetan, adibidez, gehiengoan eta gutxiengoan arteko blokeoa gainditzeko. Nolanahi ere, erreferendumak bere funtzioa bete dezan, prozedurak ondo diseinatuta egon behar du, eta informazioa eta gardentasuna bermatu behar dira. Erreferendumaren elementuak eta Espainiako ordenamenduan aurreikusitako erreferendum-motak ere aztertzen dira kapitulu honetan.

III. kapituluan, demokrazia-ereduaren proposamen hibridoa egiten du, parlamentarista eta presidentzialistaren artekoa, zatiketa politikoa nagusitzen den agertoki baterako (2015eko abenduko hauteskunderiez geroztik Diputatuen Kongresuan bizi izan dena bezalakoa). Egoera horietan, hau da, ordezkari politiko oso plurala denean eta alderdi-sistema zatikatuaren bidez azaltzen denean, Suitzako zuzendaritza partekatuaren gobernu-sistemaren elementuak bereganatzearen alde azaltzen da, non Parlamentuan ordezkari duten talde politiko guztiek Gobernuan parte hartzen duten, kudeaketa arloren baten ardura hartuz. Ildo beretik, koalizio-gobernuen aukera gisa, konpromiso-koalizioak eratzea proposatzen du, hauteskunde-aniztasuna islatzen duten gobernuak osatuz.

Bukatzen joateko, esango nuke egilearen azterketa osa litekeela, akaso, zenbait doktrina-lanekin, zeinak adierazten baitu Espainiako sistema politikoaren krisia oso lotuta dagoela 1978ko Espainiako Konstituzioaren boterearen lurralde-banaketaren ereduarekiko gatazkarekin, parametro demokratiko eta plurinazionaletatik garatu ez delako, Konstituzioak horretarako elementu nahikoak izan arren. Azpimarratzen da, nolana ere, egileak *statu quo*ari buruz duen jarrera kritikoa. Horri esker, arazoak ikusteko, aztertzeko eta irtenbideak zirriborrotzen hasteko eskenatokian kokatzen da, sakontze demokratikoaren eta demokrazia irekiaren ildotik.

Arazoen aurreko jarrera hori oinarritzkoa da konponbideak lortzeko. Alonso García azaldutako jarrera kritikoa horri esker, euskal legelari honek, zeinak Alonso García ziurrenik partekatuko ez dituen tesi subiranistak defendatzen baititu, ikus dezake tunelaren amaieran argi txiki bat. Ziur aski, egileak azaldutako irtenbide guztiak partekatu gabe, benetako aurrerapena izango litzateke deliberazio-espazio bat partekatzea demokrazia parte-hartzaileago bat nahi dugunon artean, kalitate demokratikoan aurrera egitea ahalbidetzen duten gai guztiak jorrotzen hasteko. Horien artean, nola ez, Espainiako sistema politikoaren lurralde-eredua klabe parte-hartzaile eta demokratikoan birpentsatzen hasteko. Aipatzen ari garen liburua ekarpen interesgarria da zentzu horretan; horregatik, nire zorionik beroenak bidali nahi dizkiot egileari. ♦

BIBLIOGRAFIA

Jellinek, G. (2016). *Fragments de Estado*. Madril, Espainia: Civitas.

World e-Parliament Conference (2012). *Declaración sobre Transparencia Parlamentaria*. Ondoko estekatik jaso: <http://www.openingparliament.org/declaration/>



EUSKO LEGEBILTZARRA
PARLAMENTO VASCO