

JUSTICIA PREVENTIVA ANTE RIESGOS
CONSTITUCIONALES. COMENTARIO AL AUTO
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 5/2018, DE 27
DE ENERO. IMPUGNACIÓN DE DISPOSICIONES
AUTONÓMICAS NÚM. 492-2018. (BOE NÚM. 46, DE
21 DE FEBRERO DE 2018)

PREVENTIVE JUSTICE IN THE FACE OF CONSTITUTIONAL RISKS.
COMMENTARY ON THE CONSTITUTIONAL COURT'S JUDGMENT
5/2018, OF JANUARY 27. CHALLENGE PROCEDURE FOR SELF-
GOVERNING COMMUNITIES' PROVISIONS AND RESOLUTIONS
NUM. 492-2018. (BOE NUM. 46, OF FEBRUARY 21, 2018)

Paloma MARTÍNEZ SANTA MARÍA
Letrada de las Cortes Generales
Letrada Jefe de la Asesoría Jurídica
del Congreso de los Diputados
<https://orcid.org/0000-0001-9122-1201>

RESUMEN

El comentario trata sobre una resolución del Tribunal Constitucional de evidente interés general, no solo por la trascendencia política de los hechos que se juzgan, sino también desde el punto de vista del análisis jurídico, por dos cuestiones principalmente, por ser la primera vez que se somete al Tribunal Constitucional la impugnación de una investidura de un Presidente del órgano de un gobierno autonómico, y por la peculiarísima forma en la que el Tribunal decide adoptar medidas cautelares incluso antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la impugnación.

Palabras clave: proceso catalán, investidura telemática, actos parlamentarios presenciales y personales, delegación de voto, sustitución de diputados, riesgo constitucional, suspensión de resoluciones parlamentarias, nueva justicia preventiva, certeza del daño, urgencia excepcional.

Artículos clave: arts. 23, 99.2 y 161.2 CE; arts. 76 y 77 LOTC; art. 67 Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 4 de la Ley catalana 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalitat y del Gobierno; art. 149 del Reglamento del Parlamento de Cataluña.

Resoluciones relacionadas: ATC 6/2018, STC 19/2019, STC 45/2019, STC 52/2019.

ABSTRACT

The commentary is about a resolution of the Constitutional Court of obvious general interest, not only because of the political significance of the facts that are being judged, but also from the point of view of legal analysis, for two issues mainly, for being the first time that it is submitted to the Constitutional Court the impugment of an investiture of a President of the body of an autonomous government, and by the very peculiar way in which the Court decides to adopt precautionary measures even before ruling on the admissibility of the impugment.

Keywords: Catalan process, telematic investiture, face-to-face and personal parliamentary acts, delegation of votes, replacement of Deputies, constitutional risk, suspension of parliamentary resolutions, new preventive justice, certainty of harm, exceptional urgency.

Key articles: arts. 23, 99. 2 and 161.2 of the Spanish Constitution; arts. 76 y 77 Constitutional Court Institutional Act; art. 67 Institutional Act 6/2006, of July 19, of Reform of Self-governing Catalonia Statute; art. 4 of the Act of the Parliament of Catalonia 13/2008, of November 5, of the Presidency of the Generalitat and the Government; art. 149 of the Standing Order of the Parliament of Catalonia.

Related Constitutional Court Judgments and Resolutions: ATC 6/2018, STC 19/2019, STC 45/2019, STC 52/2019.

I. ANTECEDENTES

En los antecedentes que se citan en el auto, el Gobierno de la Nación, mediante escrito de 26 de enero de 2018, impugna dos resoluciones del presidente del Parlamento de Cataluña. Una de ellas, la Resolución por la que se propone la investidura de don Carles Puigdemont i Casamajó como candidato a presidente del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, de 23 de enero de 2018, y la otra, la Resolución de 25 de enero de 2018, por la que se convoca sesión plenaria el 30 de enero de 2018, solo en la parte que se refiere a la inclusión en el orden del día del debate del programa y votación de la investidura del mencionado candidato. La impugnación se realiza al amparo del artículo 161.2 CE y de los artículos 76 y 77 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) que regula la impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las comunidades autónomas prevista en el artículo 161.2 CE, el cual dice expresamente que “Dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su publicación o, en defecto de la misma, desde que llegare a su conocimiento, el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones normativas sin fuerza de Ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas”. La formulación de dicha impugnación supuso la suspensión de las resoluciones impugnadas según lo dispuesto en el artículo 161.2 CE y en el artículo 77 LOTC.

El motivo de impugnación es la inconstitucionalidad de tales resoluciones por proponer a un candidato que ha manifestado su voluntad de no acudir presencialmente a la sesión de investidura, lo cual se considera por el Gobierno de la Nación que es contrario a las normas de la Constitución, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, la Ley catalana 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalitat y del Gobierno, y el Reglamento de la Cámara, en base a los principios de personalidad e indelegabilidad de la presencia física del candidato propuesto a ocupar la Generalitat de Cataluña. Para el Gobierno, tales resoluciones habrían sido dictadas en abuso de derecho o fraude a la Constitución porque se hace uso de una facultad, inicialmente inobjetable, la propuesta de un diputado como candidato, para perseguir un fin ilegítimo, la elección de un candidato

que, de antemano, se sabe que no va a estar presente. Además de ello, a su juicio, tal forma inédita de investidura “a distancia” priva a los representantes de los diferentes grupos parlamentarios en el Parlamento de Cataluña de su derecho a debatir con el candidato, lo que conlleva una vulneración de su derecho fundamental a ejercer su cargo público, recogido en el artículo 23 CE, ya que la ausencia del candidato afecta de manera sustancial al proceso de formación de la voluntad en el seno de la Cámara. También, opina el Gobierno, que conlleva vulneraciones procedimentales, pues la confianza parlamentaria —y por tanto la propia mayoría en que se ha pretendido sustentar la propuesta— sólo puede obtenerse admitiendo el voto delegado y computando los votos delegados por los diputados que están en Bélgica, lo que supone una clara vulneración del artículo 93 del Reglamento del Parlament y del artículo 23 CE.

II. COMENTARIO

1. La propuesta de investidura como acto recurrible

La primera peculiaridad de este auto es el acto recurrible. Llama la atención que pueda constituir un acto recurrible una propuesta de investidura, que a nadie escapa que es un acto de pura decisión política que nace directamente de una voluntad parlamentaria y es fruto de pactos y negociaciones. Se puede decir que, más que ningún otro acto que pueda adoptar un Parlamento, la investidura es el acto político por excelencia, que por sí solo justifica la posición del Parlamento en el sistema de poderes que define la forma parlamentaria. La investidura constituye el primer acto que obligadamente cualquier Parlamento debe adoptar al inicio de cada legislatura y de cuyo éxito depende el funcionamiento mismo del sistema político que ha de pasar siempre por la formación renovada del Gobierno tras cada elección. Las recientes investiduras fallidas o ausencia de investidura han venido así a demostrarlo. Sin investidura, el sistema se bloquea.

El auto reabre así, si bien desde otra perspectiva, la vieja polémica del control jurisdiccional de los actos políticos. La novedad de este auto es aceptar que un acto de propuesta de investidura, que es pura expresión de una voluntad política, puede ser controlado por el Tribunal Constitucional en cuanto que constituye “una resolución”

sin valor de ley emanada de un órgano de la Comunidad, como lo es el Parlamento, lo cual se ajusta al procedimiento de impugnación de disposiciones autonómicas previsto en el Título V de la LOTC. Es decir, lo recurrible es la forma jurídica de la propuesta de investidura como resolución parlamentaria. En la medida que necesariamente la propuesta de investidura debe formalizarse en una propuesta del presidente de la Cámara que se adopta mediante la forma normativa de “resolución”, por así exigirlo tanto el Estatuto de Autonomía como el Reglamento del Parlament, el acto político de propuesta de la investidura se convierte en acto jurídico susceptible de impugnación constitucional.

2. La investidura como acto necesariamente presencial y su debate y votación como acto personalísimo

El auto ofrece la que se puede considerar primera definición jurisprudencial de lo que ha de ser una investidura presencial y personalísima, al establecer las siguientes reglas:

a) No podrá celebrarse el debate y la votación de investidura del diputado don Carles Puigdemont i Casamajó como candidato a Presidente de la Generalidad a través de medios telemáticos ni por sustitución por otro parlamentario.

(b) No podrá procederse a la investidura del candidato sin la pertinente autorización judicial, aunque comparezca personalmente en la Cámara, si está vigente una orden judicial de busca y captura e ingreso en prisión.

(c) Los miembros de la Cámara sobre los que pese una orden judicial de busca y captura e ingreso en prisión no podrán delegar el voto en otros parlamentarios.

Con ello, el Tribunal excluye: debates de investidura por medios telemáticos; votaciones de investidura telemáticas, votaciones de investidura con posibilidad de sustitución de diputados; investiduras de candidatos sin autorización judicial si tienen vigente una orden judicial de busca y captura e ingreso en prisión; delegación del voto en otros parlamentarios por parte de quienes tengan una orden judicial de busca y captura e ingreso en prisión.

En primer lugar, la investidura es absolutamente indisociable de la presencia física del candidato. Es imposible investir a un can-

didato que no se encuentra presente, con su propia persona física, en el lugar donde se celebre la sesión plenaria. Por ello no es posible la utilización de medios telemáticos, porque ninguno de ellos, por mucho que pueda ser su sofisticación, puede suplir la presencia personal. La investidura está ligada a la sede parlamentaria, al edificio parlamentario en sentido estricto. No cabe el investido extraparlamentario que se sitúa fuera del Parlamento. Equivaldría tanto como a dar la confianza a una imagen o un holograma, sin certeza de que se corresponda con alguien existente o con la persona real, ya que también podría ser un doble, un usurpador, sin quedar excluidos numerosos riesgos respecto a las garantías de la comunicación, como hacking, intervención o interceptación del servidor o muestras de imágenes en diferido o manipuladas. Por obvias razones de seguridad jurídica, el investido tiene que dejarse ver en persona y mostrarse ante quienes han de otorgarle su confianza. Debe ser un acto de testificación personal.

En segundo lugar, en la investidura solo pueden votar quienes se encuentren presentes físicamente en el lugar de la sesión plenaria. La votación ha de ser personal y física, lo que excluye tanto las votaciones telemáticas de quienes no se encuentran en el salón de sesiones, como las votaciones por suplantación, ya sea por delegación o por sustitución. El artículo 95 del Reglamento del Parlament de Catalunya solo prevé el voto delegado para los casos de paternidad, maternidad, hospitalización, enfermedad grave o incapacidad prolongada debidamente acreditada. En consecuencia, el artículo 95 no resulta aplicable al caso que se plantea en el auto, puesto que la ausencia del candidato no lo era por ninguno de estos motivos. De nuevo, la ineludible fisicidad del acto es la justificación. Solo el que escucha directamente al candidato y lo ve en persona con sus propios ojos, compartiendo con él el mismo espacio de deliberación, puede conformar debidamente su opinión y emitir su voto de confianza o no.

En tercer lugar, quien pretenda ser futuro Presidente de un órgano de gobierno autonómico ha de disponer de libertad ambulatoria, no pueden pesar sobre él órdenes de busca y captura e ingreso en prisión. La cuestión resulta obvia. No se puede gobernar desde la prisión, ni tampoco a distancia estando huido del territorio donde se gobierna. Todo ejercicio de un cargo público, solo puede realizarse desde la libertad y desde la posesión de las plenas capacidades jurídicas. A la

vez, el gobierno de un territorio exige el contacto y la inmediatez con ese territorio y sus ciudadanos. Admitir gobiernos desterritorializados o extraterritoriales, desvinculados de la proximidad, es una entelequia jurídica y política, aparte de insostenible funcionalmente.

La STC 19/2019, objeto de otro comentario, vino a estimar el recurso planteado contra las resoluciones recurridas, confirmando la evidente naturaleza presencial y personalísima del acto de investidura. Asimismo, fue anulada posteriormente mediante el Tribunal en su Sentencia 45/2019, objeto también de otro comentario, la modificación de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 2/2018, de 8 de mayo, de modificación de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalitat y del Gobierno, precisamente para posibilitar la investidura no presencial, así como la celebración de reuniones a distancia del Consejo de Gobierno.

3. La excepcional urgencia como justificación de suspensiones acordadas antes de la admisión a trámite

Pues bien, y ésta es la segunda peculiaridad de este auto, el Tribunal, ante las dudas que planteaba la cuestión de la admisibilidad del acto impugnado, se ve obligado a dejar esta cuestión sin resolver a la espera de oír a las partes. Así, acuerda dar audiencia a las partes personadas y al Parlamento de Cataluña por plazo de diez días para que, con el objeto de conformar los elementos de juicio necesarios para pronunciarse sobre la admisibilidad de la impugnación, efectúen alegaciones en relación con la admisibilidad. Sin embargo, esta situación de pendencia respecto a la admisión no impide al Tribunal pronunciarse sobre la medida cautelar. Para ello, el Tribunal adopta una novedosa resolución, que invierte el orden lógico procesal, pues acuerda la medida cautelar de la suspensión antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la impugnación. Muchos juristas han criticado esta estructura del fallo que hace que la impugnación tenga efectos, a pesar de que ésta no se encuentra admitida a trámite.

Es cierto que acordar la suspensión ante tales impugnaciones al amparo del artículo 161.2 CE es un acto debido para el Tribunal, pero se debe entender que es debido siempre y cuando antes se haya admitido el recurso, puesto que la admisión a trámite es la puerta de entrada al resto de actuaciones procesales, no existiendo

fases de preadmisión en la regulación del proceso constitucional ni civil, de aplicación supletoria. Sin embargo, en este caso concurren circunstancias que, a juicio del Tribunal, justifican la alteración de este orden. La inmediatez de la fecha del pleno de investidura, la certeza de que la investidura no será presencial y los efectos quizá irreparables que se podrían producir de no adoptarse la suspensión –esto es, una investidura consumada sin vuelta atrás- condicionan la decisión del Tribunal y le llevan a disociar entre admisión a trámite y medidas cautelares, adoptando la posibilidad de acordar la adopción de tales medidas, como una solución rapidísima, al margen de la admisión.

Con ello, el Tribunal viene a establecer una nueva posibilidad de acordar medidas cautelares antes de la admisión del recurso si concurre lo que llama una “urgencia excepcional” que él mismo deberá apreciar: “El Tribunal entiende que puede decidir la suspensión de los actos o disposiciones recurridas antes de acordar la admisión a trámite de la impugnación si considera necesario adoptar esta medida con el fin de evitar que mientras se tome esta decisión la eficacia de los actos impugnados cause los daños que el Gobierno a través de la suspensión pretende evitar, dejando con ello vacía de contenido la prerrogativa que le reconoce el artículo 161.2 CE. Esto comporta que en estos procedimientos –impugnaciones del título V–, el Tribunal siempre que sea necesario posponer el pronunciamiento sobre la admisibilidad de la impugnación, pueda acordar, como sucede en este caso, por razones de urgencia excepcional, como medida cautelar, tras la ponderación de los distintos intereses en conflicto, la suspensión de aquellos efectos que se deriven de los actos impugnados que puedan causar daños de imposible o difícil reparación garantizando de este modo que si finalmente se decida la admisión de la impugnación quede preservada la prerrogativa del Gobierno” (FJ 4).

Ni en la LOTC ni en la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil encontramos esta posibilidad, que a partir de ahora deberemos considerar que modifica la interpretación del artículo 77 LOTC. En efecto, el artículo 77 LOTC se remite, en cuanto a la tramitación de las impugnaciones contra disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las comunidades autónomas, a los artículos 62 a 67 LOTC referidos al conflicto positivo de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas. Pues bien, con la nueva doctrina del auto se da un giro a

lo previsto en el artículo 64 que claramente parte de la distinción entre acuerdo del Tribunal de iniciación del conflicto (esto es, la admisión) y el acuerdo de suspensión de la disposición, que se debían producir por este orden.

Así, en el apartado uno de artículo 64 LOTC, se dice que “En el término de diez días, el Tribunal comunicará al Gobierno u órgano autonómico correspondiente la iniciación del conflicto, señalándose plazo, que en ningún caso será mayor de veinte días, para que aporte cuantos documentos y alegaciones considere convenientes”. Y en el apartado cuatro, diferencia entre notificación y publicación de la iniciación del conflicto que en todo caso debe producirse, y la del auto de acuerdo de suspensión: “Cuatro. El planteamiento del conflicto iniciado por el Gobierno y, en su caso, el auto del Tribunal por el que se acuerde la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto del conflicto serán notificados a los interesados y publicados en el correspondiente «Diario Oficial» por el propio Tribunal”.

Si, conforme a esta regulación, era en la providencia de admisión cuando se acordaba la suspensión de las disposiciones, a partir de ahora, si concurre esa “excepcional urgencia” y el Tribunal la aprecia, podremos encontrar resoluciones como el Auto 5/2018 que constituyen acuerdos autónomos sobre la medida de suspensión. En el Auto 6/2018, de 30 de enero, que resuelve el recurso interpuesto contra el anterior auto, el Tribunal justifica su decisión apelando al carácter automático que tiene la suspensión solicitada por el Gobierno al amparo del artículo 161.2 CE que el Tribunal ha de conceder pues tiene el carácter de “acto procesal debido”: “Resulta, por tanto, que la suspensión acordada por el ATC de 27 de enero de 2018 se ampara en el artículo 161.2 CE y, por ello, el Tribunal ha de acordarla si así lo solicita el Gobierno de Nación en su impugnación, como ha ocurrido en el presente caso”.

4. Del periculum in mora a la certeza. La protección “desde el principio”

La justificación de la adopción de las medidas requiere ser también analizada. Recuerda a la conocida doctrina del *periculum in mora* pero va más allá. El razonamiento se conoce: de no haberse adoptado tales medidas con esa rapidez, evitando la eficacia de las resoluciones impugnadas, se hubieran ocasionado daños de difícil o

imposible reparación que podían hacer perder al recurso o impugnación de su finalidad. Pero el auto introduce un matiz en la doctrina del *periculum*, a través del “argumento de la certeza” que curiosamente toma del escrito de impugnación del Gobierno, aunque aún no lo haya admitido a trámite. Según este argumento, la certeza de que la investidura no tendrá carácter presencial, debido a que la situación procesal del candidato propuesto es incompatible con su presencia en el parlamento y a que éste así lo ha declarado en público, justifica que se acuerde como medida cautelar suspender cualquier sesión de investidura que no sea presencial y que no cumpla las condiciones que se indican en las letras (a) a (c) del FJ 5.

Por tanto, el *periculum in mora* se transforma ahora en certeza. Sus requisitos se extreman ya que ahora para adoptar tales medidas cautelares antes de la admisión a trámite, no basta la mera expectativa de perjuicio, sino que se exige la certeza del mismo. El Tribunal justifica su decisión porque las medidas son de “adopción insoslayable” y, en la ponderación de los intereses en juego, tiene también en cuenta como criterio “la no malogración” de la prerrogativa del Gobierno de solicitar la inmediata suspensión de las resoluciones recurridas, que la norma fundamental le ha conferido para instar la inmediata preservación “desde un principio” de bienes e intereses de relieve constitucional, como se dice en el FJ 5. Nos interesa destacar este inciso “desde un principio” que casi pasa desapercibido en la lectura del auto, pero que resume perfectamente la *ratio decidendi* del Tribunal: para acordar la suspensión no hace falta esperar a la admisión a trámite cuando hay una certeza de la vulneración constitucional que se produciría en caso de no suspender. En tales casos, la suspensión se puede acordar desde el principio, porque el bien constitucional ha de ser protegido desde el principio.

5. La justicia preventiva frente al riesgo constitucional de actos aún no producidos

El caso que nos ocupa ofrece un interesante matiz respecto al ámbito de la justicia cautelar. Lo normal es que se suspendan actos individualizados ya producidos (por ejemplo, una sanción impuesta, una adjudicación de un contrato ya acordada, un nombramiento efectuado). En este caso, sin embargo, la suspensión tiene un ámbito

mucho más amplio por las siguientes razones. Primero, se suspende un acto aún no producido, sino a celebrar. En el momento de la impugnación (26 de enero de 2018), la sesión de investidura de don Carles Puigdemont i Casamajó era una mera previsión de celebración tal como se deduce de las dos resoluciones del presidente del Parlamento de Cataluña por la que se proponía la investidura del candidato y por la que se convoca la sesión plenaria con la inclusión de este punto en el orden del día. Es decir, no se espera a que efectivamente se produzca la investidura del candidato propuesto y entonces impugnarla y solicitar su suspensión, sino que se impugna y se recurre anticipadamente antes de su realización.

Segundo, la suspensión no va referida solo a un acto en particular, la sesión prevista para el 30 de enero, sino a la suspensión “de cualquier sesión de investidura que no sea presencial y que no cumpla las siguientes condiciones” (las establecidas en el punto 4), fórmula que evidentemente incluye la sesión del día 30 de enero pero también otras que se pudieran convocar en el futuro. Es más, en el apartado 5 se acuerda, de forma amplísima “Declarar radicalmente nulo y sin valor y efecto alguno cualquier acto, resolución, acuerdo o vía de hecho que contravenga las medidas cautelares adoptadas en la presente resolución”. Todo ello, equivale a reconocer una suspensión abierta pro futuro y en términos amplísimos en cuanto a su alcance, pues no es solo frente a sesiones de investiduras, sino también frente a cualquier acto, resolución, acuerdo o vía de hecho, como establece el apartado 5, advirtiendo además el apartado 7 a determinadas personas, entre ellas, el presidente del Parlamento y demás miembros de la Mesa de “su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir las medidas cautelares adoptadas” y “en particular, de que se abstengan de iniciar, tramitar, informar o dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias, acuerdo o actuación alguna que permita proceder a un debate de investidura de don Carles Puigdemont i Casamajó como candidato a la presidencia de la Generalitat que no respete las medidas cautelares adoptadas en la presente resolución, apercibiéndoles de las eventuales responsabilidades, incluida la penal, en las que pudieran incurrir en caso de no atender este requerimiento”.

Precisamente uno de los reproches expuestos por los recurrentes en el posterior Auto 6/2018, por el que se recurre el Auto

5/2018, fue que el Tribunal realizó una interpretación preventiva del Reglamento del Parlamento catalán, que excedía del ámbito de las medidas cautelares y que solo corresponde realizar al propio Parlamento. Con la finalidad de prevenir determinadas actuaciones futuras del Parlamento, el auto opta por limitar a priori su potestad de libre decisión de sus propios actos, pues anticipadamente se declaran nulos todos los que el Parlamento pueda adoptar en contra del Auto 5/2018 y se impone a los actores un deber negativo de no adoptarlos con imposición de sanciones.

En el Auto 6/2018 el Tribunal razona que no se ha dado tal interpretación preventiva del Reglamento parlamentario catalán, sobre la base de decir que solamente se está acordando la suspensión prevista en el artículo 161.2 CE a la vista de la evidencia de celebración de una investidura no presencial, pero ciertamente, el Auto 5/2018 plantea el debate de hasta qué punto se interfiere en la autonomía parlamentaria al establecer este tipo de nulidad preventiva o anticipada, lo que supone imponer al órgano parlamentario una determinada interpretación de sus normas y una limitación a su libertad de acción, si es que no quiere que se haga efectiva esa amenaza de nulidad y de sanción. Ciertamente, el Parlamento ha de ajustar siempre su actuación a la CE y sus normas reglamentarias, y esto es indiscutible, pero el control de dicha actuación siempre se ha considerado que es a posteriori, y no un control previo.

En este sentido, el auto que se comenta responde a una forma de justicia preventiva motivada por un elemento nuevo, la rapidez con la que van sucediendo los hechos en el proceso soberanista catalán. Las anulaciones preventivas sirven precautoriamente para evitar peligros y riesgos jurídicos. Una justicia reactiva frente al acto ya producido, llegaría tarde y resultaría inútil. De ahí la teoría de la protección “desde el principio” que adelanta en el tiempo la tutela judicial. En este marco preventivo, la herramienta de la suspensión se convierte en clave y adquiere una nueva función con implicaciones constitucionales altamente relevantes, pues se trata de frenar cada una de las tentativas anticonstitucionales del proceso catalán constituyente antes de que nazcan o sean irreversibles. El artículo 161.2 CE se convierte así en la nueva arma ejecutiva del Tribunal Constitucional para encauzar el proceso catalán dentro del marco constitucional.

De esta manera, el Gobierno, al recurrir al Tribunal Constitucional, le está atribuyendo responsabilidades que parece que van más allá de su estricto control legal de la constitucionalidad. En la imagen sugerida por Ely (1980), los jueces deberían aparecer actuando como *outsiders* o árbitros que controlan la regular aplicación de los procedimientos constitucionales, pero el árbitro solo debe intervenir si el juego se desarrolla de manera impropia, no para determinar cómo debe jugar cada equipo. Sin embargo, esta actuación arbitral solo sería factible en los denominados “momentos normales”, pero no en los denominados, por contraposición, “momentos constitucionales”, pues cuando las reglas del juego son las que están cambiando, es necesario que el árbitro deje paso a *We the People* (rememorando al pueblo norteamericano) para que hable directamente y decida las nuevas a reglas a aplicar.

En este nuevo modelo de defensa constitucional *in advance* pasan a tener un renovado protagonismo dos viejos instrumentos que ahora renuevan su arsenal y adquieren una insospechada fortaleza nunca antes conocida: los poderes de ejecución de las resoluciones del Tribunal y la adopción de las medidas cautelares. Con los primeros, el Tribunal impone la obligatoriedad de que se cumplan sus decisiones, penalizando y endureciendo aún más las consecuencias de los desacatos tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre.

Con las segundas, el Tribunal pasa a intervenir activamente y se convierte en un actor del proceso soberanista, teniendo la manifiesta capacidad de provocar una modificación de la realidad. Para algunos, sobrepasa su función de juzgar, para otros la amplía desde una nueva perspectiva. Las medidas cautelares le sirven al Tribunal para poner la venda antes que la herida como se suele decir. Ante el riesgo inminente de que la Constitución sea herida de muerte en sus pilares fundamentales, y dado lo vertiginoso de los acontecimientos, no da tiempo a esperar a que el Tribunal adopte la resolución final, sino que es necesario actuar ya. Ya no el riesgo, sino la “certeza” de que se produzca ese daño constitucional inminente, como nuevo parámetro constitucional de la medida cautelar, exige la reacción judicial instantánea que es la que se articula mediante la suspensión. En esa lucha por ver quién es más rápido, si los hechos

o la reacción paralizadora del Tribunal, la suspensión es mucho más que una medida cautelar, aunque así la hayamos conocido hasta ahora como uno de sus tipos. La suspensión lleva ahora en sí misma una resolución definitiva, nada cautelar, ya que lo que se consigue mediante la misma, y de forma totalmente eficaz, es directamente abortar el hecho potencialmente dañino, que nunca ya llega a nacer. No cabe imaginar que una resolución definitiva pueda tener más alcance que éste.

Ya no se trata, como en la suspensión clásica, de suspender hechos ya adoptados y cuyos efectos ya se están desplegando en la realidad, sino de evitar que el hecho en sí mismo pueda ser adoptado y llegue a existir. La suspensión supone así un arma del Tribunal para poder interferir en aquellos procedimientos cuyo resultado final se tenga la certeza que vaya a ser un acto vulnerador de la Constitución. Esta es la nueva justicia preventiva o anticipatoria del Tribunal, resumida en el más vale prevenir que curar, que consiste en la evitación de la producción del hecho. El caso presente es un ejemplo claro de ello. El Tribunal adopta una medida cautelar –la suspensión de la investidura– directamente sin oír a las partes y antes de pronunciarse sobre la dudosa admisibilidad de la impugnación de la disposición autonómica.

Esta nueva forma de justicia preventiva frente a situaciones hipotéticas ha sido la reacción del Tribunal ante los órdenes lanzados desde Cataluña, cuya máxima gravedad ha exigido al Tribunal desplegar un escudo protector de la Constitución incluso antes de que ésta pueda llegar a ser vulnerada. Aquí muere la teoría del acto definitivo o firme como presupuesto del recurso constitucional. Basta la certeza de que el acto pueda llegar a producirse para provocar la reacción preventiva del Tribunal.

III. CONCLUSIONES

Los retos lanzados por el Parlamento de Cataluña al orden constitucional han obligado al Tribunal Constitucional a adoptar una función de muro de contención del proceso político soberanista. En este caso, frente a la posibilidad inédita de una investidura a distancia. El hecho de que este proceso político se haya desarrollado de forma

jurídica a través de resoluciones parlamentarias ha permitido de momento el control de su constitucionalidad. Para ello, el Tribunal Constitucional ha evolucionado de un concepto de justicia clásica reactiva a una justicia preventiva, anticipatoria de los riesgos, que para algunos se mueve en los límites del respeto a la autonomía del órgano parlamentario. La sucesión de sentencias y resoluciones del Tribunal sobre el *procés* demuestran que, por ahora, los golpes se han podido ir parando, pero llegará el “momento constitucional” al que se refiere Ackerman (1991) en que la decisión no corresponda al Tribunal, sino a los ciudadanos, *We the People*.

La nueva actitud del Tribunal cuenta con opiniones a favor y en contra. Las tesis en contra de estos nuevos poderes del Tribunal, cuestionan esta justicia prematura frente a actos no nacidos que ni siquiera tienen entidad para ser enjuiciados, por mucho que su inconstitucionalidad sea hartamente patente. Dicen que el Tribunal Constitucional tiene sus funciones atribuidas, pero éstas siempre han de ir referidas a cuestiones jurídicas y no políticas, lo cual significa que no tiene competencia para intervenir en procesos de decisión política, por mucho que estos sean patentemente vulneradores de la esencia de la Constitución. Las tesis a favor opinan que no debe subestimarse que, en todo caso, estamos ante un esfuerzo hercúleo del Tribunal por frenar un reto soberanista a pesar de que éste claramente le sobrepasa y no lo puede hacer frente con los viejos remedios de antes, a no ser que estos se refuercen del modo en que lo está haciendo, que queda así justificado.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B. (1991) *We the People: Foundations*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J.M. (2018). El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, pp. 133-166.
- ELY, J.H. (1980). *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- GARGARELLA, R. (2012). *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

ROIG MOLÉS, E. y NIEVA FENOLL, J. (2017). El Tribunal Constitucional y sus nuevas, e insólitas, facultades de ejecución: un duro golpe a su autorictas. *Diario La Ley*, 8892.