



REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

Incluye, con motivo del próximo 150 aniversario de la I República, discurso pronunciado por José Echegaray en el Congreso de los Diputados (Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional número 19). (Se acompaña del comentario de Alejandro Nieto García, extraído del libro *La Primera República Española*)

nº 112

Primer semestre 2022

REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

Los contenidos de la Revista de las Cortes Generales están disponibles en acceso abierto en <http://revista.cortesgenerales.es>

El Congreso de los Diputados no se identifica necesariamente con los contenidos y las opiniones sostenidas en esta publicación, sino que éstos recaen única y exclusivamente en los autores.

SUSCRIPCIONES:

Congreso de los Diputados

Secretaría General. Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones, (Departamento de Publicaciones)

Floridablanca, s/n – 28071 Madrid

Teléf.: 91 390 68 21 – Fax: 91 429 27 89

E-mail: dpto.publicaciones@congreso.es

PRECIOS AÑO 2022 (SIN IVA)

Suscripción anual en papel (2 núms.)	Número suelto en papel
50 €	30 €

© Publicaciones del Congreso de los Diputados

Depósito legal: M-11.707-1984

ISSN: 0213-0130

ISSNe: 2659-9678

DOI: <https://doi.org/10.33426/rcg/2022/112>

Impreso en Advantia Comunicación Gráfica, S.A.

REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

CONSEJO EDITORIAL

Presidenta:

Meritxell Batet Lamaña

Vicepresidente:

Ander Gil García

Consejo de Honor:

Juan José Laborda Martín
Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde
Juan Ignacio Barrero Valverde
Esperanza Aguirre Gil de Biedma
Luisa Fernanda Rudi Úbeda
Francisco Javier Rojo García
José Bono Martínez
Jesús María Posada Moreno
Pío García-Escudero Márquez
Patxi López Álvarez
Ana María Pastor Julián
Manuel Cruz Rodríguez
María Pilar Llop Cuenca

Consejo Asesor:

Manuel Alba Navarro <i>Cortes Generales</i>	Paloma Biglino Campos <i>Universidad de Valladolid</i>
Ricardo Alonso García <i>Universidad Complutense de Madrid</i>	Roberto Luis Blanco Valdés <i>Universidad de Santiago de Compostela</i>
José Álvarez Junco <i>Universidad Complutense de Madrid</i>	Gregorio Cámara Villar <i>Universidad de Granada</i>
Óscar Alzaga Villaamil <i>UNED</i>	Victoria Camps Cervera <i>Consejo de Estado / Universidad Autónoma de Barcelona</i>
Manuel Aragón Reyes <i>Universidad Autónoma de Madrid</i>	Raúl Leopoldo Canosa Usera <i>Universidad Complutense de Madrid</i>
José Manuel M. Araújo <i>Assembleia da República</i>	Ana María Carmona Contreras <i>Universidad de Sevilla</i>
Alberto Arce Janáriz <i>Junta General del Principado de Asturias</i>	Marc Carrillo López <i>Universitat Pompeu Fabra</i>
Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa <i>Cortes Generales</i>	Manuel Caveró Gómez <i>Cortes Generales</i>
Francisco José Bastida Freijedo <i>Universidad de Oviedo</i>	Luis María Cazorla Prieto <i>Cortes Generales / Universidad Rey Juan Carlos</i>

Ricardo Chueca Rodríguez
Universidad de La Rioja

Adela Cortina Orts
Universidad de Valencia

Pedro Cruz Villalón
Universidad Autónoma de Madrid

Alberto Dalla Vía
Cámara Nacional Electoral de la República Argentina

Francesc de Carreras Serra
Universidad Autónoma de Barcelona

Jorge de Esteban Alonso
Universidad Complutense de Madrid

Carmen de Grado Sanz
Registro Mercantil de Madrid

Antonio del Moral García
Tribunal Supremo

Irene Delgado Sotillos
UNED

Alfonso D'Oliveira Martins
Universidad Lusíada

Ascensión Elvira Perales
Universidad Carlos III de Madrid

Tomás Ramón Fernández Rodríguez
Universidad Complutense de Madrid

Francisco Fernández Segado
Universidad Complutense de Madrid

Manuel Fernández-Fontecha Torres
Cortes Generales

Alfonso Fernández-Miranda Campoamor
Universidad Complutense de Madrid

Teresa Freixes Sanjuán
Universidad Autónoma de Barcelona

Juan Pablo Fusi Aizpurúa
Universidad Complutense de Madrid

Javier García Fernández
Universidad Complutense de Madrid

Francisco Javier García Roca
Universidad Complutense de Madrid

Piedad García-Escudero Márquez
Cortes Generales / Universidad Complutense de Madrid

Yolanda Gómez Sánchez
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / UNED

Alfonso Guerra González
Diputado constituyente

Carlos Gutiérrez Vicén
Cortes Generales

Blanca Hernández Oliver
Cortes Generales / Universidad Pontificia Comillas

Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos
Consejo de Estado

Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón
Ponente constitucional / Consejo de Estado

César Landa Arroyo
Pontificia Universidad Católica del Perú

Miguel Landeros Perik
Cámara de Diputados de Chile

Francisco Javier Laporta San Miguel
Universidad Autónoma de Madrid

Juan José Lavilla Rubira
Cortes Generales / Universidad Complutense de Madrid

Diego López Garrido
Cortes Generales / Universidad de Castilla-La Mancha

Luis López Guerra
Universidad Carlos III de Madrid

Araceli Mangas Martín
Universidad Complutense de Madrid

Miguel Martínez Cuadrado
Universidad Complutense de Madrid

José Pedro Montero Gómez
Cámara de Senadores de Uruguay

José Antonio Moreno Ara
Cortes Generales

Humberto Nogueira Alcalá
Universidad de Talca

Benigno Pendás García
*Real Academia de las Ciencias Morales y
Políticas / Cortes Generales / Universidad
CEU San Pablo*

Juan José Pérez Dobón
Cortes Generales

Elisa Pérez Vera
Consejo de Estado / UNED

Nicolás Pérez-Serrano y Jáuregui
Cortes Generales

Manuel Pulido Quecedo
*Parlamento de Navarra / Universidad de
Navarra*

Artemi Vicente Rallo Lombarte
Universidad Jaume I

Emilio Andrés Recoder de Casso
Cortes Generales

Fernando Rey Martínez
Universidad de Valladolid

María Rosa Ripollés Serrano
*Cortes Generales / Universidad
Complutense de Madrid*

Miquel Roca i Junyent
Ponente constitucional

Roberto Romboli
Università di Pisa

Fernando Sainz Moreno
*Cortes Generales / Universidad
Complutense de Madrid*

Ángel José Sánchez Navarro
Universidad Complutense de Madrid

Juan Alfonso Santamaría Pastor
*Cortes Generales / Universidad
Complutense de Madrid*

Mercedes Senén Hernández
Cortes Generales

José Manuel Serrano Alberca
Cortes Generales

Juan José Solozabal Echevarría
Universidad Autónoma de Madrid

Antonio Torres del Moral
UNED

José Andrés Torres Mora
Universidad Complutense de Madrid

Diego Valadés Ríos
Universidad Nacional Autónoma de México

Fernando Vallespín Oña
Universidad Autónoma de Madrid

Carlos José Vidal Prado
UNED

EQUIPO EDITORIAL

Consejo de Redacción:

Elviro Aranda Álvarez (*Universidad Carlos III de Madrid*), Eugenio de Santos Canalejo (*Cortes Generales*), Laura Díez Herrero (*Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación [Ministerio de Hacienda] / Cortes de Castilla y León*), Pablo García Mexía (*Cortes Generales / Universidad Autónoma de Madrid*), Esther González Hernández (*Universidad Rey Juan Carlos*), Sylvia Martí Sánchez (*Cortes Generales / Universidad Francisco de Vitoria*), Paloma Martínez Santa María (*Cortes Generales*), Fabio Antonio Pascua Mateo (*Cortes Generales/Universidad Complutense de Madrid*), Pedro José Peña Jiménez (*Cortes Generales*), Tatiana Recoder Vallina (*Asamblea de Madrid / Universidad Carlos III de Madrid*), José Tudela Aranda (*Cortes de Aragón / Universidad de Zaragoza*).

Director:

Carlos Gutiérrez Vicén
*Letrado Mayor de las Cortes Generales
y Secretario General del Congreso de los
Diputados*

Subdirector:

Manuel Caveró Gómez
*Letrado Mayor-Secretario General del
Senado*

Director de Redacción:

Alfonso Cuenca Miranda.
*Director de Estudios, Análisis y
Publicaciones del Congreso de los
Diputados*

Secretaría Técnico-Administrativa:

Departamento de Publicaciones No Oficiales
Servicios Administrativos de la Dirección de Estudios,
Análisis y Publicaciones
(revistacortes@congreso.es)

ÍNDICE

I. CLÁSICOS DE LA DEMOCRACIA

- Discurso pronunciado por José Echegaray en la Asamblea Nacional el 8 de marzo de 1873 (Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional número 19).*
(Se acompaña comentario de Alejandro Nieto extraído de su libro La Primera República Española) 19
JOSÉ MARÍA WALDO ECHEGARAY Y EIZAGUIRRE

II. ARTÍCULOS

- Innovaciones democráticas y la amenaza del tecnopopulismo* 45
CRISTINA LAFONT
- El juramento de la Princesa Doña Leonor de Borbón y Ortiz: aspectos constitucionales y parlamentarios (algunas reflexiones al hilo del discurso de Luis María Cazorla Prieto)* 63
JOSÉ MARÍA CODES CALATRAVA
- «Sometidos únicamente al imperio de la ley»: una indagación sobre la función judicial* 89
MANUEL FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES
- La elección de la Presidencia del Parlamento en la España contemporánea (1810-2021)* 173
MIKEL URQUIJO GOITIA
- El reparto del poder legislativo. El caso portugués* 211
ANA VARGAS
CLÁUDIA RIBEIRO
- ¿Investidura por carambola? El elemento territorial de los sistemas electorales autonómicos y la designación de presidentes* 249
ENRIQUE ORTEA GARCÍA

<i>Una aproximación de Derecho Comparado a la regulación de las plataformas de redes sociales</i>	287
VICENTE MORET MILLÁS IGNACIO SÁNCHEZ GIL	
<i>La España del liberal José María Blanco White en The Quaterly Review Magazine y en The British Encyclopedia</i>	317
SANTIAGO DELGADO FERNÁNDEZ	
III. RECENSIONES Y SEMBLANZAS	
<i>ZAFRA VÍCTOR, M. (2021). Manuel Azaña. República antes que democracia. Más razones que votos. Madrid: CEPC</i>	351
JUAN F. LÓPEZ AGUILAR	
<i>Normatividad y legitimidad de la Constitución de la II República: a propósito de OLIVER ARAUJO, J. y RUIZ ROBLEDÓ, A. (dirs.). (2021). Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario. Madrid: CEPC</i>	365
JAVIER TAJADURA TEJADA	
<i>ALONSO GARCÍA, R. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. (2022). El sistema europeo de fuentes. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo</i>	383
ROBERTO GONZÁLEZ DE ZÁRATE LORENTE	
<i>BOIX PALOP, A. y CASTELLANOS CLARAMUNT, J. (coords.). (2021). Transparencia y Comunidades Autónomas: una perspectiva multinivel. Valencia: Tirant Lo Blanch</i>	393
NOEL ARMAS CASTILLA	
<i>PAOLI BOLIO, F. J. (2021). La utopía del Estado constitucional. Ciudad de México: Editorial Porrúa</i>	401
MANUEL GONZALO	
<i>In memoriam. Javier Ballarín, amigo de la Constitución</i>	417
BENIGNO PENDÁS	

IV. INFORMES Y JURISPRUDENCIA PARLAMENTARIA COMENTADA

- Nota sobre la conformidad a Derecho del Acuerdo adoptado por la Mesa del Senado en su reunión del día 17 de marzo de 2020, relativo a la limitación de la convocatoria de sesiones del Pleno y de las comisiones del Senado durante el estado de alarma* 423

SECRETARÍA GENERAL DEL SENADO

- Criterio de equiparación o representatividad en la regulación del Grupo Parlamentario Mixto. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2022, de 11 de marzo. Recurso de amparo núm. 4885-2020. (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022)* 437

RAQUEL MARAÑÓN GÓMEZ

- Elección de la Mesa o la cuadratura del círculo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2022, de 9 de marzo. Recurso de amparo núm. 4409-2019. (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022)* 453

MARÍA GARROTE DE MARCOS

- El deber de cumplir los pronunciamientos del Tribunal Constitucional por las Mesas del Parlamento en sus facultades de calificación de las iniciativas parlamentarias. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2022, de 23 de febrero. Recurso de amparo núm. 4427-2020. (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2022)* 473

TATIANA RECODER VALLINA

- La suspensión del cargo parlamentario por aplicación del artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 171/2021, de 7 de octubre. Recurso de amparo núm. 5382/2019. (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021)* 483

PALOMA MARTÍNEZ SANTA MARÍA

<i>La utilización de las salas del Congreso de los Diputados, ¿un derecho de los parlamentarios? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 137/2021, de 29 de junio. Recurso de amparo núm. 202-2019. (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021)</i>	513
ANDREA GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS	
<i>El papel del Senado y los límites a la regulación por decreto-ley en el proceso de designación del Consejo de Administración de la Corporación de Radio y Televisión Española y de su presidente como parte del control parlamentario de los medios de comunicación públicos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/2021, de 24 de junio. Recurso de inconstitucionalidad 3883-2018. (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021)</i>	527
MARÍA TERESA GONZÁLEZ ESCUDERO	
Instrucciones para los autores (español)	547
Instrucciones para los autores (inglés)	555
Listado de colaboradores	563

INDEX

I. CLASSICS OF DEMOCRACY

- Speech by José Echegaray in the National Assembly on
8 March 1873 (Journal of Sessions of the National
Assembly number 19).*
(Accompanied by a commentary by Alejandro Nieto
from his book *La Primera República Española*) 19
JOSÉ MARÍA WALDO ECHEGARAY Y EIZAGUIRRE

II. ARTICLES

- Democratic innovations and the threat of technopopu-
lism* 45
CRISTINA LAFONT
- The oath of Princess Leonor de Borbón y Ortiz: constitu-
tional and parliamentary aspects (*some reflections on
the speech of Luis María Cazorla Prieto*) 63
JOSÉ MARÍA CODES CALATRAVA
- “Subject solely to the rule of law”: an enquiry into the
judicial function* 89
MANUEL FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES
- The designation of the parliamentary Presidency in con-
temporary Spain (1810-2021)* 173
MIKEL URQUIJO GOITIA
- The separation of the legislative power. The Portuguese
case* 211
ANA VARGAS
CLÁUDIA RIBEIRO
- Investiture by chance? The territorial element of the re-
gional electoral systems and the nomination of presi-
dents* 249
ENRIQUE ORTEA GARCÍA

<i>A Comparative Law approach to the regulation of social networking platforms</i>	287
VICENTE MORET MILLÁS IGNACIO SÁNCHEZ GIL	
<i>The Spain of liberal José María Blanco White in The Quarterly Review Magazine and in The British Encyclopedia</i>	317
SANTIAGO DELGADO FERNÁNDEZ	
III. REVIEWS AND BRIEF BIOGRAPHIES	
<i>ZAFRA VÍCTOR, M. (2021). Manuel Azaña. República antes que Democracia. Más razones que votos. Madrid: CEPC</i>	351
JUAN F. LÓPEZ AGUILAR	
<i>Normatividad y legitimidad de la Constitución de la II República: a propósito de OLIVERARAUJO, J. y RUIZ ROBLEDO, A. (dirs.). (2021). Comentarios a la Constitución española de 1931 en su 90 aniversario. Madrid: CEPC</i>	365
JAVIER TAJADURA TEJADA	
<i>ALONSO GARCÍA, R. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. (2022). El sistema europeo de fuentes. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo</i>	383
ROBERTO GONZÁLEZ DE ZÁRATE LORENTE	
<i>BOIX PALOP, A. y CASTELLANOS CLARAMUNT, J. (coords.). (2021). Transparencia y Comunidades Autónomas: una perspectiva multinivel. Valencia: Tirant Lo Blanch</i>	393
NOEL ARMAS CASTILLA	
<i>PAOLI BOLIO, F. J. (2021). La utopía del Estado constitucional. Ciudad de México: Editorial Porrúa</i>	401
MANUEL GONZALO	
<i>In memoriam. Javier Ballarín, amigo de la Constitución</i>	417
BENIGNO PENDÁS	

IV. REPORTS AND PARLIAMENTARY CASE LAW WITH COMMENTARIES

Note on the legality of the Agreement adopted by the Bureau of the Senate, at its meeting on 17 March 2020, on the limitation of the convening of Senate Plenary sessions and committee meetings during the state of alarm 423

SECRETARÍA GENERAL DEL SENADO

Criterion of equality or representativeness in the regulation of the Mixed Parliamentary Group. Commentary on Constitutional Court Judgment 38/2022, of March 11. Concerning the Appeal for legal protection num. 4885-2020. (BOE num. 84, of April 8, 2022) 437

RAQUEL MARAÑÓN GÓMEZ

The election of the Bureau or the squaring of the circle. Commentary on Constitutional Court Judgment 35/2022, of March 9. Concerning the Appeal for legal protection num. 4409-2019. (BOE num. 84, of April 8, 2022) 453

MARÍA GARROTE DE MARCOS

The duty to comply with the pronouncements of the Constitutional Court by the Bureau of Parliament in their powers of qualification of parliamentary initiatives. Commentary on Constitutional Court Judgment 24/2022, of February 23. Concerning the Appeal for legal protection num. 4427-2020. (BOE num. 72, of February 25, 2022) 473

TATIANA RECODER VALLINA

The suspension of the Parliamentary position by application of article 384 bis of the Law of Criminal Procedure. Commentary on Constitutional Court Judgment 171/2021, of October 7. Concerning the Appeal for legal protection num. 5382/2019. (BOE num. 268, of November 9, 2021) 483

PALOMA MARTÍNEZ SANTA MARÍA

<i>The use of the rooms of the Congress of Deputies, a right of the members of Parliament? Commentary on Constitutional Court Judgment 137/2021, of June 29. Concerning the Appeal for legal protection num. 202-2019. (BOE num. 182 of July 31, 2021)</i>	513
ANDREA GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS	
<i>The role of the Senate and the limits to the regulation by decree-law in the process of designation of the management board of the Spanish Broadcasting Corporation and its president as a part of the Parliamentary control on social communications media. Commentary on Constitutional Court Judgment 134/2021, of June 24. Concerning Appeal of unconstitutionality num. 3883-2018. (BOE num. 182, of July 31, 2021)</i>	527
MARÍA TERESA GONZÁLEZ ESCUDERO	
Instructions for the authors (Spanish)	547
Instructions for the authors (English)	555
List of collaborators	563

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES

I

Clásicos de la democracia
Classics of Democracy

DISCURSO PRONUNCIADO POR JOSÉ ECHEGARAY EN
LA ASAMBLEA NACIONAL EL 8 DE MARZO DE 1873
(DIARIO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL
NÚMERO 19)
(SE ACOMPAÑA COMENTARIO DE ALEJANDRO NIETO
EXTRAÍDO DE SU LIBRO *LA PRIMERA REPÚBLICA
ESPAÑOLA*)

SPEECH BY JOSÉ ECHEGARAY IN THE NATIONAL ASSEMBLY
ON 8 MARCH 1873 (JOURNAL OF SESSIONS OF THE NATIONAL
ASSEMBLY NUMBER 19)
(ACCOMPANIED BY A COMMENTARY BY ALEJANDRO NIETO
FROM HIS BOOK *LA PRIMERA REPÚBLICA ESPAÑOLA*)

José María WALDO ECHEGARAY Y EIZAGUIRRE
Diputado de la I República española
Premio Nobel de Literatura
(Madrid 1832 – 1916)

El Sr. **ECHEGARAY** (D. José):

[...]

*Cayó, señores, la Monarquía democrática. No diré por qué
cayó: es un hecho: quizá fue por la fuerza lógica de las ideas, quizá
por la fuerza histórica de los tiempos, tal vez por el encono de los
partidos; y habiendo desaparecido la Monarquía, dos caminos se
nos presentaban. Roto el Poder legislativo, roto el Poder ejecutivo, el
Senado y el Congreso, por un esfuerzo supremo y por una acción, por
decirlo así, instintiva, se reunieron; ambos recogieron los pedazos de
ese poder, y se proclamaron en Asamblea soberana, única legalidad
que quedaba entonces en pie en nuestra Patria. Dos caminos, repito,
podían seguirse: o bien el camino verdaderamente constitucional,
o el camino por decirlo así, revolucionario, revolucionario en el*

sentido de la idea. Pudo el partido radical seguir el primero; pudo proclamar un Gobierno interino, y ajustarse enteramente al molde constitucional; no lo hizo, creyó que no debía hacerlo; se inspiró a su entender en sentimientos más levantados; se inspiró en más alta política; comprendió que había concluido la Monarquía democrática, que de derecho debía proclamarse la República, y lealmente se puso al lado de la República, y lealmente está hoy al lado de la República también.

[...]

En el partido republicano, el partido radical encontraba o creía encontrar (yo no quiero pronunciar palabras que a nadie hieran), encontraba, digo, dos elementos distintos; los hombres de pensamiento, los hombres de ideas filosóficas y políticas que habían defendido la República federal, y las grandes masas que seguían a esos hombres; y buscando en los hombres de pensamiento y de doctrine lo quo era la República federal, no la encontraba bien definida; no encontraba algo que tranquilizara su conciencia, que tranquilizara su pensamiento; y buscando la definición de la República federal en Jas masas, aun eran mayores sus temores. Yo creo que el temor es fundado; pero no discuto sobre esto; no hago más que consignar el hecho.

¿Cuál es la República federal de los hombres de pensamiento, en suma, de vosotros todos? Declaro humildemente que no lo sé. Yo he consultado con algunos de vosotros; yo les he pedido su idea, su definición; y no solo yo, sino todos mis compañeros, porque todos comprendíamos que era necesario, no una coalición (las coaliciones se rompen al empuje de los intereses), sino una verdadera fusión, si no completa, al menos relativa a ciertos principios generales. Nosotros hemos pedido a los hombres del partido republicano una, dos y tres veces, con ansia, con verdadera ansia, una doctrina, un programa, una idea, algo común en que pudiéramos fundirnos y marchar ciertamente a la solución de este gran problema, sin prejuzgar detalles, sin prejuzgar la organización interna, que esa queda a cargo de las Cortes Constituyentes, y no lo hemos conseguido, no lo hemos podido conseguir ¿Por qué? Yo creo que es porque no existe esa idea bien

definida; porque no tenéis una República federal, porque no sabéis lo quo es vuestra República.

¿Y existe por ventura en las masas la idea que no existe en vosotros? No. No seré yo el que dirija a las masas acusaciones que no fueran justas. En otro tiempo yo les he dirigido palabras de amigo, cuando creía que la reacción pudiera venir sobre el pueblo; pero hoy que son poderosas, les he de hablar el lenguaje de la severa verdad. Sé que en las grandes masas del pueblo está la fuerza, la savia, el jugo de las sociedades; que esas masas son, por decirlo así, la sublime cantera en donde el cincel revolucionario labra las figuras históricas; sé bien esto; pero sé también que en esas masas hay más pasiones, más intereses, más apetitos que sentimientos e ideas. Y buscando en las masas de los intransigentes lo que es la República federal, preguntando con mi inteligencia la inteligencia de esos hombres, no encontré idea clara, ni siquiera aproximada, ni siquiera el sentimiento, el instinto de lo que la República federal pueda ser. Para los intransigentes, la República federal es la realización de sus deseos; es quizás el consuelo de sus dolores, que dolores y grandes dolores sufren las clases populares, yo no lo niego; es la satisfacción de sus apetitos, y ¡por qué no decirlo! es a veces también la satisfacción de sus odios, de sus pasiones y de sus vicios; eso no lo dije en tiempo de la Monarquía; hoy lo digo en presencia de las masas. Para las masas intransigentes, descendiendo a detalles, la República federal no es ni siquiera un sentimiento, ni siquiera el instinto de algo noble y práctico; instinto y sentimiento digo, porque yo bien sé que en las masas no hay que buscar ideas filosóficas, pero quiero ver al menos en ellas el germen de reformas políticas, y yo no veo hoy en las masas ningún instinto salvador respecto a la idea de la República federal: para ellas la Republica federal es aquí un cortijo que se divide, un monte que se reparte; allá un minimun de los salarios ; más lejos los colonos convertidos en propietarios; es quizás en otra provincia un ariete que abre brecha en las fuerzas legales para que el contrabando pase; el pobre contra el rico, el reparto de la propiedad, el contribuyente contra el Fisco; todos estos pequeños detalles, todos estos intereses del momento, todas estas utopías socialistas, profundos dolores, o grandes necesidades, ardientes apetitos constituyen la esencia de la

República en el pueblo, pero nunca hallaréis una idea salvadora, un germen de progreso para la sociedad.

Y bien, señores, esto encierra, yo no lo niego, no lo desconozco, grandes problemas sociales; grandes problemas, algunos de los que habrán de resolverse; grandes problemas, que habrán por lo menos de plantearse en las próximas Cortes Constituyentes, porque esas Cortes Constituyentes han de reunirse, no lo dudéis; pero todos esos grandes problemas con tanta violencia y tanta exageración planteados, vienen a herir grandes intereses, a alarmar grandes derechos, a revolver con grito de odio y de guerra, el fondo tormentoso de nuestra sociedad.

Dada esta situación, el partido radical, señores, tiene deberes que cumplir; oíd cuáles son estos deberes, cuáles son las fuerzas que, por decirlo así, representa; los cuáles eran las fuerzas que dentro del Gabinete de conciliación se oponían a las fuerzas que representaban los Ministros que procedían del antiguo partido republicano. Por la fuerza de los acontecimientos, porque los movimientos políticos así lo quieren, porque los partidos militantes no van a donde ellos quieren ir, sino que quedan allí donde los acontecimientos políticos los colocan, el partido radical, que dentro de la Monarquía democrática había sido el partido más avanzado posible, viene en este instante, por la fuerza de las cosas, quizá transitoriamente, no prejuzgo esta cuestión, viene, digo, a representar, en cierto modo a defender, yo no lo desconozco, intereses conservadores; pero puesto que ha acompañado en su camino a la Monarquía democrática hasta la catástrofe; puesto que no ha podido, o no ha querido, o no ha sabido salvarla, no lo discuto en este instante, la historia nos juzgará a todos, tiene también grandes deberes que cumplir; y puesto que ha traído, repito, a la sociedad española a este trance, deber es no abandonarla hoy cobardemente a la ruina y al caos. (Aprobación; bien, bien.)

Y en este sentido, dentro de la idea republicana representa el partido radical la defensa de grandes unidades, algunas de las que voy a someter a vuestra consideración. Representa y defiende ante todo una gran unidad que vosotros no negaréis; yo sé que en el fondo de vuestra conciencia existe el amor de la Patria; pero no hay que desconocer los hechos, no hay que desconocer las tendencias, no hay que desconocer los temores del partido radical, y de muchos con él, y de muchas fuerzas que en este instante representa, y de todos los

partidos conservadores que están detrás del partido radical: todos ellos creen que peligra en este instante una gran unidad, la unidad de la Patria; la unidad de la Patria, señores, que existe en el fondo de todas las conciencias, la España una, a la cual todos amamos; esa España que se ha fabricado en siete siglos con los pedazos rotos de la invasión agarena, por el esfuerzo de tantos héroes, por la sangre de tantos mártires. Es preciso, señores, afirmar esta unidad, afirmarla de una manera indudable, de suerte que nadie pueda abrigar temor de que llegue a romperse, que nadie pueda sospechar que hay el más remoto peligro de que nuestra España se rompa en pedazos, porque ¡ah señores! que si este temor llegara a ser fundado, ¿sabéis lo que habríamos hecho todos nosotros? Pues habríamos entregado una bandera que hoy no tiene el partido carlista, y el partido carlista diría que luchaba por la unidad de España, y que los partidos liberales luchaban por el despedazamiento de la Patria. (Sensación.)

Yo sé que esto no lo queréis; yo reconozco vuestro patriotismo, pero a veces se hace lo que no se quiere, y por el camino que seguíis vais con vuestros Estados federales, y vuestros cantones, y vuestros delirios a poner a nuestra España en trance de perdición, y vais quizá entre ciertas gentes a hacer simpático el carlismo, ¡obra tristísima, y obra funesta para la libertad y para la República!

¡La Monarquía absoluta proclamando la unidad nacional; la República la desmembración del país!

Otra gran unidad necesita defender nuestro partido; la unidad del ejército. El ejército, señores, en las sociedades modernas, no hay que desconocerlo, el ejército, repito, en las sociedades modernas es la gran fuerza de cohesión, fuerza material, fuerza bruta, todo lo que queráis, pero fuerza necesaria al cabo, porque cada tiempo, cada época, tiene sus necesidades y su manera de ser. Así, cuando existían en la Edad Media la fe católica y el sentimiento monárquico en toda su plenitud la unidad de la Monarquía y la unidad de la religión, esas grandes unidades constituían la trabazón, constituían la cohesión, por decirlo así, de aquella sociedad. Por exceso de estas fuerzas había también entonces grandes perturbaciones, grandes luchas, y se derramaba mucha sangre en aquellas guerras de Nación a Nación, dictadas solo por el interés de los Reyes y de las Monarquías o por la política de la Iglesia, que toda gran fuerza se desborda, y

del desequilibrio social nace la perturbación; pero, aunque por su excesiva expansión eran fuerzas perturbadoras, por su esencia eran fuerzas que mantenían en sus órbitas todos los elementos sociales.

Mas en estos tiempos modernos en que las ideas tienen tanta expansión y tanta fuerza centrífuga, en que por la ley del progreso es necesario que tengan esa fuerza y esa expansión, las perturbaciones vienen en sentido contrario de la explosión de las ideas; y es necesario, como elemento disciplinario de la sociedad, como elemento de fuerza y de cohesión, ya que no hay, ya que no han llegado, aunque llegarán otros elementos morales, es necesario, repito, el ejército, y sobre todo en los pueblos de la raza latina; y el partido radical necesita defender al ejército y que se le den garantías, y que se le demuestre y se le haga ver que no se ha de quebrantar la integridad de la unidad del ejército, prenda de todo orden social, como prenda de la unidad de la Patria.

Otra unidad más que es necesario defender es la unidad de la Hacienda, y la unidad de la Hacienda en dos conceptos: primero, con respecto a todos los contratos anteriores, a todos los compromisos en que la Nación española, una, ha estampado su firma, y además en cuanto a los principios financieros generales.

Como veis, voy examinando con rapidez, porque no quiero molestar vuestra atención, estos grandes puntos de vista, estas grandes unidades que constituyen hoy, no diré el programa, pero sí el deber del partido radical.

Hay además la unidad de la justicia, que no es ni debéis confundir con la absoluta identidad de legislación; que es, sí, el derecho civil y criminal fino, ejercido y garantizado por la unidad de la Nación; es la garantía para todo ciudadano de que España le protege en su derecho, en sus propiedades, en su persona contra todos, y contra todo, sean ciudadanos, o cantones, o Estados federales los que le ataquen en su derecho y en su personalidad.

Después de esto hay la grande unidad que he de llamar unidad legislativa, y he de señalar no sé cómo, pero que es en suma la unidad española como fuerza suprema para realizar todo progreso contra la ignorancia, el atraso, la pasión o la torpe resistencia de todos o de muchos. Me explicaré: ¿Cómo triunfan las ideas en las sociedades modernas? Abriéndose paso hasta el Poder legislativo. Para esto

es necesario que cuando un progreso, cuando una idea, una nueva reforma se abra camino hasta las Cámaras supremas, tengan éstas fuerza para imponerse en todos los ámbitos de nuestra nacionalidad; y para ello se precisa que no haya poderes subalternos, Estados interiores que se opongan a esa reforma proclamada por la justicia y por la razón, porque sin esto no hubieran podido llegar, como han llegado, los derechos individuales; porque sin esto no podrían haberse afirmado, como se han afirmado, para todos los españoles estos sacratísimos derechos. Y oíd: de esta suerte la concentración de la fuerza legislativa, la afirmación de estas unidades vienen a dar ventajas al derecho, no a grandes colectividades, no a los cantones y Estados federales, sino al individuo, verdadero elemento de la federación libre en la época moderna. Porque es lo cierto que, admitiendo vuestros principios, se pasa lógicamente del Estado a los cantones, de éstos a la federación de los municipios, de los municipios a la independencia de los barrios y grupos subalternos, y a la familia después; y al fin al individuo, verdadero y único cantón federal. Os detenéis en el cantón ioh, federales! nosotros llegamos al individuo, y le concedemos la suma máxima de libertades y derechos.

Explicados estos principios, tenemos ya frente a frente, dentro del Gobierno que se constituyó al votar la República, por una parte las fuerzas que representaban los antiguos republicanos, y por otra el partido radical que tenía un gran deber que cumplir. Y de esta oposición nacieron luchas, nacieron dificultades; más aún, nacieron grandes sospechas, grandes odios quizá. Se sospechaba ¿por qué negarlo? Seamos hombres leales; todos deseamos el bien de la Patria; todos amamos la Patria, la libertad y la República; ¿por qué ocultar nada? ¿por qué no decirlo noblemente? Se sospechaba, repito; de nosotros, los radicales, sospechaban las masas intransigentes; y como la sospecha es contagiosa, quizá, quizá, Dios me perdone, pero también vosotros habéis llegado a sospechar. (Un Sr. Representante: Si). Agradezco la franqueza. Sospecháis de nosotros; creéis que preparamos la reacción, ¡la reacción nosotros! Dadnos tanta libertad como os hemos dado; sed tan fieles a la idea democrática como lo hemos sido; sacrificadlo todo por la libertad, como nuestro partido lo ha sacrificado, y habréis hecho tanto como nosotros, no más.

Nosotros en cambio, ¿por qué negarlo? he de ser tan franco como el amigo republicano que acaba de interrumpirme, nosotros sospechamos, yo también sospecho de vosotros; sospecho que, sin saberlo quizá, queráis romper estas grandes unidades que representan nuestra nacionalidad.

[...]



José Echegaray Eizaguirre, Anónimo, c. 1869-1879. © Congreso de los Diputados.

ALEJANDRO NIETO (2021). *La Primera República Española. La Asamblea Nacional: Febrero – Mayo 1873*. Granada: Ed. Comares*

Alejandro NIETO GARCÍA
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

El 11 de febrero de 1873 la Asamblea Nacional declaró que la República (a secas, es decir, sin adjetivo o calificativo alguno) era la forma de gobierno de España; y el 8 de junio del mismo año las Cortes Constituyentes, recién establecidas, precisaron que se trataba de una república federal. Los cuatro presidentes, dos de ellos catalanes, que se sucedieron eran federales de pura cepa, las masas populares que se manifestaban incansablemente por las calles de las principales ciudades vitoreaban consignas republicanas federales y republicanos federales se proclamaban quienes se levantaban armados en pueblos y cantones contra el Gobierno (...).

El 8 de marzo de 1873, Echegaray, exministro de Hacienda (lo había sido en el último gobierno amadeísta de Ruiz Zorrilla desde diciembre de 1872 y en el primero republicano presidido por Figueras hasta apenas doce días antes de pronunciar el discurso glosado), republicano nuevo procedente del partido demócrata monárquico, hizo en la Asamblea una pregunta desafiante que desconcertó a amigos y enemigos: «qué es esa República federal que queréis traer a España?» (...)

La pregunta de Echegaray tenía ciertamente una clara intención provocadora, pero no carecía ni mucho menos de fundamento puesto que desde las filas federales no tenían una respuesta convin-

* La Revista de las Cortes Generales agradece a la Editorial Comares la autorización para publicar el presente texto, extraído del libro Alejandro Nieto (ed.) (2021). *La Primera República Española. La Asamblea Nacional: Febrero – Mayo 1873*, pp. 22 y ss., habiéndose introducido por el autor algunas modificaciones respecto a la versión original de la citada obra, con el fin de facilitar la comprensión del lector.

cente según confesó Ayllón Altolaguirre (*Proyecto de constitución democrático-federal*, 1873) uno de los teóricos republicanos más acreditados de aquel momento, quien lo explicaba «por la falta de una solemne declaración de principios; por la sensible ausencia de un libro de doctrina; por no haber dado a conocer los maestros el origen, la naturaleza, las condiciones y resultados del régimen federativo; por no haber explicado los doctores las ideas autonómicas; por no haber hecho penetrar en la conciencia de los pueblos la significación de las palabras federación y autonomía».

Y al mismo tiempo justificaba la generalizada confusión mental con la cita del gran político García López, quien había confesado que las ideas autonómicas «no son perfectamente conocidas; tanto que hombres notables y escritores reputados, preguntan lo que es federación y autonomía, no siendo de extrañar que la significación de estas palabras no hayan penetrado en la conciencia de los pueblos». E incluso invocaba una confesión expresa y sincera de Pi y Margall: «El régimen federativo es verdaderamente popular; pero se le quiere inconscientemente, sin darse cuenta de su origen, ni de su naturaleza, sin que se conozcan bien sus condiciones ni aun sus mismos resultados».

A tal propósito es significativo que en aquella sesión parlamentaria el presidente de la República, Figueras, no se atreviese a —o no quisiese— dar una respuesta contundente y se limitó a justificar su silencio en términos equívocos: «Cierto es que varias veces se nos había exigido por S.S. y sus amigos que hiciéramos la declaración de lo que entendíamos por República federal y que desde el Gobierno manifestáramos la política a que nosotros estábamos inclinados por medio de una circular o de una alocución al país; pero el sr. Echegaray sabe que todos le dijimos que esto, sobre imposible en tales momentos, era además ilegal e ilegítimo (...) y que son cuestiones altamente especulativas». «Pero hay en este punto circunstancias especiales sobre las cuales todos estamos de acuerdo. Nadie ha pensado jamás en segregación del territorio. Todos hemos pensado siempre en defender la unidad y la integridad nacional. Todos creemos que la deuda pública pertenece al poder central. Todos creemos que el ejército, que las aduanas, que los correos, que los telégrafos y que las demás instituciones que tocan al interés de todos corresponden

al poder central, y en este concepto superior, del cual nace la unidad nacional».

Actitud apoyada en el mismo foro por Canalejas Casas: «¿Por qué los ministros radicales, cediendo a una *curiosidad indiscreta y extemporánea*, se permitieron interrogar sobre federalismo a sus colegas republicanos? ¿Qué necesidad había de preguntar a nadie lo que pensaba sobre la República federal, sobre el organismo nacional? (...) ¿Quién les autorizaba para plantear cuestiones que no podían, que no debían resolverse sino por las Constituyentes?».

Tesis que *La Discusión* corroboraba el 28 de marzo: «Vienen preocupados algunos periódicos conservadores por la cuestión del federalismo, que ningún diario republicano ha tratado hasta ahora con marcada insistencia ni gran copia de razones porque no es el momento oportuno de tocarlas y porque se sabe que ya llegará el día con la debida extensión. Próximas están a reunirse las Cortes Constituyentes, las que han de determinar la forma que ha de adoptar la República y, por tanto, cuanto ahora se diga es prematuro».

¿Tan impropcedente era la pregunta de Echegaray? Por lo que se refiere a las masas, es manifiesto que nadie puede exigir a los militantes de base un conocimiento profundo de la doctrina política que profesan, según precisaría más tarde Estévanez en sus *Memorias*, «algunos en su odio al federalismo dicen que las masas federales no sabían lo que era la federación. Tal vez no lo supieran; pero si lo sentían, no era preciso pedir más. A las masas católicas nadie les niega su catolicismo y sin embargo no están compuestas de teólogos capaces de comprender y explicar sus dogmas y misterios». No le faltaba razón a Estévanez en este punto; si bien pasaba por alto un aspecto fundamental: bien es verdad que los dogmas de la religión católica no están al alcance del común de los feligreses, pero cualquiera que tenga interés en conocerlos tiene a su disposición una doctrina muy elaborada que han producido el papa y «los doctores de la Santa Madre Iglesia que sabrán responder».

Repárese, no obstante, que en este episodio la situación era distinta porque el exministro de Hacienda a quien se dirigía era a la flor y nata del federalismo, a sus grandes maestros y doctores que le acompañaban en el Consejo de ministros o tomaban asiento en la Cámara, y ninguno respondió. Lo que es dudoso es que los represen-

tantes de la Asamblea Nacional fuesen autoridades en tal materia, como les reprochaba *El Imparcial* de 24 de mayo: «No le pidáis al pignorado (nombre despectivo de ciertos diputados) definiciones de la Federal. Como los doctores del federalismo no se han puesto de acuerdo acerca de su monserga de federaciones y confederaciones, menos se ha de quebrar los cascotes para dar solución al problema, él, que no está llamado más que a decir sí o no según sus electores se lo ordenen. No le habléis de derecho político, ni de derecho público comparado, ni de derecho internacional, ni de historia parlamentaria. Es todo eso un cúmulo de antiguallas que el representante para nada necesita conocer».

La palabra y el concepto de federalismo han sido conocidos y practicados desde los tiempos más remotos al menos en calidad de sustantivo, aludiendo a una agregación con frecuencia militar o económica aunque también política y por ello podía hablarse todavía en la Edad moderna de federalismo monárquico (como el de Romaní y Puigengolas), incluso absolutista como el carlismo y también de federalismo católico, empeñado éste en un fraccionamiento de las estructuras estatales contrapesada por la influencia pública de la religión como garantía de la unidad política básica.

Ahora bien, lo que se debatía en España en el siglo XIX era el federalismo como adjetivo añadido al sustantivo república, concretamente la «República federal» y que, una vez desaparecido de la política en 1874, sobrevivió como referencia del regionalismo y del nacionalismo y como matriz profunda de la descentralización. Si el francés Proudhon había sentado las bases de un federalismo económico, el español Pi y Margall, uno de sus lectores más devotos, sentó las bases del federalismo político, que asoció con la forma de gobierno republicana expresada en la República federal, de la que fue permanente inspirador y presidente durante unas semanas.

Se conocen múltiples antecedentes del federalismo político, que aquí se van a dejar a un lado pues no hay espacio para desarrollar disquisiciones eruditas que en otros lugares pueden encontrarse con facilidad. Lo que en este momento interesa anotar es que en el siglo XIX español las ideas federales se recogían en tres movimientos simultáneos: en el anarquismo de forma larvada, en el carlismo de

forma expresa aunque marginal, y en el republicanismo, como cuestión central, que es en la que importa, por tanto, detenerse.

Más todavía: el dato esencial de este tiempo es que *el republicanismo se había apropiado de la cuestión federal*, la había hecho suya y colocado en el corazón de su naturaleza hasta el punto de que tanto en la teoría como en la práctica el gran dilema de si Monarquía o República llevaba consigo inseparablemente el segundo dilema derivado o de segundo grado –el de si República federal o unitaria–, que fue cabalmente el que descarriló el destino de la I República española. El dilema republicano entre federalismo y unitarismo, siempre presente, se había diluido en Europa, después del apogeo federal francés de 1870, por la imposición del unitarismo conservador de Thiers y la apostasía de Mazzini. Los publicistas españoles conocían perfectamente este giro; pero, aun así, mantuvieron su rigurosa posición federalista que incluso llegaron a exacerbar.

A este propósito con gran sentido común *El Estado Catalán* de 29 de mayo anotaba que «creemos que sería muy conveniente que algunas personas competentes pasasen a las naciones federalmente regidas a fin de estudiar detenidamente su organización. Esto es tanto más urgente cuanto que muchos que en España se han declarado partidarios del sistema federativo, conocen imperfectamente o equivocadamente sus detalles. No negamos que existen algunos que conocen perfectamente todos los datos que son necesarios para resolver los mil problemas que de la federación se originan; pero sí debemos confesar que los que tales conocimientos poseen se los tendrán muy reservados pues que ni en el libro ni en los periódicos ni en el folletín, con muy contadas excepciones, los hemos visto desarrollados». Y después de rechazar que Proudhon pueda servir a estos efectos, recomienda viajar y estudiar Suiza, Estados Unidos y desde allí –según se recomendaba en *El Imparcial*– bajar a Méjico, a Venezuela y a la República Argentina.

El Imparcial, que desde su perspectiva monárquica independiente siempre mostró un notable interés por esta cuestión, había hecho en sus ediciones de 11 y 13 de marzo unas afirmaciones polémicas pero contundentes. En la del 11, por ejemplo: «En Suiza, en Alemania, en los Estados Unidos la palabra federal significa prácticamente todo lo contrario de lo que aquí quieren los federales españoles que

signifique. En aquellas naciones por Deuda federal, por Ejército federal, por Hacienda federal entienden la Deuda, el Ejército y la Hacienda unitarios que corresponden a todo el país, para distinguirlos de los que son propios de los estados particulares. En España, por el contrario, se entiende por hacer federal una cosa el darle carácter de disgregacionista. Se desconoce hasta la significación etimológica de la palabra». Y en el número del 13 informaba que García López en una reunión de republicanos intransigentes había explicado que «a la palabra federación se le da generalmente una interpretación errónea pues dentro de dicha forma y dando autonomía a la provincia y a los municipios, era preciso sostener la igualdad de las fuerzas armadas, los servicios públicos de carácter general y todos aquéllos que deban corresponder al Poder central por las relaciones íntimas que deben ligarlos a todos los estados».

En la familia republicana decimonónica convivían dos estirpes que tenían muy poco en común, en el mejor de los casos se miraban con recelo y, siguiendo cada una su propio camino, de ordinario se consideraban, y con razón, adversarias cuando no enemigas. Hasta 1873 era hegemónica la rama federal hasta tal punto que era el republicanismo por antonomasia y el único que tenía audiencia y peso en la vida pública. Los unitarios eran una excepción propia de individuos algo pintorescos. Baste decir que en las elecciones de aquel año sólo obtuvieron un escaño proveniente del remoto distrito de Astudillo, un pueblo perdido en la meseta palentina. El vigoroso renacer de esta corriente unitaria no fue obra de las masas de base sino fruto, como veremos luego, de maniobras políticas desarrolladas en las alturas: de aquí la rapidez de su emergencia y la fugacidad de su esplendor.

La revolución de 1868 –en la que habían participado con entusiasmo pero con muy pocos efectivos y siempre en segunda línea los republicanos– favoreció una prodigiosa expansión de la corriente federal, que se manifestó en noviembre en tres acontecimientos significativos que ya conocemos: el 13 se constituyó en Madrid un comité republicano que contaba con 13.735 electores; y el 23 y el 29 del mismo mes las masas republicanas federales salieron pacíficamente a la calle en manifestaciones multitudinarias en Barcelona y Madrid respetivamente en contraste con las insurrecciones violentas que habían caracterizado hasta entonces al movimiento.

En este proceso de búsqueda de su identidad, en la reunión republicana madrileña del Price del 11 de octubre de 1868 se formalizó el federalismo de los republicanos en unas circunstancias sorprendentes que ha relatado Morayta, testigo ocular:

La discusión se extravió, el cansancio se apoderó de los circunstantes y Orense (viejo y sordo) habló de la república suiza y dijo: «en resumen, señores, la forma de gobierno que adopta la democracia española ¿es la federal o la unitaria?». Una voz gritó desde la galería: ¡Federal! Martos y sus amigos protestaron a voces. Algunos gritaron ¡federal, federal! Y Orense, en medio de la mayor confusión concluyó: «Queda acordado que la República federal es la forma de gobierno que adopta la democracia» y la reunión terminó en medio del mayor desorden. «Pronto vendrá Castelar y arreglará esto» dijo Orense en voz baja a los que le rodeaban. Unos días después y en el mismo local celebraron una nueva reunión y en efecto Castelar, llegado poco antes, que por su residencia en Suiza se había enamorado de la Federación, lo arregló pronunciando uno de sus más arrebatadores discursos y la Federal se aprobó con delirio.

Esto por lo que atañe a la ideología del partido. Por su parte, la declaración oficial de la República federal en las Cortes constituyentes no fue menos pintoresca y también protagonizada por el mismo Orense, su presidente. El día 7 de junio, y saltándose por completo el orden del día, manifestó ante el asombro de todos: «Se me figura que debemos empezar por proclamar la República federal» y a continuación se leyó una proposición de ley firmada en primer lugar por Adolfo de la Rosa, que decía simplemente que «la forma de gobierno de la nación española es la República democrática federal». Y, sin entrar en debate alguno ni proceder a votación, se «tomó en consideración», que era el primer trámite para su aprobación. Procedimiento que levantó no pocas protestas puesto que, como recordó Benot, el reglamento exigía que para la aprobación definitiva de las leyes era imprescindible la presencia de la mitad más uno del total de los diputados, que la votación fuera nominal, que no tuviera lugar en el mismo día de terminada la discusión, que se anunciara por el presidente la sesión en que había de verificarse y que el acuerdo se comunicara oportunamente a todos los diputados.

Nada de esto se había hecho antes y el presidente cortó por lo sano cerrando el clamoreo con un tajante: «Queda terminado este incidente». Lo que valió el siguiente comentario de Pi y Arsuaga (*Historia*, V): «De incidente calificaba Orense la declaración de las Cortes en pro de la República federal. En verdad –añade sarcásticamente– que dada la forma en que se hizo y la efectividad que había de alcanzar aquélla, no había pasado de la categoría de un incidente. Proclamar la república federal sin federación, era una candidez solo perdonable en gracia a la avanzada edad del buen presidente».

Al día siguiente y sin nuevos trámites se procedió a la votación definitiva sobre la proposición que la víspera se había tomado en consideración, que fue aprobada por 219 votos contra 2, que fueron los de García Ruiz (republicano unitario) y Ríos Rosas (monárquico conservador).

Por lo demás, los antifederalistas seguían insistiendo en que se trataba de una fórmula vacía, cuyo contenido preciso seguía siendo ignorado por sus más devotos seguidores, tal como denunció Romero Robledo en la sesión del 3 de julio: «He oído aclamar muy entusiastamente la República federal y no la he visto definida por nadie. Me sospecho que si aisladamente me acercara a cada uno de vosotros, había de recoger una rica y abundante colección de definiciones varias. Aguardo con impaciencia me la deis a conocer. A semejanza de los antiguos que ponían la imagen del dios a quien dedicaban el templo en la portada del mismo, habéis escrito esas palabras mágicas de República federal antes de empezar el edificio».

Suponiendo que tal haya sido el acta de nacimiento del federalismo español (y conste que nadie ha puesto en duda el testimonio de quien lo ha relatado), forzoso es reconocer que sus orígenes no fueron ni contundentes ni claros. La mayor dificultad que ofrecía la doctrina federal era –según se ha apuntado ya más atrás– su imprecisión hasta tal punto que *más que una doctrina era una fe* que se profesaba con los ojos cerrados sin preocuparse demasiado por su contenido, que en el fondo importaba poco. Más aún: esta vaguedad constituía cabalmente uno de sus mayores atractivos porque cada uno veía en ella lo que más le convenía. Pero es claro que las cabezas más lúcidas hacían todo lo posible para racionalizar el dogma con el fin de poder debatir con seriedad en el foro político. Además, la interminable y confusa

discusión entre federalistas y unitarios deterioraba inevitablemente la imagen de todo el colectivo republicano. En otras palabras: ¿cómo iba a ser la república tan entusiásticamente proclamada el 11 de febrero de 1873: federal o unitaria? Y puesto que se sabía en qué consistía la unitaria (la continuación del anterior régimen monárquico, pero sin rey) ¿cuáles podían ser las características de la república federal? Tal era la cuestión política fundamental en 1873, discutida con la pluma, la palabra y el fusil y que al cabo de once meses quedó, al parecer, sin resolver y para aclararse hubo que esperar a que Pi y Margall publicara su catecismo sobre *Las nacionalidades*.

El conde de Romanones, en fin, transcribe una definición de Pi y Margall que, revestida de la autoridad de su autor, debió causar no pocos quebraderos de cabeza a los republicanos más devotos: «Es la República federal una república sinalagmática conmutada con la eminencia de la Justicia en la humanidad y el puro motivo de su naturaleza es Dios y hasta encuentra la síntesis fundamental del yo».

Al margen de todas estas consideraciones existe un libro, prácticamente desconocido, que quizás pudiera aclarar algo la cuestión: en las páginas de anuncios de *La Discusión* estuvo apareciendo en los primeros meses de 1873 la siguiente publicidad en amplio formato: «*Explicación de la República federal al alcance del pueblo: del modo de constituir y organizarla* por Santiago López Moreno, redactor de *La Discusión*. Este folleto, escrito en fácil y correcto estilo, plantea y desenvuelve al alcance de todas las inteligencias los principios fundamentales del dogma republicano, así como también las cuestiones prácticas que en el planteamiento de la República federal han de ocurrirse. En el partido republicano español, por desgracia demasiado joven aún, hay muchos que no conocen sino de una manera vaga e indeterminada sus dogmas (...) Consta de 128 páginas en correcta y esmerada impresión y se vende por dos reales en Madrid y dos y medio en provincias, gratis el porte». Un libro que, por cierto, ningún estudioso ni de entonces ni de ahora ha citado jamás.

Mucho se ha escrito sobre la teoría federalista decimonónica y en especial de la pimargalliana, pero muy poco de la que se *conocía y practicaba* en 1873 a lo largo de una República declarada solemnemente federal y en la que todos sus presidentes eran federales convencidos. Este vacío se explica porque antes y durante el año

1873 apenas se había desarrollado una teoría federal sólida, dado que ésta sólo maduró unos años después, cuando sus seguidores ya no estaban en el Poder y habían perdido toda esperanza de recuperarlo, colocándose con ello en un espacio intelectual característico de las utopías sin suficiente contacto con la realidad.

¿Qué querían aquellos políticos apasionados y de buena voluntad que trajeron la República federal? ¿Qué esperaban de ella las masas urbanas y rurales? ¿Por qué fracasaron en once meses cuando todos sus enemigos parecían dominados y quietos? ¿Fue porque desarrollaron una política desastrosa o porque cayeron víctimas de alguna conspiración monárquica o se hundieron simplemente porque la ansiada Federación («La Federal») no valía para solucionar los problemas de España?

El pensamiento federal de la I República

En el pensamiento federal inspirador de la I República española, más que una influencia servil de la obra de Proudhon y por encima incluso del magisterio pimargallano, se identifican los siguientes elementos: un deslumbramiento cegador de los ejemplos norteamericanos y suizo, una inspiración exacerbadamente romántica y un dogmatismo abstracto.

A) Los teóricos del federalismo eran hombres cultos, buenos conocedores de la historia española y europea y estaban al corriente de los principales movimientos políticos internacionales. Profesaban una particular devoción a los regímenes de Suiza y de los Estados Unidos de Norteamérica: ejemplos perfectos, en su opinión, para el federalismo español, sin que les preocupasen, por cierto, las diferencias contextuales y culturales de estos dos países ni intentasen siquiera contrastarlas con las circunstancias concretas españolas. *Lo más notable, con todo, era su absoluta indiferencia hacia los federalismos sudamericanos, tan próximos a España, de los que hubieran podido obtener una lección provechosa, a saber, la de que en los países hispánicos la imposición del federalismo exige un largo camino de guerras civiles sangrientas que terminan desembocando de ordinario en dictaduras arbitrarias. Cabalmente lo que luego sucedería en España y que en su ceguera se les escapó.*

¿Cómo es posible que hombres tan ilustrados pasaran por alto las elocuentes revoluciones de Méjico y Argentina? De hecho sólo veían lo que les convenía y con una falsa lógica establecían una relación causal entre federalismo y prosperidad pública y felicidad privada, silenciando la triste situación de otros países, también federales, sumidos en la violencia y en el caos.

B) Los doctrinarios federalistas, por su parte, eran románticos en su visión histórica (una Edad Media feliz y un Imperio fabuloso) y utópicos en su afán de imaginar sistemas y establecer regímenes ideales a los que imputaban toda clase de bondades sin molestarse en contrastarles con la realidad. Vivían en un mundo dogmático poblado de hombres buenos o malos y las masas estaban formadas por individuos del primer grupo, inteligentes y solidarios, a los que había que redimir a toda costa de las cadenas de las servidumbres reaccionarias. Con la libertad todos recobrarían sus buenos sentimientos originarios y podrían desarrollar su sabiduría política concreta que había de florecer espontáneamente en los cauces naturales del individuo, la familia y los diversos estados que se fueran pactando.

Con estas ideas preconcebidas e indiscutidas se adentraron en el sueño del federalismo político. Y cuando en 1873 este sueño se convirtió en una pesadilla de la que al final se despertó con las bayonetas de Pavía y los fusiles de Martínez Campos, buena parte de los republicanos se desbandaron o volvieron sin escrúpulos al tranquilizante orden monárquico. Pero las cabezas doctrinarias no aprendieron nada y siguieron afinando su máquina utópica hasta convertirse en leyendas míticas separadas por completo de la realidad de los tiempos y obligando a los republicanos jóvenes a empezar casi en cero.

C) Una de las características más marcadas del federalismo pimargallano es, por último, su dogmatismo abstracto (...). La soberanía, se dice por ejemplo, reside en el individuo y punto. Con este primer eslabón se inicia una cadena de afirmaciones, unas también dogmáticas y otras verificables o razonables: los individuos se agrupan en familias, éstas en pueblos, éstos en provincias y el conjunto de éstas forman la nación. A esto se añade que cada uno de estos grupos se manifiesta políticamente en un estado: el local, el provincial (en su caso el cantonal) y en fin el estatal.

Resumiendo, los elementos esenciales del federalismo (...) eran en sustancia los siguientes:

- a) En primer lugar el reconocimiento de una unidad básica indiscutible de naturaleza social e histórica, a la que constitucionalmente se concedía rango político: la nación española, depositaria de la soberanía popular y que se identifica con el pueblo y la patria.
- b) La nación se estructuraba en varias organizaciones políticas: el estado provincial, el estado cantonal y el estado federal, donde se manifestaban las entidades sociales correspondientes, o sea, la local, provincial y nacional.
- c) Si la nación española era única e indivisible, las distintas organizaciones (o estados) en que se estructuraba políticamente eran autónomas, o sea, que tenían una personalidad originaria independiente y no concedida por el Estado nacional, antes al contrario, era el Estado nacional el que existía y recibía su personalidad gracias a un pacto entre los estados de los demás niveles. Un pacto –nótese bien– real, efectivo, concreto y no una mera ficción hipotética al estilo del pacto social rousseauiano (...).
- d) A través de este acto los diferentes estados se federaban constituyendo estados de nivel superior (el cantonal, el nacional) y voluntariamente determinaban las competencias que a cada uno correspondían, medidas de ordinario por su naturaleza u por el ámbito territorial de los intereses que atendían.
- e) Tratándose de una república federal democrática se reconocía que los derechos fundamentales de los ciudadanos eran anteriores a la creación de los estados y por tanto éstos no estaban capacitados para reducir su alcance y ejercicio.
- d) Respetándose estos principios, cada estado podía regular sus políticas generales y sectoriales de conformidad con su voluntad y en atención a los intereses que caían en la esfera de su competencia.

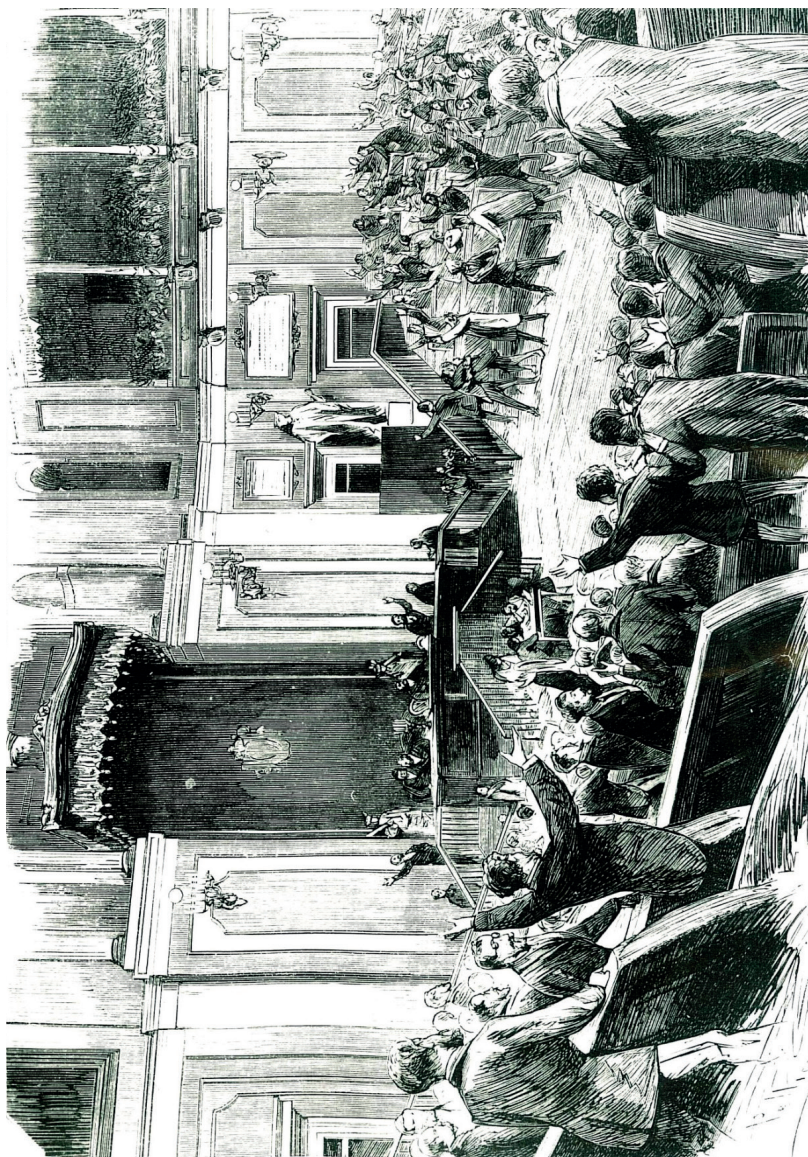
El sistema anterior nunca fue expuesto oficialmente en estos términos (...). Lo que significa que su valor es relativo como sucede con todas las construcciones intelectuales. La falta de un catecismo oficial claro e inteligible para toda clase de posibles seguidores y electores contribuyó no poco al desconcierto permanente de sus bases y a la rapidez con que se profesaba la fe republicana o se renegaba de

ella. De haberse aprobado una constitución federal contaríamos ahora con un referente, ya que no seguro, al menos fiable de sus intenciones. Pero desafortunadamente las Cortes Constituyentes convocadas al efecto no actuaron como tales y se disolvieron sin haber debatido siquiera el tema. En su ausencia se conocen cuatro proyectos que en lo esencial coinciden (...) y que contienen declaraciones que, al menos, confirman los principios antes recogidos.

En una historia de la Primera República española no puede soslayarse la cuestión federal, pues cabalmente se trata de una república de esta naturaleza formal y, además, la Federación fue uno de sus ejes capitales desde el primero al último día de su vida (...). Lo importante en suma, es no perder de vista: primero, que la teorización federal distaba mucho de estar madura en 1873 pues no se contaba más que con dispersas formulaciones emanadas sobre la marcha por los órganos del partido y los discursos pronunciados por sus dirigentes en el Parlamento y en mítines populares: textos fragmentarios y, dado su fin, intelectualmente poco ambiciosos; segundo, que estas publicaciones eran, más que estudios doctrinales, instrumentos de propaganda y divulgación de un partido político concreto: el partido republicano federal; y tercero, que una teorización de gran estilo sólo la intentó Pi mucho después de haber desaparecido la República y forzoso es reconocer que no llegó a construir un sistema concreto, que fue más bien resultado mejor o peor de sus comentarios posteriores (...).

La desmedrada teoría de 1873 no puede, además, ser contrastada con la práctica puesto que la Primera República, oficialmente, declarada federal nunca llegó a serlo de hecho. Los federales formaban desde luego la mayoría dominante dentro del grupo republicano, pero estaban desgarrados entre benévolos e intransigentes, de tal manera que ni unos ni otros podrían actuar con eficacia. De los cuatro presidentes, Figueras carecía de energía para implantar el federalismo, Pi y Margall estaba preso en sus contradicciones y Salmerón y Castelar vivían demasiado próximos al unitarismo. Así era imposible realizar un programa al menos tendencialmente federal que las guerras civiles hacían inviable en todo caso. Por eso se ha dicho antes que la Primera República, oficialmente federal, nunca llegó a serlo de hecho, pues aparte de las pomposas declaraciones gubernamentales, no hubo

ocasión de hacer ni un gesto en esta dirección y cabalmente por ello se multiplicaron las insurrecciones cantonales de quienes no estaban dispuesto a tolerar tantas demoras. Bien puede decirse que los sucesivos gobiernos de la República quedaron presos en una contradicción insuperable: sus ideas eran inequívocamente descentralizadoras; pero, forzados por las exigencias (que creían transitorias) de la realidad, sus actuaciones fueron inequívocamente centralizadoras. De esta contradicción no pudieron salir, debiendo ceder finalmente el paso a la restauración monárquica.



«Proclamación de la República por la Asamblea Nacional», en *La Ilustración Española y Americana* (Madrid), año XVIII, núm. VII, 16 de febrero de 1873, página 105. El dibujo es obra de Josep Lluís Pellicer Fenyé.

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
II
Artículos
Articles

INNOVACIONES DEMOCRÁTICAS Y LA AMENAZA DEL TECNOPOPULISMO

DEMOCRATIC INNOVATIONS AND THE THREAT OF TECHNOPOPULISM

Cristina LAFONT

Harold H. and Virginia Anderson

Professor of Philosophy and Chair at Northwestern University

Department of Philosophy

<https://orcid.org/0000-0002-1029-9689>

Fecha de recepción del artículo: mayo 2022

Fecha de aceptación y versión final: junio 2022

RESUMEN

La actual crisis de la democracia alimenta la impresión de que las sociedades democráticas están estancadas entre el populismo y la tecnocracia, entre el gobierno de los expertos y el gobierno de las masas ignorantes. Pese a todas sus diferencias, el populismo y la tecnocracia son igualmente incompatibles con la democracia. En contra del compromiso democrático de dar a todos los ciudadanos igualdad de voz en las decisiones políticas, el populismo y la tecnocracia requieren que los ciudadanos defieran ciegamente a las decisiones de otros. Ese es el elemento autocrático que ambas comparten. En este momento de crisis, es especialmente importante defender la posibilidad de una democracia genuina frente al tipo de exclusiones que fomentan tanto el populismo como la tecnocracia. Lamentablemente, muchas concepciones populares de la democracia contienen supuestos populistas o tecnocráticos que amenazan el ideal democrático de inclusión. Justifico esta afirmación en dos pasos. En primer lugar, analizo las concepciones pluralistas profundas, epistocráticas y lotocráticas de la democracia. Demuestro que cada una de estas concepciones ofrece «atajos» institucionales en un intento de resolver problemas tales como la superación de los desacuerdos, la ignorancia política de los ciudadanos o la mala calidad de la deliberación pública. Sin embargo, en lugar de afrontar los problemas mismos, las soluciones propuestas requieren que los ciudadanos defieran ciegamente a actores

sobre cuyas decisiones no pueden ejercer ningún control democrático. Este es su núcleo antidemocrático. En un segundo paso, analizo las raíces de la exigencia de deferencia ciega en cada una de estas concepciones. Muestro que las concepciones pluralistas profundas justifican el requisito de deferencia ciega por motivos populistas, las concepciones epistocráticas lo justifican por motivos tecnocráticos y las concepciones lotocráticas lo justifican por motivos tecnopopulistas. En mi opinión, tanto los académicos como los profesionales interesados en la democracia solo podrán hacer una contribución positiva a la mejora democrática si identifican y rechazan tales supuestos tecnocráticos y populistas latentes. Para ilustrar esta afirmación, me centro en los esfuerzos actuales por diseñar y organizar asambleas de ciudadanos y otros minipúblicos deliberativos. Estas nuevas formas de participación ciudadana ofrecen caminos prometedores para la democratización. Pero su impacto en las democracias puede ser tanto positivo como negativo. Todo depende de si se diseñan de acuerdo con objetivos tecnocráticos, populistas o genuinamente democráticos.

Palabras clave: democracia, populismo, tecnocracia, deferencia ciega, minipúblicos.

ABSTRACT

The current crisis of democracy fuels the impression that democratic societies are stuck between populism and technocracy, between the rule of experts and mob rule. For all their differences, populism and technocracy are equally incompatible with democracy. Contrary to the democratic commitment to give all citizens an equal say in political decisions, populism and technocracy expect citizens to blindly defer to the decisions of others. In this time of crisis, it is therefore crucial to defend the possibility of genuine democracy against the sort of exclusions involved in populism and technocracy. Unfortunately, many popular conceptions of democracy tacitly rely on populist or technocratic assumptions that threaten the democratic ideal of inclusion. I justify this claim in two steps. First, I analyze deep pluralist, epistocratic, and lottocratic conceptions of democracy. I show that each of these conceptions offers institutional “shortcuts” in an attempt to solve well-known problems of democratic governance such as overcoming disagreements, citizens’ political ignorance, or poor-quality deliberation. However, instead of actually addressing the problems, the proffered solutions end up simply expecting citizens to blindly defer to actors over whose decisions they cannot exercise democratic control. Herein lies their anti-democratic core. In a second step, I analyze the roots of the requirement

for blind deference in each of these conceptions. I show that deep pluralist conceptions justify the requirement of blind deference on populist grounds, epistocratic conceptions justify it on technocratic grounds, and lottocratic conceptions justify it on technopopulist grounds. I contend that democratic theorists and practitioners won't contribute to democratic improvements unless they recognize and reject these sorts of latent technocratic and populist assumptions. To illustrate this claim, I focus on current efforts to design and organize citizens' assemblies and other deliberative minipublics. These new forms of citizen participation offer promising venues for democratization. However, they may have a positive or a negative impact upon democracy. It all depends upon whether they are designed in line with technocratic, populist or genuine democratic aims.

Keywords: democracy, populism, technocracy, blind deference, minipublics.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PLURALISMO PROFUNDO Y EL ATAJO PROCEDIMENTAL. III. LA EPISTOCRACIA Y EL ATAJO EXPERTOCRÁTICO. IV. LAS ASAMBLEAS CIUDADANAS Y EL ATAJO LOTOCRÁTICO. V. COMO INCREMENTAR LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA SIN CAER EN EL TECNOPOPULISMO. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La democracia está en crisis. En los países democráticos, los ciudadanos siguen disfrutando de sus derechos políticos formales (el derecho al voto, a la libertad de expresión, de asociación, etc.), pero esos derechos ya no parecen ofrecer un poder real para influir en las decisiones a las que están sujetos. Los ciudadanos están perdiendo su poder político porque se han instituido demasiados «atajos» que permiten a actores poderosos tomar decisiones políticas pasando por alto a la ciudadanía. Como consecuencia, los ciudadanos ya no se ven representados por el sistema político. El actual auge del populismo es un claro síntoma de este profundo sentimiento de alienación política. Los ciudadanos no pueden identificarse con las instituciones, las leyes y las políticas a las que están sujetos y aceptarlas como propias. Tras cuatro décadas de gobierno *tecnocrático* neoliberal que condujeron a la crisis financiera de 2008, a políticas de austeridad y a un aumento sin precedentes de la desigualdad, la mayoría de las sociedades democráticas están experimentando una fuerte reacción *populista* en contra. Los líderes populistas prometen a las mayorías electorales que devolverán el control al «pueblo», arrebatándoselo a las élites políticas y a las minorías a las que supuestamente atienden. El clima político actual sugiere que las democracias están atascadas entre el populismo y la tecnocracia, entre el gobierno de los expertos y el de las masas ignorantes. De hecho, la pandemia mundial parece estar empeorando esta situación. La necesidad de adoptar medidas como confinamientos, mandatos de mascarillas o de vacunación para proteger la salud pública está profundizando la polarización de la ciudadanía, entre los populistas que desconfían de los expertos y los tecnócratas que desconfían de la muchedumbre ignorante.

Sin embargo, si el problema es la exclusión, la solución no puede ser más exclusión. Pese a todas sus diferencias, el populismo y la tecnocracia son igualmente incompatibles con la inclusión democrática. Son modelos autocráticos que amenazan el compromiso democrático de dar a todos los ciudadanos igualdad de voz en las decisiones políticas a las que están sometidos. El populismo respalda el gobierno de la mayoría electoral, que es identificada como «el verdadero pueblo», y espera que las minorías *defieran ciegamente* a las

decisiones políticas de esta mayoría. Por el contrario, la tecnocracia respalda el gobierno de una minoría, que es identificada como «los expertos», y espera que la mayoría ignorante *deferiera ciegamente* a sus decisiones políticas. Es cierto que los tecnócratas se oponen firmemente al populismo. Pero no se oponen porque piensen que hay algo fundamentalmente inaceptable en la exclusión. Se oponen porque, en su opinión, los populistas favorecen la exclusión equivocada. Para los tecnócratas, los ciudadanos ignorantes son los que han de ser excluidos de la toma de decisiones y no las élites políticas, como abogan los populistas. Tecnócratas y populistas discrepan radicalmente respecto a quién debe gobernar, pero lo que hace a ambos antidemocráticos no es tanto sus opiniones sobre quién debe gobernar, sino sobre todo sus opiniones sobre quién debe obedecer ciegamente. La expectativa autocrática de *deferencia ciega* es incompatible con la inclusión democrática pues establece una división permanente en la ciudadanía entre aquellos que son los autores de las decisiones políticas y aquellos que están meramente sujetos a ellas —aquellos de los que se espera que simplemente obedezcan sin importar lo dañinas o inaceptables que puedan ser las decisiones en cuestión—.

Tanto el populismo como la tecnocracia tientan a los ciudadanos con la trampa antidemocrática de pensar que pueden obtener mejores resultados más rápido si toman un «atajo» y dejan atrás a sus conciudadanos. Los tecnócratas confían en que se conseguirían mejores resultados más rápidamente si los expertos tomaran todas las decisiones políticas dejando de lado a la ciudadanía. Los populistas esperan lo mismo del «pueblo verdadero» frente a las élites y las minorías a las que supuestamente sirven. Ambos olvidan que una comunidad política no puede ser mejor que sus miembros. A menos que los ciudadanos acepten las políticas a las que están sujetos y estén dispuestos a «hacer su parte», los resultados deseados simplemente no se materializarán. La democracia consiste en reconocer que no hay atajos para obtener mejores resultados. Los ciudadanos han de resistir la tentación antidemocrática y seguir el largo camino participativo de intentar cambiar los corazones y las mentes de sus conciudadanos antes de imponerles decisiones políticas, de forma que puedan aceptarlas al menos como razonables y hagan su parte para que se logren los resultados deseados.

En esta época de crisis, es especialmente importante defender la posibilidad de una democracia genuina como alternativa frente a la tecnocracia y al populismo. Los académicos y los profesionales interesados en la democracia pueden desempeñar aquí un papel muy importante. Pueden ofrecer un diagnóstico certero, proponer nuevas ideas e implicarse activamente en el diseño de nuevas instituciones que ayuden a superar los actuales déficits democráticos. Sin embargo, para ello es esencial que sus diagnósticos, ideas e innovaciones institucionales se basen en una identificación correcta de los actuales déficits democráticos que permita contribuir a eliminarlos en lugar de profundizarlos todavía más. Ni las propuestas populistas ni las tecnocráticas pueden ser útiles aquí.

Desgraciadamente, mi impresión es que buena parte de la investigación sobre la democracia que se hace actualmente no es adecuada para abordar este reto fundamental. De hecho, mi impresión es que algunas de las concepciones más populares de la democracia que se ofrecen actualmente están atrapadas entre supuestos populistas y tecnocráticos que socavan el compromiso democrático con la inclusión en la toma de decisiones política. Me refiero a las concepciones pluralistas profundas, epistocráticas y lotocráticas de la democracia¹. Estas concepciones intentan ofrecer soluciones a problemas difíciles como los desacuerdos profundos, la ignorancia de los ciudadanos o la mala calidad del debate público. Sin embargo, las soluciones institucionales que proponen en realidad no abordan los problemas en cuestión, es decir, no ofrecen a los ciudadanos formas de resolver mejor sus desacuerdos políticos o disminuir su ignorancia o mejorar la calidad de la deliberación pública. Al contrario, lo que ofrecen son «atajos» que supuestamente nos permitirán obtener mejores resultados políticos *sin tener que resolver los problemas de fondo*. Las «soluciones» que proponen dejan a los ciudadanos con sus desacuerdos, su ignorancia y su pésimo debate público intactos y simplemente esperan de ellos que defieran ciegamente a las decisiones de otros actores sobre los que no pueden ejercer ningún control democrático. Aunque estos enfoques se presentan como concepciones de la democracia, en realidad no lo son. Su pretensión democrática es ideológica. Pues

¹ Ofrezco un análisis en profundidad de dichas concepciones en mi libro *Democracia sin atajos. Una concepción participativa de la democracia deliberativa* (2021).

comparten la expectativa antidemocrática de *deferencia ciega* con el populismo y la tecnocracia. Aceptan una división dentro de la ciudadanía entre los que son coautores de las leyes y los que solo están sujetos a ellas. Al hacerlo, los «atajos» que cada una de estas concepciones propone disminuirían aún más la ya escasa capacidad de la ciudadanía para configurar las políticas a las que está sujeta mediante la participación en la toma de decisiones políticas. Lejos de abordar los actuales déficits democráticos, los empeorarían aún más. Para colmo de males, ¡algunas de ellas lo harían en nombre de una mayor democratización!

La expectativa de «deferencia ciega» ofrece un criterio útil para identificar el tipo específico de exclusión antidemocrática que genera cada uno de estos enfoques. Si tomamos el populismo y la tecnocracia como los dos extremos de un espectro de exclusiones, podemos ver que la exclusión característica del pluralismo se justifica por motivos *populistas*, la exclusión característica de la epistocracia se justifica por motivos *tecnocráticos* y la exclusión característica de la lotocracia se justifica por motivos *tecnopopulistas*². Permítanme describir brevemente los dos primeros casos que son más sencillos y luego analizaré el tercer caso en más profundidad dado es más complejo y relativamente nuevo.

II. EL PLURALISMO PROFUNDO Y EL ATAJO PROCEDIMENTAL

Las concepciones de la democracia que yo llamo «pluralistas profundas» se presentan en diferentes variedades, pero todas están de acuerdo en que los desacuerdos políticos entre los ciudadanos son tan profundos que no pueden superarse razonablemente (Waldron, 1999; Urbinati, 2014; Besson, 2005). Ante este problema insuperable, proponen que tomemos lo que yo llamo el «atajo procedimental». Dado que los ciudadanos no pueden superar sus desacuerdos sustantivos de fondo, deberían ponerse de acuerdo en aceptar los resultados de

² Tomo prestado el término de C. Bickerton y C. Accetti, *Technopopulism* (2021). Ellos usan el término para caracterizar regímenes políticos, mientras que yo lo uso para caracterizar concepciones lotocráticas de la democracia. Dado que esto es algo que ellos no discuten, no sé si estarían de acuerdo con mi caracterización de la lotocracia como una variedad del tecnopopulismo.

los procedimientos democráticos, como la regla de la mayoría, sean cuales sean dichos resultados. La justificación para aceptar este atajo es simplemente que tales procedimientos tratan a todos los ciudadanos como iguales en virtud de proporcionar a todos las mismas oportunidades de influir en el resultado. El problema del mayoritarismo puro es que exige a los que están en minoría que *defieran ciegamente* a las decisiones de la mayoría, incluso si, a su juicio, estas decisiones violan sus derechos fundamentales o los de otros. Por ello, esta concepción no consigue explicar cómo las minorías permanentes pueden llegar a identificarse con las decisiones a las que están sometidas y respaldarlas como propias, tal como exige el ideal democrático. Al igual que el populismo, el pluralismo profundo defiende el «gobierno de la mayoría» y no el «gobierno del pueblo» como requiere el ideal democrático.

III. LA EPISTOCRACIA Y EL ATAJO EXPERTOCRÁTICO

Las concepciones «epistocráticas» de la democracia están en el lado opuesto del espectro político³. A estas les preocupa la ignorancia política de los ciudadanos. Para evitar este problema, proponen lo que yo llamo el «atajo expertocrático»: los ciudadanos deben obedecer ciegamente las decisiones de los expertos para obtener mejores resultados políticos. Al igual que la tecnocracia, las concepciones epistocráticas avalan el «gobierno de la minoría» y no el «gobierno del pueblo», como requiere el ideal democrático. Pero este no es el único problema con la «solución» que proponen al problema de la ignorancia de los ciudadanos. Los epistócratas son además extremadamente ingenuos al suponer que una comunidad política puede permitirse el lujo de mantener a la ciudadanía tan ignorante (es decir, xenófoba, racista, etc.) como ellos mismos afirman que es, y aun así conseguir mejores resultados políticos. Desgraciadamente, una comunidad política no puede ser mejor que sus miembros. Una cosa es conseguir que las élites políticas aprueben cierta legislación y otra muy distinta es conseguir que la ciudadanía haga su parte para que los objetivos legislativos se alcancen –y más aún conseguir que

³ Véase, por ejemplo, I. Somin, (2013). Para una defensa de la epistocracia contra la democracia véase J. Brennan, (2016).

lo haga en contra de su voluntad y de sus propias opiniones—. Como la pandemia mundial está ilustrando con toda claridad, es extraordinariamente ingenuo suponer que una comunidad puede proteger la salud pública simplemente «por decreto» de los expertos sin que la ciudadanía acepte hacer su parte. Los mejores resultados políticos con los que sueñan los epistócratas no se conseguirán hasta que la ciudadanía los acepte como propios y esté dispuesta a poner de su parte para que de hecho se materialicen.

IV. LAS ASAMBLEAS CIUDADANAS Y EL ATAJO LOTOCRÁTICO

Por último, voy a considerar las concepciones lotocráticas de la democracia que son cada vez más populares (Landemore, 2020; Guerrero, 2014; Van Reybrouck, 2016). Los defensores de la lotocracia se consideran demócratas radicales y creen que la inclusión y la igualdad políticas se realizarían mejor si las democracias utilizaran procedimientos de sorteo —como la lotería o la selección aleatoria entre ciudadanos ordinarios— en lugar de elegir representantes de las élites políticas. Ponen sus esperanzas democráticas en el uso generalizado de asambleas ciudadanas, jurados de ciudadanos, encuestas deliberativas, etc.⁴. La idea es dejar que un grupo de ciudadanos seleccionados al azar y representativos del conjunto de la ciudadanía tomen decisiones políticas sobre algunas cuestiones tras haber tenido la oportunidad de informarse y deliberar adecuadamente sobre ellas. Las propuestas más ambiciosas conciben complementar o incluso sustituir las asambleas legislativas de representantes votados en elecciones por asambleas de ciudadanos seleccionados al azar⁵. Este es el «atajo lotocrático». Dada la mala calidad de la información y del debate en la esfera pública, la apuesta lotocrática es que podemos resolver el problema de falta de receptividad del sistema político por la vía de informar adecuadamente a unos pocos ciudadanos seleccionados al

⁴ Para un análisis detallado de las principales similitudes y diferencias entre estos tipos de minipúblicos, véase Smith & Setälä (2019). Para más información sobre los jurados de ciudadanos, véase Crosby & Nethercut (2005); sobre las asambleas de ciudadanos véase Fournier, van der Kolk & Carty (2011) y Warren & Pearse (2008), y sobre las encuestas deliberativas véase Fishkin (2018).

⁵ Véase por ejemplo Abizadeh (2020); Gastil and Wright (2019); Guerrero, 2014; Landemore (2020); Van Reybrouck, 2016

azar y darles la oportunidad de deliberar entre ellos en una asamblea ciudadana para que luego tomen decisiones políticas ponderadas en nuestro nombre.

El problema con dejar que grupos seleccionados al azar piensen y decidan por el resto de la ciudadanía es la expectativa de que los ciudadanos, a su vez, defiera ciegamente a las recomendaciones de un grupo de personas elegidas al azar, incluso si los ciudadanos no tienen forma de saber si esas decisiones coinciden con sus propios intereses, valores y objetivos políticos y pueden aceptarlas como razonables. Quienes no han participado, que son la inmensa mayoría de la población, no han tenido acceso a la información y a la deliberación que ha tenido lugar en el seno de las asambleas y, por tanto, no tienen ninguna razón en particular para suponer que lo que la mayoría de la muestra aleatoria recomienda coincide necesariamente con lo que ellos aceptarían. Puede que sí pero también puede que no. En consecuencia, es de esperar que este procedimiento con el tiempo produzca un desajuste permanente entre los intereses y las opiniones de los ciudadanos y las leyes y políticas a las que están sujetos —un desajuste que no se produciría por casualidad, sino *por diseño*—.

La concepción lotocrática no es capaz de explicar cómo la ciudadanía puede llegar a identificarse con las decisiones de los grupos seleccionados al azar y respaldarlas como propias, de tal manera que pueda verse a sí misma como legisladora. También en este caso nos encontramos con el problema de que defender el «gobierno de los elegidos al azar» no equivale a defender el «gobierno del pueblo», como requiere el ideal democrático. No se puede resolver el problema de la alienación política y la falta de control democrático cediendo dicho control a unos pocos ciudadanos seleccionados al azar. Eso ni es democrático ni puede funcionar.

El «atajo lotocrático» se enfrenta al mismo problema que todas las propuestas tecnocráticas. Olvidan que los ciudadanos se pueden excluir de los que toman las decisiones pero son ellos los que han de cumplir con dichas decisiones. Los ciudadanos tienen que hacer su parte para que se alcancen los objetivos legislativos. Pensemos en las medidas para luchar contra la pandemia o para hacer frente al cambio climático. El éxito de estas medidas requiere que los ciudadanos hagan su parte, es decir, que estén dispuestos a

cambiar su comportamiento, a aceptar los riesgos, los sacrificios y las consecuencias negativas de las medidas en cuestión para su vida cotidiana. Pero los ciudadanos no lo harán si no entienden por qué estas medidas son necesarias (y no otras), o por qué han de hacer esos sacrificios (y no otros). En resumen, los ciudadanos no harán su parte si no han podido formarse una opinión y se han convencido de que los sacrificios, riesgos y efectos adversos que conllevan las políticas propuestas son justos, necesarios o al menos razonables. Si no se logra convencer a los ciudadanos para que cambien su comportamiento y hagan su parte, las políticas en cuestión simplemente no alcanzarán los objetivos deseados. Convencer a los pocos participantes en las asambleas ciudadanas no es suficiente.

La lotocracia justifica la exclusión de la inmensa mayoría de la ciudadanía de la toma de decisiones políticas mediante una mezcla de supuestos populistas y tecnocráticos. Obviamente, algunos de estos supuestos son incompatibles entre sí y generan tensiones e incoherencias que socavan la plausibilidad del tecnopopulismo lotocrático. Pero, al margen de estas dificultades internas, una vez identificados los supuestos populistas y tecnocráticos de las concepciones lotocráticas, su núcleo antidemocrático se vuelve fácilmente visible.

Al igual que los populistas, los lotócratas desconfían de las élites políticas y piensan que los ciudadanos ordinarios han de tomar la política por su mano para resolver los actuales déficits democráticos. Los ciudadanos tienen que apoderarse del sistema político y hacer el trabajo que las élites y los partidos políticos no pueden o no quieren hacer. Los lotócratas también comparten la visión populista de la representación política como «encarnación» del pueblo⁶. Al igual que el líder en el populismo tradicional, la asamblea lotócrata se supone que encarna al «pueblo» porque sus miembros son *como* ellos. Es porque la asamblea es un «reflejo» del pueblo por lo que se espera que los que no participan, que son la inmensa mayoría de la ciudadanía, pueden *confiar* ciegamente en los pocos seleccionados al azar y dejar que piensen y decidan por ellos. Bajo el supuesto popu-

⁶ Ofrezco un análisis en profundidad de esta concepción en «Los minipúblicos deliberativos y la concepción populista de la representación como «encarnación» del pueblo», *Las Torres de Lucca. Revista internacional de filosofía política*, 11/1 (2022), 13-21. DOI: <https://dx.doi.org/10.5209/ltldl.79872>

lista de homogeneidad política, la ciudadanía debería confiar en que las recomendaciones de la asamblea reflejarán invariablemente sus propios intereses, valores y objetivos políticos. Pero hay una trampa.

Al igual que los tecnócratas, los lotócratas desconfían de que los ciudadanos tomen decisiones políticas, por ejemplo, votando. Aceptan el supuesto epistocrático de que las decisiones políticas las deben tomar los que saben –los que están bien informados y han deliberado sobre los temas en cuestión en condiciones suficientemente ideales–. Por eso, en lugar de proponer que todos los ciudadanos tomen decisiones políticas, mediante elecciones o referendos, sostienen que dichas decisiones han de ser tomadas por unos pocos asambleístas seleccionados al azar cuyas opiniones han sido «filtradas» a través de un cuidadoso proceso deliberativo. Al igual que los tecnócratas, los lotócratas esperan que esos pocos (seleccionados al azar) tomen mejores decisiones políticas que el conjunto de la ciudadanía. Pero, desgraciadamente, no pueden tenerlo todo. La tesis del «reflejo» populista y la del «filtro» tecnocrático son mutuamente incompatibles⁷. O bien se afirma que los participantes en la asamblea tomarán las *mismas decisiones* que el resto de la ciudadanía porque son *como* ellos, y por eso los ciudadanos no pierden control democrático al acatar ciegamente sus decisiones. O bien se afirma que tomarán *mejores decisiones* que el resto de la ciudadanía, dado que se han informado y han deliberado adecuadamente sobre ellas, y *por eso* la ciudadanía debe acatar ciegamente sus decisiones para conseguir mejores resultados. Las dos afirmaciones no pueden ser verdaderas. Los lotócratas han de elegir entre la justificación tecnocrática y la populista. Elijan la que elijan, ambas formas de excluir al grueso de la ciudadanía de la toma de decisiones son igualmente antidemocráticas.

Lo que revelan las concepciones lotocráticas de la democracia es que no se puede asumir que todas las propuestas que incluyen participación ciudadana fomentan automáticamente la inclusión democrática. Las instituciones participativas no llevan sus credenciales democráticas en la frente, por así decir. Si los espacios de participación ciudadana se diseñan con el objetivo de empoderar a los pocos ciudadanos que participan en ellos para que puedan influir en las

⁷ Para un análisis de los supuestos del «espejo» y el «filtro» véase J. Fishkin (2009), 15ss.

decisiones políticas, sin que ello redunde en una mejora del control democrático que el conjunto de la ciudadanía puede ejercer sobre dichas decisiones, esto no ayudará a superar los déficits democráticos actuales. De hecho, si las asambleas ciudadanas se diseñan como atajos que permiten a unos pocos tomar decisiones dejando de lado al resto de la ciudadanía, se aumentaría la alienación política de los ciudadanos en lugar de disminuirla.

V. COMO INCREMENTAR LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA SIN CAER EN EL TECNOPOPULISMO

Tanto los académicos como los profesionales y activistas interesados en reformas democráticas deben resistir las tentaciones populistas y tecnocráticas. Para superar la actual crisis de la democracia tenemos que reforzar la capacidad ciudadana de obligar al sistema político a responder a sus intereses, valores y objetivos políticos. Tenemos que hacer que la democracia sea más participativa. Pero esto requiere un cambio de perspectiva. En vez de evaluar la contribución democrática de las innovaciones participativas desde el punto de vista de los que se incluyen en ellas hay que evaluarla desde el punto de vista de los que se quedan fuera, es decir, la ciudadanía en su conjunto.

En mi libro *Democracia sin atajos*, defendiendo una concepción participativa de la democracia deliberativa y, entre otras cosas, ofrezco ejemplos detallados de cómo podrían organizarse las asambleas ciudadanas y otros minipúblicos deliberativos para que, en lugar de perseguir objetivos populistas o tecnocráticos, sirvieran el objetivo democrático de reforzar la capacidad ciudadana de formarse una opinión considerada y una voluntad colectiva. No puedo entrar aquí en los detalles. En lugar de eso, me gustaría destacar dos tareas conceptuales que, en mi opinión, tendrían que acometerse para que las asambleas ciudadanas y otros minipúblicos deliberativos puedan servir objetivos genuinamente democráticos. Pero, antes de ello, debo aclarar que al centrarme en las asambleas ciudadanas no pretendo sugerir que estas tienen la clave para resolver todos los problemas a los que se enfrentan actualmente las democracias. No la tienen. Mi intención es mostrar cómo el impacto democrático de innovaciones institucionales puede variar drásticamente en función de los objetivos

que dichas instituciones pretenden alcanzar. Esto aplica no solo a los minipúblicos deliberativos, sino a cualquier otra propuesta o innovación institucional.

El creciente interés en organizar asambleas ciudadanas y otros minipúblicos para abordar cuestiones políticas difíciles (como la pandemia global, el cambio climático, etc.) es un desarrollo emocionante y prometedor. Sin embargo, aún no está claro si estas instituciones tendrían un impacto democrático positivo. En efecto, todo depende de si se diseñan con el objetivo tecnopopulista de dejar que sus participantes piensen y decidan por el resto de la ciudadanía o si se diseñan con el objetivo democrático de mejorar la capacidad de la ciudadanía de formarse una opinión considerada y forjar una voluntad colectiva sobre cuestiones políticas fundamentales.

Para seguir el camino democrático, habría que liberar la manera de concebir y diseñar los minipúblicos deliberativos de las garras del tecnopopulismo lotocrático. En mi opinión, hay dos tareas conceptuales que los académicos y los profesionales involucrados en el diseño de minipúblicos deliberativos tienen que llevar a cabo. En primer lugar, hay que articular una concepción no populista de la relación entre los participantes en las asambleas de ciudadanos y el resto de la ciudadanía⁸. La concepción populista de la representación como «encarnación» del pueblo no sirve. Los participantes en los minipúblicos no pueden «encarnar» al pueblo. No pueden hablar *como el pueblo* porque nosotros, el pueblo, no somos un grupo políticamente homogéneo. Y tampoco pueden hablar *en nombre del pueblo* porque nosotros, el pueblo, no les hemos elegido para ello. Por el contrario, lo

⁸ Una de las razones principales que explican esta laguna teórica es que estas instituciones innovadoras suelen considerarse como lugares de *participación* directa de los ciudadanos y, por lo tanto, no se reconoce su función *representativa*. Como explica convincentemente Warren (2008): «Debido en gran medida al lente de la democracia participativa, ha pasado desapercibido el hecho de que, con respecto a la mayoría de los ciudadanos, las funciones de estas instituciones participativas son menos participativas que representativas... De hecho, la mayoría de las instituciones participativas están diseñadas de tal manera que algunos ciudadanos representan a otros, ya sea directamente, o –más a menudo– a través de la pretensión de representar las perspectivas, las opiniones, los bienes, los intereses y los valores de aquellos que no están presentes en el proceso... Dado que la mayoría de los ciudadanos no participan a través de estas instituciones –sujetas, como están, a las mismas limitaciones de escala y complejidad que otras instituciones– deberíamos concebirlas como órganos representativos». (Warren, 2008, p. 56-57).

que han de hacer es *hablarle al pueblo*, a sus conciudadanos, para que podamos mejorar colectivamente la calidad deliberativa de nuestras decisiones políticas.

En segundo lugar, necesitamos un enfoque no tecnocrático de la deliberación y la toma de decisiones políticas. Rechazar la asimilación de las cuestiones políticas a las cuestiones técnicas es esencial para reconocer que el objetivo de la deliberación democrática no puede ser «encontrar las mejores políticas», según unos u otros. Por el contrario, el objetivo de la deliberación democrática tiene que ser encontrar las mejores políticas *según todos aquellos que tienen que cumplirlas*, para que puedan aceptarlas razonablemente en lugar de ser coaccionados a obedecer ciegamente. Los participantes de un minipúblico no pueden pensar y decidir por nosotros, porque nosotros, los ciudadanos, tenemos que ser capaces de aprobar las políticas a las que estamos sometidos y hacer nuestra parte para que los resultados políticos deseados de hecho se alcancen. Tenemos que resolver nuestros desacuerdos políticos, hemos de aceptar los compromisos contenidos en las decisiones tomadas, estar dispuestos a aceptar los riesgos y vivir con las consecuencias, etcétera. Nadie puede hacer eso por nosotros. No hay «atajos» para llegar ahí.

Ser demócrata consiste precisamente en aceptar que tenemos los conciudadanos que nos han tocado, nos guste o no, y hemos de llevarnos los unos a los otros a donde sea que queramos ir. Es tentador pensar que una comunidad política puede viajar más rápido si deja atrás a la ciudadanía. Este pensamiento anima los «atajos» antidemocráticos propuestos por las concepciones de la democracia que he discutido. Pero eso es también lo que las hace especialmente inadecuadas para superar la actual crisis de la democracia. Para hacer frente a las amenazas populistas y tecnocráticas contra el compromiso democrático de inclusión en la toma de decisiones políticas lo que necesitamos es defender una democracia sin atajos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABIZADEH, A. (2020). «Representation, Bicameralism, Political Equality, and Sortition: Reconstituting the Second Chamber as a Randomly Selected Assembly», *American Political Science Association* 19/3, 791-807, doi: <https://doi.org/10.1017/S1537592719004626>
- BESSON, S. (2005). *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*. Hart.
- BICKERTON, C. Y ACCETTI, C. (2021). *Technopopulism*. Oxford University Press.
- BRENNAN, J. (2016). *Against Democracy*. Princeton University Press.
- CROSBY, N., & NETHERCUT, D. (2005). Citizen Juries: Creating a Trustworthy Voice of the People, en J. Gastil and P. Levine (Eds.), *The Deliberative Democracy Handbook*. Jossey-Bass, pp. 111-119. doi: <https://doi.org/10.1007/s11077-005-0870-3>
- FISHKIN, J. S. (2009). *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*. Oxford University Press.
- FISHKIN, J. S. (2018). *Democracy When the People Are Thinking*. Oxford University Press.
- FOURNIER, P., VAN DER KOLK, H. & CARTY, R. K. (2011) *When Citizens Decide: Lessons from Citizen Assemblies on Electoral Reform*. Oxford University Press.
- GASTIL, J. AND WRIGHT, E. O. (2019). *Legislature by Lot: Transformative Designs for Deliberative Governance*, London: Verso.
- GUERRERO, A. (2014). «Against Elections: The Lottocratic Alternative», *Philosophy & Public Affairs* 42, no. 2: pp. 135-178.
- LAFONT, C. (2021). *Democracia sin atajos. Una concepción participativa de la democracia deliberativa*. Editorial Trotta.
- LANDEMORE, H. (2020). *Open Democracy. Reinventing Popular Rule for the 21st Century*. Princeton University Press.
- MACKENZIE, M. K., & WARREN, M. E. (2012). Two Trust-Based Uses of Minipublics in Democratic Systems, en Parkinson, J & Mansbridge, J (eds.), *Deliberative Systems. Deliberative Democracy at the Large Scale*. Cambridge University Press, pp. 95–124.
- SMITH, G., & SETÄLÄ, M. (2019). Mini-Publics and Deliberative Democracy, en Bächtiger, A., J. S. Dryzek, J. Mansbridge, & M. Warren (Eds.), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*. Oxford University Press, pp. 300-314.
- SOMIN, I. (2013). *Democracy and Political Ignorance*. Stanford University Press.

- URBINATI, N. (2019). Political Theory of Populism, *Annual Review of Political Science*, 22, pp. 111-127. doi: <https://doi.org/10.1146/annurev-polisci-050317-070753>
- URBINATI, N. (2014). *Democracy Disfigured. Opinion, Truth and the People*. Harvard University Press.
- VAN REYBROUCK, D. (2016). *Against Elections: The Case for Democracy*. Random House.
- WALDRON, J. (1999). *Law and Disagreement*. Oxford University Press.
- WARREN, M.E. (2008). Citizen Representatives, en Warren, M., & Pearse, H. (Eds.), *Designing Deliberative Democracy. The British Columbia Citizens Assembly*. Cambridge University Press, pp. 50–69.
- WARREN, M., & PEARSE, H. (Eds.). (2008). *Designing Deliberative Democracy. The British Columbia Citizens Assembly*. Cambridge University Press. doi: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511491177>

EL JURAMENTO DE LA PRINCESA DOÑA LEONOR DE BORBÓN Y ORTIZ: ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS (ALGUNAS REFLEXIONES AL HILO DEL DISCURSO DE LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO)

THE OATH OF PRINCESS LEONOR DE BORBÓN Y ORTIZ: CONSTITUTIONAL AND PARLIAMENTARY ASPECTS (SOME REFLECTIONS ON THE SPEECH OF LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO)

José María CODES CALATRAVA
Doctor en Derecho
Letrado de las Cortes Generales
<https://orcid.org/0000-0001-9099-1757>

Fecha de recepción del artículo: abril 2022
Fecha de aceptación y versión final: mayo 2022

RESUMEN

El próximo 31 de octubre de 2023, la princesa de Asturias, doña Leonor de Borbón y Ortiz, cumple dieciocho años, lo que supone que tenga que aplicarse, por segunda vez en nuestra reciente historia democrática, el artículo 61.2 de la Constitución, de acuerdo con el cual, la princesa heredera, al alcanzar la mayoría de edad, debe prestar juramento de desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes, respetar los derechos de los ciudadanos y de las comunidades autónomas y fidelidad al rey. Ante la proximidad en el tiempo de este acto, de una grandísima y evidente relevancia institucional, Luis María Cazorla Prieto, encargado de pronunciar el discurso de apertura del Curso Académico 2021-2022 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, dedicó el mismo a El juramento de la Princesa Leonor de Borbón y Ortiz (aspectos constitucionales y parlamentarios).

La lectura del discurso de Luis Cazorla ofrece una visión global de los distintos aspectos jurídicos que deben tenerse en cuenta para preparar

y ejecutar el acto del juramento de la princesa de Asturias, todo ello basado en la experiencia del autor, a la sazón letrado mayor de las Cortes Generales en el momento del juramento, como príncipe heredero, de S. M. el rey D. Felipe VI. El objetivo de este trabajo es, a partir de algunas de las cuestiones planteadas por Luis Cazorla en su discurso, compartir una serie de reflexiones de carácter jurídico que puedan servir para contribuir, en la medida de lo posible, al mejor desarrollo del acto de juramento de la princesa de Asturias.

Palabras clave: princesa de Asturias, juramento, Cortes Generales, costumbre constitucional, Ley de la Corona.

ABSTRACT

On October 31, 2023, the Princess of Asturias, Leonor de Borbón y Ortiz, turns eighteen, which means that article 61.2 of the Constitution must be applied for the second time in our recent democratic history, in accordance with which, the Crown Princess, upon reaching the age of majority, must take an oath to faithfully perform her functions, uphold and enforce the Constitution and the laws, respect the rights of citizens and the Autonomous Communities and loyalty to the King. Given the proximity in time of this act, of great and evident institutional relevance, Luis María Cazorla Prieto, in charge of delivering the opening speech of the 2021-2022 Academic Year of the Royal Academy of Jurisprudence and Legislation, dedicated the mentioned speech to «The oath of Princess Leonor de Borbón y Ortiz (constitutional and parliamentary aspects)».

The reading of Luis Cazorla's speech offers a global vision of the different legal aspects that must be taken into account to prepare and execute the act of the oath of the Princess of Asturias, all based on the experience of the author, Secretary General of the Congress of Deputies at the time of the oath, as Crown Prince, of His Majesty King Felipe VI. The objective of this work, based on some of the issues raised by Luis Cazorla in his speech, is to share a series of reflections of a legal nature that can serve to contribute, as far as possible, to the best development of the oath ceremony of the Princess of Asturias.

Keywords: Princess of Asturias, Oath, Spanish Parliament, Constitutional Convention, Law of the Crown.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PRECEDENTE DEL JURAMENTO DE D. FELIPE DE BORBÓN Y GRECIA, HOY S. M. EL REY D. FELIPE VI, COMO COSTUMBRE CONSTITUCIONAL: SU EXTENSIÓN. III. LOS ACTOS PARLAMENTARIOS PREPARATORIOS Y SUSTANCIALES: LA SINGULAR CENTRALIDAD DE LAS CORTES GENERALES EN EL ACTO DEL JURAMENTO. IV. ASPECTOS JURÍDICOS COMPLEJOS DEL ACTO DEL JURAMENTO. LA FÓRMULA Y LA SOLUCIÓN DE LAS POSIBLES DUDAS INTERPRETATIVAS. V. BREVES IDEAS FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 18 de octubre de 2021, a las 19 horas, tuvo lugar la apertura del Curso Académico 2021-2022 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Tras las palabras de bienvenida del Excmo. Sr. D. Manuel Pizarro Moreno, presidente de la Academia, y de la lectura de la Memoria del Curso Académico 2020-2021, por el académico-secretario general, Excmo. Sr. D. Antonio Pau, se dio paso a lectura del discurso de apertura titulado: *El juramento de la Princesa Leonor de Borbón y Ortiz (aspectos constitucionales y parlamentarios)*, por el académico de número Excmo. Sr. D. Luis María Cazorla Prieto, compañero del cuerpo de letrados de las Cortes Generales, con quien tengo la suerte de tener una relación de sincera cercanía y afecto.

Es por ello por lo que quiero empezar por agradecer a Luis Cazorla que, más allá de esa relación que nos une, haya accedido a que realice estas reflexiones al hilo de su mencionado discurso que, como es evidente, trata una cuestión de una enorme relevancia política, jurídica e institucional. Igualmente, doy las gracias a Alfonso Cuenca Miranda, director de Estudios del Congreso de los Diputados, por haber impulsado la publicación de estas breves líneas en la *Revista de las Cortes Generales*, a la que los funcionarios de estas casas siempre queremos contribuir.

Quiero aclarar que el enfoque de este artículo me ha dado mucho que pensar, por lo que parece necesario explicitarlo a los lectores, habida cuenta de que, además, he compartido mis inquietudes con Alfonso Cuenca, a quien también debo agradecerle esta ayuda.

Por un lado, no me ha parecido útil realizar un estudio profundo sobre la Corona y sobre la regulación de la sucesión para, después, hacer un análisis doctrinal de la regulación del juramento de la princesa de Asturias; primero, porque existe numerosa bibliografía escrita por personas que conocen el tema mucho mejor que yo y, segundo, porque en el discurso de Luis Cazorla se traslada, además de una visión concreta y en prospectiva sobre cómo debería desarrollarse el juramento de la princesa doña Leonor, una serie de propuestas concretas para solventar posibles dudas jurídicas que podrían surgir en relación con dicho acto. No parecía, por tanto, ni útil, ni tampoco

razonable, hacer una tarea de investigación o de reflexión teórica a partir de lo que se nos traslada en el discurso, en el cual, sobre unas bases teóricas sólidas, se aprecia un carácter eminentemente práctico.

Tampoco habría tenido sentido llevar a cabo una recensión tradicional, ya que no se trata de situar al lector en relación con un libro o artículo de reciente publicación; Luis Cazorla pronunció un discurso que ha sido recogido en forma de publicación por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pero su estructura, su lógica interna y su forma de exposición no responden, como hemos dicho, a un trabajo de investigación, sino a la intención de compartir una visión que pueda servir en la práctica a quienes van a intervenir, desde la Casa Real, el Gobierno y las Cortes Generales en el acto de juramento de la princesa de Asturias; todo ello, además, con la experiencia del autor, que, en el momento del juramento, como príncipe de Asturias, de S. M. el Rey D. Felipe VI, desempeñaba el cargo de letrado mayor de las Cortes Generales.

Por todo ello, las líneas que siguen se centran en seleccionar una serie de cuestiones que, de entre las tratadas por Luis Cazorla, me han suscitado un especial interés jurídico, por considerarlas novedosas, no suficientemente tratadas por la doctrina o que pueden dar lugar a un mayor debate entre los juristas que se acerquen a su discurso. Además de Luis Cazorla, otros compañeros ilustres del cuerpo de letrados de las Cortes Generales, en especial Manuel Fernández-Fontecha Torres y Alfredo Pérez de Armiñán, han estudiado en profundidad la Corona, siempre con el máximo respeto y consideración, independientemente de la ideología política y de las opiniones personales de cada cual.

El Estado moderno se sustenta sobre el pacto *Rex-regnum*, que está en el origen de los Parlamentos y, por tanto, en la primigenia raíz del Estado democrático-liberal en el que vivimos. En España, además, la fórmula «Rey más Cortes» es ni más menos que el resumen de nuestra Constitución histórica, que ha llegado a nuestros días a través de la adaptación de la monarquía a los principios del Estado social y democrático de derecho, consagrado en el artículo 1.1 de nuestra Constitución. Gracias a este importantísimo y singular proceso jurídico-político, la forma política del Estado español es la monarquía parlamentaria.

Todo esto es de sobra conocido, pero no se trae aquí para rellenar papel, sino para recordarnos que nos encontramos ante una institución de una raigambre histórica de siglos y de una relevancia institucional insuperable, ya que es la que determina el encaje entre los distintos elementos integrantes del Estado español.

Es por ello que, insisto, la Corona merece el máximo respeto y la obligación de reflexionar sobre la misma con el rigor más exigente. Desde esta perspectiva deben entenderse, creo, todas las ideas estudiadas por los colegas que he citado (entre otros), todos ellos con muchísimo más conocimiento y experiencia que quien firma estas líneas, así como por otros ilustres juristas: la finalidad del estudio no es generar polémica ni abrir debates incómodos, sino todo lo contrario, contribuir con lealtad institucional al mejor desenvolvimiento de la realidad jurídica de la Corona y su adaptación sosegada a los cambios políticos, sociales e institucionales que, como en cualquier país, se dan también en España. Reflexionar y compartir criterios jurídicos en el marco que se ha descrito solo puede llevar al mejor logro de estos objetivos.

Con esta intención, y desde la más absoluta humildad, paso a compartir mis reflexiones, recogiendo algunas de las ideas que Luis Cazorla expresó en el discurso que da título a este trabajo. Me centraré primero en la idea, que comparto, de que la costumbre constitucional y, eventualmente, las normas escritas, son necesarias como desarrollo de la regulación constitucional del juramento de la princesa de Asturias; a continuación, aportaré mi visión sobre algunas cuestiones relacionadas en parte con el papel de las Cortes Generales en la aplicación del artículo 61.2 de la Constitución; y terminaré con un análisis de las cuestiones que considero más relevantes del propio acto de juramento, en especial de aquellas que pueden producir dudas en cuanto a su interpretación.

II. EL PRECEDENTE DEL JURAMENTO DE D. FELIPE DE BORBÓN Y GRECIA, HOY S. M. EL REY D. FELIPE VI, COMO COSTUMBRE CONSTITUCIONAL: SU EXTENSIÓN

La tesis de base que mantiene Luis Cazorla en su discurso es que «los actos gracias a los cuales tuvo lugar el juramento del entonces

Príncipe heredero don Felipe de Borbón y Grecia y que culminaron en la sesión de los Plenos del Congreso de los Diputados y del Senado reunidos en Cortes Generales celebrada el 30 de enero de 1986, han conformado una costumbre constitucional y parlamentaria, fuente no escrita de Derecho» que «merece y debe ser respetada y solo modificada o incluso matizada si median poderosas y justificadas razones».

Resumidamente, los argumentos del autor para llegar a esta conclusión son los siguientes:

- La constatación de que, a pesar del indudable carácter normativo del artículo 61.2 de la Constitución, su aplicación requiere ineludiblemente de un complemento normativo, ante la inexistencia de una norma escrita que discipline los aspectos instrumentales y también materiales necesarios para poder instrumentar el juramento.
- Este «imprescindible complemento normativo», en palabras del autor, cristalizó, en el marco del juramento S. M. el rey como príncipe de Asturias, en la concatenación de una serie de actos de desarrollo de la previsión constitucional, actos que se revistieron de un indudable carácter jurídico por parte de todos los sujetos intervinientes, que pusieron especial énfasis en explicitar esta dimensión jurídica. El discurso del entonces presidente del Congreso de los Diputados, Gregorio Peces-Barba, previo al juramento, es buena muestra de ello.
- En definitiva, ante lo escueto de la regulación del artículo 61.2 de la Constitución, «fue imprescindible colmar este vacío con un uso de carácter complejo en el que concurrió el conocimiento y la convicción de su valor jurídico-regulatorio en el marco de una leal colaboración de tres órganos constitucionales, Corona, Cortes Generales y Gobierno».

Debo decir que coincido plenamente con esta tesis de Luis Cazorla. Para argumentar mi acuerdo, y antes de hacer un comentario más detenido sobre el acto que nos ocupa, quiero decir que la situación que se vivió en el Congreso de los Diputados en 1986, que obligó a poner en marcha esa serie de actos concatenados que acabaron convirtiéndose en costumbre constitucional, me recuerda mucho a la que se vivió en el Senado en el otoño de 2017, cuando el Gobierno de

la Nación adoptó, por primera vez, las medidas previstas en el artículo 155 de la Constitución.

La situación, a mi juicio, es por entero análoga. Se pusieron en marcha las previsiones de un artículo de la Constitución de una relevancia extraordinaria a nivel político, jurídico y social, sin que el desarrollo reglamentario de dicho precepto por el artículo 189 del Reglamento del Senado sirviese para solventar todas las cuestiones y dudas que surgían a la hora de determinar el procedimiento que permitiese que el Senado aprobara, o no, las medidas planteadas por el Gobierno al amparo del artículo 155 de la Constitución, aprobación que, finalmente, tuvo lugar, si bien con algunos condicionamientos y modificaciones.

En este caso, se producía también una necesidad de complementar las previsiones del artículo 155 de la Constitución y del artículo 189 del Reglamento del Senado si se quería arbitrar un procedimiento garantista y que respetase los derechos de todos los actores afectados. Manuel Cervero, letrado mayor del Senado, lo explica muy claramente:

Teniendo en cuenta que los artículos 155 de la Constitución y 189 del Reglamento del Senado constituían una regulación singular para una situación excepcional y que no existían precedentes en su aplicación, la Mesa, al amparo del artículo 36.1.c del Reglamento del Senado, adoptó una serie de acuerdos (1) en los que aplicó los preceptos mencionados en sus propios términos, pero con integración de mecanismos propios de otros procedimientos parlamentarios, (2) configurando de esta manera un procedimiento que completara la escasa regulación del Reglamento, (3) con plenas garantías para la actuación de todos los sujetos llamados a intervenir en el mismo: el Gobierno español, el Gobierno de la Comunidad Autónoma afectada y, obviamente, los Senadores.

Como se deduce de los acuerdos adoptados, la Mesa del Senado era consciente de la necesidad de que el procedimiento parlamentario fuera intachable, tanto por el ejercicio de su propia responsabilidad como por la eventual comparación con las actuaciones de índole legal y reglamentaria que habían tenido lugar en el Parlamento de Cataluña a lo largo del mes de septiembre de 2017. (Cervero, 2018, p. 663)¹

¹ Cervero, M. (2018). «La aplicación por el Senado del artículo 155 de la Constitución». En *Revista de las Cortes Generales*, N° 103, Primer cuatrimestre: pp. 653-677.

He traído a colación la tramitación parlamentaria del artículo 155 de la Constitución porque, además de su indudable importancia, en esa labor me cupo el honor de colaborar, en mi condición de director de Asistencia Técnico-Parlamentaria del Senado, con Manuel Cavero quien, como letrado mayor del Senado, lideró e ideó todo ese conjunto de acuerdos que permitieron que el procedimiento en el Senado se llevase a cabo de un modo impecable y sin las más mínima tacha de inconstitucionalidad, como reconoció el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 89/2019, de 2 de julio, y 90/2019, de 2 de julio, que resolvieron los recursos de inconstitucionalidad números 5884-2017 y 143-2018.

La frase de Luis Cazorla de que cuando se preparó el acto del juramento del príncipe de Asturias en 1986, «nada se improvisó, todo se analizó y ponderó», me hizo recordar el análisis meticuloso y hasta el más mínimo detalle que se llevó a cabo en el Senado en el mes de octubre de 2017.

Todo lo señalado no es solamente un recuerdo que viene a la mente con la melancolía propia de la evocación de tiempos muy agradables –tiempos que, sin duda, añoro– sino que sirve como argumento de peso para concordar con la tesis de Luis Cazorla, en cuanto a la necesidad que existía en 1986 de cubrir las posibles dudas interpretativas que dejaba el artículo 61.2 de la Constitución en cuanto a su aplicación, así como respecto al carácter de costumbre constitucional de los actos que se llevaron a cabo para su efectiva aplicación. Pienso exactamente lo mismo respecto del procedimiento que se instrumentó en el Senado para la aplicación del artículo 155 de la Constitución.

Esta conclusión debe llevar a dos reflexiones más profundas, ambas con una importante virtualidad práctica.

i) En primer lugar, el carácter normativo de la Constitución y, por supuesto, de la regulación contenida en su Título II, no excluye en absoluto la posibilidad de que dicha regulación requiera un cierto desarrollo normativo. Otro debate es el instrumento que se debería utilizar para llevar a cabo dicho desarrollo.

En este sentido, las posibilidades son múltiples, y van desde la elaboración de una Ley de la Corona, que regule de manera unitaria y omnicomprendensiva todos los aspectos recogidos en los artículos 56 y siguientes de la Constitución, hasta la utilización de los usos y

costumbres constitucionales como instrumento fundamental de complemento normativo, de forma que la ley escrita solo sería necesaria en los supuestos regulados en el artículo 57.5 de la Constitución, es decir, las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona.

Sobre esta concreta cuestión de las distintas normas que podrían complementar los preceptos del Título II de la Constitución, también se ha pronunciado muy recientemente Luis Cazorla, junto con Manuel Fernández-Fontecha, quienes acaban de publicar el ensayo *¿Una Ley de la Corona?* (Thomson Reuters-Aranzadi, 2021), en el que manifiestan claramente su opinión a este respecto: «no es necesario ni incluso aceptable jurídicamente, al margen de consideraciones políticas, una ley de la Corona pormenorizada y universal», lo que no excluye que «algunos aspectos puedan requerir desarrollo o complemento normativo» y que haya que estudiar «la determinación de la fuente del Derecho idónea para colmarlo», todo ello sin perjuicio de que no haya que descartar «la necesidad jurídica de leyes que desarrollen específicamente algunos puntos».²

No es el objeto de este breve artículo terciar en un debate en el que hay opiniones divergentes, sin embargo, sí quiero hacer constar que, más allá de las distintas posturas, hay un consenso muy amplio, consistente en que, sea del rango que sea, y sea de la profundidad que sea, algunas de las previsiones contenidas en el Título II de la Constitución requieren de un desarrollo normativo, algo que, por otra parte, sucede con muchas de las disposiciones de la parte orgánica de la Constitución.

La constatación de esta realidad no es baladí, ya que debe llevarnos, en mi opinión, a disentir con otras opiniones que van en la línea de sacar conclusiones terminantes de la mera dicción de los artículos que integran el Título II de la Constitución. Adelanto aquí asuntos que voy a tratar más adelante, pero me parece muy importante señalar que, si se diera algún supuesto en el marco de la sucesión o de cualquier otro aspecto sustancial de la Corona que pudiese desencadenar una crisis constitucional, habría que huir de decisiones que impliquen actuaciones de plano, basadas únicamente

² No se citan las páginas porque se ha manejado una edición electrónica, carente de numeración.

en una interpretación literal de la Constitución. Por poner un ejemplo (al que luego volveré) que analiza Luis Cazorla, tanto en su discurso como con Manuel Fernández-Fontecha en el ensayo mencionado, si la princesa heredera se negase a prestar juramento, no podría, en mi opinión, declararse de forma inmediata su exclusión de la sucesión, sino que habría que acudir, como indica el autor, a la ley prevista en el artículo 57.5 de la Constitución.

En definitiva, quiero destacar la necesidad de defender la utilización de las distintas fuentes del Derecho para completar la regulación contenida en el Título II de la Constitución, en los casos en los que ello sea necesario³ y, en especial, en los casos en los que pudieran derivarse situaciones de eventual colapso constitucional. Considero que el carácter simbólico, histórico y de formación marcadamente consuetudinaria de la monarquía parlamentaria benefician llegar a esta conclusión.

Más allá de eso, y muy brevemente, debo señalar que estoy en este punto de acuerdo igualmente con Luis Cazorla y con Manuel Fernández-Fontecha, cuando proponen combinar las distintas fuentes del Derecho, escritas y no escritas, del ordenamiento jurídico español, para colmar la necesidad de complemento normativo de algunas vertientes de la regulación de la Corona, con una especial relevancia para la costumbre, habida cuenta de que, como se acaba de señalar en el párrafo anterior, no parece razonable encerrar el desenvolvimiento constitucional de una institución tradicional y simbólica como la Corona, en la rigidez de la norma escrita, salvo en los supuestos en los que ello sea conveniente⁴ o sea de aplicación el artículo 57.5 de la Constitución. En el caso del juramento, creo que la costumbre ha operado de un modo adecuado y suficiente como complemento de la regulación constitucional.

ii) Para terminar, me gustaría introducir una pequeña matización, que creo que se deduce del discurso de Luis Cazorla, pero que me parece conveniente explicitar. Partiendo de la base de que, insisto, comparto que en 1986 se creó una costumbre constitucional, conviene

³ No creo que sea necesario, ni incluso, posible, desarrollar las funciones previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 56.

⁴ Para mayor profundización sobre esta cuestión, se recomienda la lectura del ensayo que estamos comentando de Luis Cazorla y Manuel Fernández-Fontecha.

fijar el ámbito o el subconjunto de actos al que debe extenderse esta consideración como fuente del Derecho.

El autor distingue una fase preparatoria, en la que interviene el Gobierno para acreditar y comunicar a las Cortes Generales que quien debe jurar ha alcanzado la mayoría de edad, y una fase parlamentaria, «que es la esencial», y que comprende, a su vez, actos preparatorios y actos sustanciales. Pues bien, en mi opinión, la consideración de costumbre constitucional debería reservarse a los actos materiales de la fase parlamentaria, que se circunscriben a la convocatoria, a la sesión plenaria conjunta de la Cortes Generales, al papel constitucional de estas, del Gobierno y de la propia Corona en todo el proceso y a la vertiente sustancial y jurídica del concreto acto de juramento.

Otras cuestiones, igualmente muy importantes, como el desarrollo del acto a nivel protocolario y, en palabras de Luis Cazorla, de «escenificación», o el uso de la palabra en la sesión plenaria conjunta de las Cortes Generales, podrían, en mi opinión, y por su carácter instrumental, ser modificadas sin que ello perjudicase los fundamentos de la tesis que el autor presenta.

El mismo autor lo afirma, cuando, tras destacar el papel protagonista que tuvieron los presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado, Gregorio Peces-Barba y José Federico de Carvajal y Pérez, en los actos parlamentarios que tuvieron lugar en 1986, afirma que «es, sin embargo, posible que, por aplicación de los artículos 31 y 32 del Reglamento del Congreso de los Diputados, al amparo de su disposición final tercera y vista la situación parlamentaria probablemente muy distinta a la de 1986, con ocasión del juramento de doña Leonor se pueda ver fortalecido el papel de la Mesa del Congreso de los Diputados e incluso el de las conocidas coloquialmente como Mesas conjuntas o reunión conjunta de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado».

La referencia a esta cuestión permite que podamos ya analizar con más detalle algunos de esos aspectos preparatorios y sustanciales de la fase parlamentaria del acto de juramento.

III. LOS ACTOS PARLAMENTARIOS PREPARATORIOS Y SUSTANCIALES: LA SINGULAR CENTRALIDAD DE LAS CORTES GENERALES EN EL ACTO DEL JURAMENTO

En la línea que estoy intentando mantener desde el inicio de estos comentarios, voy a referirme a algunos de los aspectos preparatorios y sustanciales de la fase parlamentaria del acto de juramento de la princesa de Asturias.

En cuanto a los actos de preparación, quiero hacer especial hincapié en los temas protocolarios. Un acto de esta solemnidad requiere que el ceremonial se prepare con la máxima diligencia. Se trata de un trabajo oscuro, callado y que debe pasar inadvertido, pero no por ello deja de ser ingente y muy complicado. Afortunadamente, las Direcciones de Relaciones Institucionales del Congreso de los Diputados y del Senado –la cual, esta última, tuvo la fortuna de asumir durante dos años– están integradas por profesionales de un altísimo nivel y con muchos años de experiencia en estas lides, lo cual garantiza que el desarrollo de los actos tenga lugar siempre con la total satisfacción de todos los implicados.

Además, en este punto, es crucial el papel de la Casa del Rey. Y es que, como también señala Luis Cazorla, «la función de la Casa del Rey en la preparación del juramento en todas sus fases es muy importante». Me atrevería a añadir que la labor de la Casa del Rey en cualquier acto protocolario en el que participa un miembro de la Familia Real es absolutamente decisiva. Pude comprobarlo personalmente cuando ejercí como director de Relaciones Institucionales del Senado, época en que la que, entre otros actos, los entonces príncipes de Asturias, ahora SS. MM. los Reyes, acudían anualmente a entregar el Premio de Periodismo Parlamentario Luis Carandell.

La necesidad de que la Casa del Rey lidere los aspectos protocolarios del acto de juramento se explica por sí misma, ya que afecta a uno de los actos político-jurídicos más relevantes de la vida de la futura reina de España. Quien ha trabajado con Protocolo de la Casa Real sabe que sus integrantes son unos profesionales extraordinarios, que actúan siempre con una total discreción, lealtad y espíritu de colaboración, lo cual, junto al nivel ya destacado de los servicios de protocolo de ambas Cámaras, hará, estoy convencido, que el acto de juramento de la princesa de Asturias sea, a nivel formal, un éxito.

Pasando ya a los aspectos sustanciales, he seleccionado dos: la fecha en la que debe producirse el juramento y el papel que desempeñan las Cortes Generales en dicho acto.

i) En cuanto a la fecha del juramento, Luis Cazorla defiende que «debe prestarse el mismo día en el que alcance la mayoría de edad» la princesa de Asturias, «sin que pueda aplazarse o posponerse a otra fecha por conveniencias de cualquier tipo, incluidas las políticas». Para apoyar esta afirmación, el autor da las siguientes razones:

- El precedente de lo que sucedió en 1986, que se incluiría dentro del ámbito de extensión de la costumbre constitucional, al que antes nos hemos referido.
- La interpretación literal del artículo 61.2 de la Constitución, que señala que el juramento debe producirse «al alcanzar la mayoría de edad», lo cual implicaría la necesaria inmediatez del acto.
- La trascendencia política, jurídica y social del juramento de la princesa de Asturias, que impondrá la coincidencia del acaecimiento de la mayoría de edad con la celebración del acto.
- La posibilidad de que la princesa de Asturias quedase, en palabras del autor, en una «zona gris y velada, desaconsejable desde todos los puntos de vista», en el supuesto de que llegase a la mayoría de edad y el acto del juramento no tuviese lugar ese mismo día.

Esta interpretación lleva a Luis Cazorla a preocuparse, muy coherentemente, de la eventual realidad electoral que puede existir el 31 de octubre de 2023.

En efecto, si no hay disolución anticipada, la presente legislatura terminará el día 10 de noviembre de 2023, cuatro años después de las últimas elecciones generales. En este supuesto, el decreto de convocatoria debería publicarse el vigésimo quinto día anterior a la expiración del mandato, esto es, el día 16 de octubre de 2023, y entraría en vigor al día siguiente; las elecciones se celebrarían el quincuagésimo cuarto día posterior a la convocatoria, el domingo 10 de diciembre de 2023.

En este escenario, que hasta ahora nunca se ha producido, las Cortes Generales mantendrían todas sus funciones constitucionalmente atribuidas hasta el 10 de noviembre de 2023, por lo que el

juramento de la princesa de Asturias podría tener lugar el día 31 de octubre de 2023.

En el supuesto de que se procediese a la disolución anticipada, y en coherencia con la tesis que mantiene, Luis Cazorla señala que aquella debería producirse con la antelación suficiente para que el día 31 de octubre de 2023 las nuevas Cámaras estén plenamente constituidas, con el fin de que el juramento se produzca el mismo día que la princesa de Asturias alcance la mayoría de edad, y en una sesión conjunta de las Cortes Generales⁵.

En resumen, para Luis Cazorla habría dos opciones para asegurar que el acto de juramento de doña Leonor tenga lugar el día 31 de octubre de 2023 ante los Plenos de ambas Cámaras: o se disuelven las Cortes Generales con la antelación suficiente para que dicho día las dos nuevas Cámaras estén plena y debidamente constituidas, o se alarga la legislatura hasta su último día, es decir, el 10 de noviembre de 2023, sin perjuicio de que el día 16 de octubre se expida el decreto de convocatoria.

En este punto la pregunta que cabría hacerse es si, como señala el autor, es imprescindible que el acto del juramento se produzca el mismo día que la princesa de Asturias cumpla dieciocho años. Las razones que Luis Cazorla aduce son, desde luego, lógicas y sólidas desde un punto de vista jurídico, sin perjuicio de lo cual me surgen algunas dudas, analizadas las cuales me inclino a pensar que, con ciertas precauciones que señalaré, no habría un impedimento insuperable en que el juramento pudiese retrasarse un tiempo después del 31 de octubre de 2023.

En un análisis superficial, la clave podría encontrarse en despejar si, en coherencia con lo señalado más arriba, el hecho de que la fecha del juramento coincida con el día en el que la princesa de Asturias alcance la mayoría de edad se integra en esos actos materiales o sustanciales que hemos situado bajo el paraguas de la costumbre constitucional que surgió en 1986 y que debe ser respetada.

Si respondiésemos negativamente a la cuestión planteada y concluyésemos que la fecha del juramento no se integra en ese acervo

⁵ El autor considera, basado en sólidos argumentos jurídicos que se detallan con profundidad en su discurso, que el acto de juramento debe producirse ante los Plenos de ambas Cámaras en sesión conjunta y, por tanto, en ningún caso ante las Diputaciones Permanentes. No me parece, por tanto, necesario reproducir aquí esos argumentos con los que, además, creo que hay un acuerdo generalizado.

de costumbre constitucional, la respuesta sería sencilla; no habría problema alguno en retrasar el juramento. Sin embargo, considero que, incluso si consideramos que esta cuestión forma parte de la costumbre constitucional formada en 1986, seguiría siendo posible mantener dicha posibilidad de retraso.

Una de las características de la costumbre es su posibilidad de adaptarse a los nuevos tiempos y, por tanto, de ser modificada, solo cuando, como indica también el autor, medien «poderosas y justificadas razones», las cuales, en mi opinión, pueden concurrir en este caso.

La realidad política de España dista mucho de la existente en 1986. En los últimos años hemos vivido situaciones inéditas en nuestra historia constitucional, además de la ya analizada aplicación del artículo 155 de la Constitución: la anómala extensión de la situación del Gobierno en funciones, la necesidad de repetir elecciones generales en un corto lapso de tiempo, o la aprobación de una moción de censura, son hechos que manifiestan la importancia de respetar los tiempos políticos de cada legislatura, sean cortos o largos, ya que la complejidad del mapa político español es cada vez mayor. Por ello, debe hacerse todo lo posible por no introducir factores adicionales que puedan hacer surgir nuevos elementos de inestabilidad en el sistema.

Es muy razonable la preocupación expresada por Luis Cazorla de que, si se retrasa el juramento más allá del día 31 de octubre de 2023, la princesa de Asturias podría quedar en un vacío jurídico e institucional poco deseable, pero creo que ello podría solucionarse, como hemos señalado antes, a través de la toma de una serie de precauciones, que podrían servir para enriquecer los actos que integran la costumbre constitucional creada en 1986.

Así, me atrevo a proponer que, en el caso en el que se tuviese la seguridad de que, debido a una disolución anticipada, el día 31 de octubre de 2023, las Cámaras no vayan a estar constituidas, se fije una fecha en la que se tenga la plena certeza de que las nuevas Cámaras estarán constituidas, con sus Mesas elegidas y sus grupos parlamentarios constituidos (todo lo cual tarda pocos días en llevarse a cabo desde las sesiones constitutivas del Congreso de los Diputados y del Senado) para celebrar el acto de juramento de la princesa de Asturias, la cual, si lo estima oportuno, podría manifestar su compromiso de realizar el juramento en la mencionada fecha.

De esta forma, solo se estaría retrasando unas pocas semanas, quizá unos meses, el acto de juramento, pero en un contexto jurídico-constitucional de tranquilidad, en el que todos los actores tendrían la seguridad de que el acto se va a producir. Ello permitiría, creo, disipar esa indeseable nebulosa a la que Luis Cazorla se refiere y que se mantendría si se disuelven las Cámaras y, sin ninguna medida adicional, se llega al 31 de octubre de 2023 sin las nuevas Cámaras debidamente constituidas.

ii) En segundo lugar, me parece vital, también por la sede en la que se van a publicar estas reflexiones, destacar el importantísimo papel que tienen las Cortes Generales en el juramento de la princesa de Asturias, y es que el acto, en su vertiente política, en palabras de Luis Cazorla, tiene una «naturaleza muy predominantemente político-parlamentaria por el lugar donde tiene lugar y por la función principal y sustancial que corresponde a las Cortes Generales en su desarrollo».

Las Cortes Generales representan la soberanía nacional, cuyo titular es el pueblo español, y en ellas se ejercen las capitales funciones reguladas en el artículo 66 de la Constitución, que consagra el carácter parlamentario de nuestra forma de gobierno. Por tanto, no ya la legalidad, sino la legitimidad de todo el sistema recae en la centralidad de nuestro Parlamento, más allá de que la dinámica política, en ocasiones, y como es conocido, haya puesto de manifiesto, no solo en España, sino en todo el mundo occidental, lo que algunos han dado en llamar la crisis de los Parlamentos.

Sea como fuere, mientras sigamos viviendo bajo la arquitectura constitucional de 1978, todos los poderes emanan del pueblo, que está representado en las Cortes Generales, por lo que de esto se deduce sin dificultad alguna que la continuidad de nuestra forma de Jefatura de Estado debe garantizarse y comprometerse en sede parlamentaria, y con un protagonismo jurídico y político central del Congreso de los Diputados y del Senado, y es que el compromiso que asumirá doña Leonor se adquiere, insisto, con el pueblo español, allí representado.

Estas consideraciones me llevan a compartir la afirmación de Luis Cazorla de que en el acto de juramento únicamente hay dos partes: la princesa heredera, que realizará un acto jurídico de carácter personalísimo y unilateral, por un lado; y las Cortes Generales, que

actuarán como receptoras del acto de juramento de la princesa de Asturias, por otro.

En ese papel de meras receptoras del juramento de la princesa de Asturias, las Cortes Generales, como señala el autor, no deben emitir ningún tipo de declaración, ni adoptar ningún acuerdo, ni someter absolutamente nada a votación. Coincido con estas apreciaciones, ya que lo contrario sería un desatino jurídico de enormes proporciones.

El parlamentarismo como forma de gobierno se sustenta en la relación de confianza entre el Parlamento y el Gobierno, por lo que el control o la censura parlamentarios solo se predicen de este. Sería una grave disfunción que las Cortes Generales realizaran labores de control e incluso de impulso o de declaración de voluntad política en relación con cualesquiera de los otros poderes del Estado.

Nuestro ordenamiento jurídico es respetuoso con estos principios, como demuestra el hecho de que, por ejemplo, la Resolución de 21 de abril de 1992 sobre la tramitación de los Informes ante el Pleno del Congreso de los Diputados, y de la Presidencia del Senado de 28 de abril de 1992 por la que se establece la tramitación de los Informes ante el Pleno del Senado, excluyan la posibilidad de que, tras la presentación de los informes del Defensor del Pueblo ante los Plenos de ambas Cámaras y el consiguiente debate de los grupos parlamentarios, estos puedan presentar propuestas de resolución, lo que, como es sabido, es la forma en la que las Cámaras, como tales, pueden emitir un determinado pronunciamiento⁶.

No tendría ningún sentido, en consecuencia, que las Cámaras no puedan emitir ningún tipo de pronunciamiento en relación con los informes del Defensor del Pueblo y sí pudieran hacerlo tras el juramento de la princesa de Asturias. No parece que quepa mucha mayor discusión en este punto.

⁶ Sobre este tema y las distintas posturas doctrinales al respecto reflexioné con más detalle en «El Defensor del Pueblo y sus relaciones con las Cortes Generales», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010, pp. 389-410, donde concluí que «Lo que la regulación reglamentaria no permite es, en conclusión, presentar propuestas de resolución en las que las Cámaras, de manera subsiguiente a la presentación de los Informes, expresen su opinión concretamente sobre el Informe del Defensor del Pueblo o sobre la gestión de éste» (páginas 399 y 400).

El hecho de que la princesa heredera y las Cortes Generales sean los únicos sujetos de la relación jurídica que se produce en el acto del juramento, hace que, desde esta perspectiva jurídica, no haya papel alguno que atribuir ni al rey ni al Gobierno, lo cual tiene que llevar a excluir también necesariamente el refrendo de este último; tampoco sería necesario el refrendo del presidente del Congreso de los Diputados al no estar el juramento de la princesa heredera en los actos que requieren el refrendo de aquel en el artículo 64.1 de la Constitución. Todo ello es coherente con el ya mencionado carácter unilateral y personalísimo del acto del juramento.

De este modo, las Cortes Generales asumen un singular protagonismo en el juramento de la princesa de Asturias, singularidad que se deriva de ser las receptoras de un acto crucial para el futuro de nuestra historia constitucional y, a la vez, de que, por una vez, tienen ese carácter de meras receptoras, sin que puedan emitir declaración de ningún tipo, adoptar acuerdos o realizar votación alguna, algo que es también tremendamente excepcional para nuestro Parlamento.

IV. ASPECTOS JURÍDICOS COMPLEJOS DEL ACTO DEL JURAMENTO. LA FÓRMULA Y LA SOLUCIÓN DE LAS POSIBLES DUDAS INTERPRETATIVAS

Para terminar, quiero llamar parte de la atención del lector sobre algunos aspectos sustanciales del acto de juramento, ya que creo que tienen una enorme trascendencia jurídica. El enfoque de este artículo ha sido, desde el comienzo, el jurídico, pero en este último epígrafe previo a las conclusiones me gustaría destacar no la perspectiva del jurista, sino la importancia del Derecho en la esencia del juramento que doña Leonor tendrá que prestar.

Me parece que la fórmula del juramento otorga por sí misma una relevancia capital al Derecho. S. M. el rey D. Felipe VI, en su calidad de príncipe heredero de la Corona, pronunció las siguientes palabras: «juro desempeñar fielmente mis funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes, respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas y fidelidad al Rey». De esta fórmula quiero centrarme en el inciso «guardar la Constitución y las leyes».

España se constituye, de acuerdo con su artículo 1.1, en un Estado social y democrático de derecho. Aunque la cláusula del

Estado de derecho se cite en último lugar, conviene no olvidar que se trata del constructo básico y primigenio del Estado democrático-liberal contemporáneo. El Estado de derecho se consagró como la primera garantía frente al poder de los ciudadanos, mucho antes de que surgieran el Estado democrático y el Estado social.

Como ciudadano, jurista y profesor universitario, constato en muchas ocasiones la ignorancia del alcance y consecuencias que tiene el reconocimiento constitucional del *rule of law*. De hecho, mantengo que un porcentaje muy importante de los problemas políticos de cualquier país y, por supuesto, de España, se solucionarían con un recuerdo cabal de que los ciudadanos y los poderes públicos, todos por igual, estamos sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

La princesa de Asturias, al alcanzar la mayoría de edad, y antes de ser reina, asume el compromiso explícito de respetar escrupulosamente la cláusula constitucional del Estado de derecho. Es, sin duda, una declaración no de intenciones, sino jurídica, que adquirirá una virtualidad completa cuando suceda en la Jefatura del Estado a S. M. el rey D. Felipe VI, pero que, reitero, no es una simple guía de actuación, sino una obligación que se exige a todos los ciudadanos, y que además requiere un compromiso explícito de cualquier servidor público.

Todo esto se resume en un breve pasaje del discurso que pronunció el presidente del Congreso de los Diputados en el acto del juramento del príncipe de Asturias en 1986: «Alteza Real: con el juramento que vais a prestar estáis simbolizando vuestro sometimiento al Derecho». El valor de esta afirmación me parece, quizá, lo más trascendente de la vertiente material del compromiso que asumirá la princesa de Asturias.

A continuación, me gustaría hacer referencia a una de las cuestiones que más me han interesado del discurso de Luis Cazorla, ya que aporta una solución a una situación hipotética que reconozco que no me había planteado, y que es la posibilidad de que se diese una negativa expresa o tácita de la princesa de Asturias a acometer el juramento previsto en el artículo 61.2 de la Constitución.

He adelantado previamente este asunto, en el que creo que es más adecuado centrarme ahora por motivos sistemáticos. La solución

propuesta por el autor es muy razonable y, a mi juicio, la adecuada, y consistiría a aprobar una ley orgánica de las previstas en el artículo 57.5 de la Constitución.

Como solución alternativa, Luis Cazorla, tras constatar que el artículo 61.2 de la Constitución es una norma sin sanción, se plantea la posibilidad de inhabilitar a la princesa heredera en el caso de que se niegue jurar, al amparo de lo previsto en el artículo 59.2 de la Constitución, opción que descarta rápidamente ante el conocido consenso en torno a que la inhabilitación a la que se refiere este precepto «se limita a carencias físicas y psíquicas que impidan o dificulten al extremo el ejercicio normal de las funciones constitucionales del Rey o de la Reina para lo cual es orientativo lo que prevé al respecto el Código Civil».

Descartada esta posibilidad, y ante la evidencia de que el sistema no puede quedarse indiferente ante una situación tan excepcional, el autor, como hemos indicado, propone acudir a la ley orgánica prevista en el artículo 57.5 de la Constitución, destinada a resolver cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona. Para ello, las Cortes Generales tendrían que constatar la negativa expresa o tácita a prestar el juramento⁷, determinar los efectos de dicha negativa sobre la condición de la princesa de Asturias y, por último, prever cuáles serían las consecuencias en relación con la sucesión a la Corona.

Esta solución me parece equilibrada y lógica y, además, como he indicado anteriormente, descarta otras opciones, como las que sostienen que, en el supuesto de una negativa a prestar el juramento, debería excluirse de plano a la princesa de Asturias del orden de sucesión a la Corona. Debo indicar que soy consciente de que voces mucho más autorizadas que la mía discrepan de este parecer. Así, José Fernando Merino Merchán, adoptando una perspectiva histórica y de Derecho comparado, afirma que la negativa a realizar el juramento previsto en el artículo 61 de la Constitución haría que se perdiese la condición de rey y de príncipe de Asturias:

⁷ Insisto en que estas actuaciones de constatación de la Cortes Generales también podrían servir en el supuesto antes analizado de que se aplazase un tiempo el juramento de la princesa de Asturias más allá del 31 de octubre de 2023.

En algunas Constituciones del Derecho comparado en las que la Monarquía es parlamentaria, el carácter constitutivo del juramento está expresamente recogido (por ejemplo, arts. 80 y 8 de las Constituciones belga y danesa, respectivamente). Por tanto, y sin llegar al procedimiento acusatorio por la no presentación del juramento por parte del Presidente como ocurre en algunos regímenes republicanos como Alemania e Italia, si el Rey no presta el juramento al ser proclamado como tal, dejará de ser Rey por propia coherencia con los principios de la Monarquía parlamentaria recogidos en el artículo 1.3. Esto además vendría a probar que en la Constitución española la proclamación-juramento no es un simple rito de sabor histórico, sino un acto esencial para el ejercicio de las funciones del Jefe del Estado.

Cuanto hemos dicho para el Jefe del Estado puede predicarse del Príncipe heredero y del Regente o Regenta al hacerse cargo de sus funciones, aunque naturalmente en su ámbito: esto es, que el Príncipe heredero o el Regente lo son en la medida que prestan el juramento a que se refiere el apartado segundo del artículo 61; y dejan de serlo si no acatan ese juramento. (El Príncipe heredero, D. Felipe de Borbón y Grecia, prestó juramento ante las Cortes reunidas en sesión conjunta el día 30 de enero de 1986). En consecuencia, el carácter constitutivo de la proclamación-juramento no empece ni contradice de ningún modo el principio de continuidad monárquica a que se refiere el artículo 57.1, sino que produce el efecto jurídico-constitucional de apartar de la Jefatura del Estado al Soberano que no manifiesta su sometimiento a la Constitución en los términos que se indica en el artículo 61.1.⁸

Sin duda, son argumentos sólidos, respecto de los cuales ya he razonado por qué no estoy de acuerdo: el carácter normativo del artículo 61.2 de la Constitución no debe llevar a deducir una consecuencia de tal gravedad en caso de incumplimiento, ya que ello supone ignorar que dicho artículo es uno de esos preceptos del Título II que, en caso de incumplimiento, requiere de un complemento normativo, que, además, en este supuesto, está claramente mandado por el artículo 57.5 de la Constitución, ya que la negativa a prestar el juramento por la princesa de Asturias tendría una evidente y grave

⁸ Sinopsis del artículo 61 de la Constitución. Disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=61&ti-po=2>

afectación al orden sucesorio. Pero es que, además de eso, no parece que sea jurídicamente sostenible dotar de una sanción a una norma que claramente carece claramente de ese tipo de consecuencia jurídica.

Para terminar, el análisis de esta cuestión de la eventual negativa de la princesa de Asturias a prestar su juramento, me hizo pensar en otra posibilidad que creo que tiene mucha menos relevancia, pero que igualmente, en mi opinión, debería preverse. Me refiero a si la princesa de Asturias podría, en lugar de jurar, prometer.

A mi juicio, la respuesta es positiva. Es cierto que podría aducirse una interpretación estrictamente literal de la Constitución, que en el artículo 61.2 utiliza claramente la palabra juramento. Sin embargo, una interpretación sistemática y sociológica debe llevar, creo, a concluir que no habría problema alguno en que la princesa de Asturias formulase una promesa.

De las definiciones que recoge el Diccionario de la RAE de prometer⁹ y jurar¹⁰ podría deducirse que en el juramento concurren elementos de especial solemnidad o de referencia a la divinidad en la asunción de un determinado compromiso, frente a la promesa, en la que quien promete se obliga a hacer, decir o dar algo, sin que se introduzcan esos elementos divinos y solemnes.

La realidad es que, más allá de esas diferencias semánticas, las consecuencias son las mismas: la obligación de cumplir aquello que se promete o se jura. Por tanto, creo que no habría ninguna diferencia entre que la princesa de Asturias pronunciase un juramento o una

⁹ 1. tr. Obligarse a hacer, decir o dar algo.

2. tr. Asegurar la certeza de lo que se dice.

3. tr. Dicho de una persona o de una cosa: Dar muestras de que será verdad algo. *La película promete ser aburrida.*

4. intr. Dicho de una persona o de una cosa: Mostrar especiales cualidades, que pueden llegar a hacerla triunfar. *El nuevo refresco de menta promete.*

5. prnl. Esperar algo o mostrar gran confianza de lograrlo.

6. prnl. Dicho de una persona: Ofrecerse, por devoción o agradecimiento, al servicio o culto de Dios o de sus santos.

¹⁰ 1. tr. Afirmar o negar algo, poniendo por testigo a Dios, o en sí mismo o en sus criaturas.

2. tr. Reconocer solemnemente, y con juramento de fidelidad y obediencia, la soberanía de un príncipe.

3. tr. Someterse solemnemente y con igual juramento a los preceptos constitucionales de un país, estatutos de las órdenes religiosas, graves deberes de determinados cargos, etc.

4. intr. Echar votos y reniegos.

promesa, ya que de ello se derivaría exactamente el mismo compromiso. De hecho, desde muy tempranas fechas de nuestra historia constitucional, el ordenamiento jurídico reconoció la sinonimia de ambos términos en el ámbito de los cargos públicos; así, el Real Decreto 707/1979, de 5 de abril, por el que se establece la fórmula de juramento en cargos y funciones públicas, señala que, promulgada la Constitución, resultaba obligado determinar, de acuerdo con la misma, la fórmula de juramento o promesa para la toma de posesión de cargos o funciones públicas; desde ese momento, por tanto, se entienden los términos juramento y promesa como equivalentes a efectos jurídicos.

No parece, en definitiva, que la cuestión ofrezca muchas más dudas, por lo que puede concluirse que la fórmula del juramento de la princesa de Asturias podría ser «juro/prometo desempeñar fielmente mis funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes, respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas y fidelidad al Rey».

V. BREVES IDEAS FINALES

En trámites de apuntalar estas líneas, que en breve terminan, tuve la oportunidad de compartir, en el Congreso de los Diputados, un momento de conversación con Manuel Fernández-Fontecha, a quien le conté que estaba cerrando este trabajo. Además de obtener la tranquilidad de poder comentar el contenido de lo que tiene el lector en las manos con una persona tan eminente y conocedora del tema, Manuel Fernández-Fontecha me hizo, citando a otro ilustre compañero, Diego López Garrido, una consideración que, pese a su simple formulación, está cargada de contenido: la Corona es un tema muy difícil.

Quería decir Manuel Fernández-Fontecha que la Corona es un tema muy complejo desde un punto de vista jurídico, y tiene razón. La monarquía es una institución que tiene siglos de antigüedad, mezcla de simbolismo, tradición, formalidad y principios de legitimidad que no coinciden plenamente con la legitimidad democrática en el sentido contemporáneo; y digo en el sentido contemporáneo porque, como también me hizo ver Manuel Fernández-Fontecha, la monarquía tiene su origen claramente en el pueblo, en ese pacto *Rex-regnum* que

está en la base de nuestra Constitución histórica y de las primeras asambleas representativas.

Si una institución histórico-política lleva existiendo siglos es que es compleja jurídicamente, máxime si, además, para adaptarse a las democracias contemporáneas, ha tenido que experimentar una evolución que le ha hecho perder elementos que en sus inicios eran esenciales, como el ejercicio de potestades inherentes a la soberanía. La constatación de esta realidad debe servir para reafirmar, al mismo tiempo, la necesidad de analizar la progresiva evolución de la institución y el modo en el que puede producirse, así como la trascendencia de hacer ese análisis con el mayor rigor y respeto institucional. Pienso que esa labor de reflexión serena y profunda tiene que redundar en beneficio de la monarquía.

El discurso de Luis Cazorla que he comentado aquí es un ejemplo inmejorable de lo que estoy intentando trasladar. La gran cantidad de cuestiones jurídicas que se derivan, únicamente, de un apartado de un artículo del Título II de la Constitución, es una clara muestra de que atesoramos en nuestro país una institución de una riqueza histórica, política, simbólica, jurídica, social y cultural casi inigualable que, además, ha tenido una importancia trascendental para dotarnos de una de las etapas más estables de nuestra historia, algo que debe ser reconocido y valorado, en mi opinión, por encima incluso de las ideas personales.

Luis Cazorla ha sabido abordar un tema con una profunda carga jurídica, pero también de gran actualidad y, en esa labor, ha realizado una muy importante aportación teórica y práctica, que sirve para dar seguridad y tranquilidad al acto del juramento de la princesa de Asturias. Dicha aportación es la caracterización como costumbre constitucional de los actos que sirvieron para que ejecutar el juramento de S. M. el rey D. Felipe VI en su calidad de príncipe de Asturias, lo que sienta las bases para el correcto desarrollo del futuro juramento de la princesa Leonor; además, ha planteado las principales dudas interpretativas que podían surgir en esta tarea y les ha dado respuesta con profundidad, claridad y rigor.

Por todo ello, solo me queda reiterar mi agradecimiento a Luis Cazorla por haber contado conmigo para hacer estas reflexiones. Mi objetivo ha sido trasladar al lector las cuestiones que más me han

llamado la atención de su discurso y, en la medida de lo posible, enriquecer su visión con ideas y propuestas con las que he pretendido contribuir al estudio, conocimiento, difusión y mejor desarrollo del juramento de la princesa de Asturias. Espero que el lector haya encontrado algo de estas intenciones en su lectura que ya acaba.

«SOMETIDOS ÚNICAMENTE AL IMPERIO DE LA LEY»: UNA INDAGACIÓN SOBRE LA FUNCIÓN JUDICIAL

“SUBJECT SOLELY TO THE RULE OF LAW”: AN ENQUIRY INTO THE JUDICIAL FUNCTION

Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES

Letrado de las Cortes Generales

<https://orcid.org/0000-0002-9636-054X>

Fecha de recepción del artículo: abril 2022

Fecha de aceptación y versión final: mayo 2022

RESUMEN

El presente trabajo parte de una constatación de la relativa irrelevancia del tratamiento del Poder Judicial en el comentario de la Constitución. Si bien se hace mención del contenido de los artículos 117 y siguientes de la Constitución, se centra la exposición en las garantías y en los aspectos organizativos de la función judicial, pero no del mismo modo en cuanto al contenido. Eso es así a diferencia del comentario constitucional norteamericano, donde el estudio del artículo III de la Constitución de 1787 es de fondo, muy extenso y relativo precisamente al núcleo de la función judicial, a diferencia de los estudios más descriptivos del continente europeo, quizá con excepción de la doctrina italiana.

Este artículo responde por tanto a lo que su autor considera una insuficiencia apreciable en lo que se refiere a la definición de la función de juzgar, y pretende por tanto en cierto modo unir al tratamiento convencional una específica referencia al contenido del juicio de la resolución judicial o, mejor aún, a como se llega a tal momento, por qué medios y con qué límites. Y en un segundo pero no menos relevante lugar, plantea igualmente la función judicial en un contexto de Estado democrático de Derecho, aspecto este que, a su vez, plantea un problema muy complejo, el de la función del Parlamento en relación con la citada función judicial.

Palabras clave: Función judicial, origen histórico, versión material de juzgar, teorías sobre la interpretación y la integración del derecho, positivismo y realismo jurídico, discrecionalidad judicial y equidad, control del ejercicio de las funciones de los jueces en un Estado democrático.

ABSTRACT

The origin of this article is the relative irrelevance of the treatment of the judiciary in the commentary of the Constitution. Although mention is made of the content of articles 117 and following of the Constitution, the focus is on the guarantees and organizational aspects of the judicial function, but not in the same way in terms of content. This is in contrast to the North American constitutional commentary, where the study of Article III of the 1787 Constitution is deep, extensive and related precisely to the core of the judicial function, unlike the most descriptive studies of the European continent, perhaps with the exception of the Italian doctrine.

Therefore, this article responds to what its author considers to be an appreciable insufficiency in what refers to the definition of the function of judging, and therefore, in a certain way, aims to add to the conventional treatment with a specific reference to the content of the judgment of the judicial resolution, or, better yet, how that moment is reached, by what means and with what limits. And in a second but no less relevant place, it also raises the question of the judicial function in a context of the democratic State subject to the Rule of Law, an aspect which in turn raises a very complex problem, that of the role of Parliament in relation to the aforementioned judicial function.

Keywords: Judicial function, historical origin, material version of judging, theories on the interpretation and integration of law, positivism and legal realism, judicial discretion and equity, control of the exercise of the functions of judges in a democratic state.

SUMARIO: I. LA CUESTIÓN DEL PODER JUDICIAL. LA OBRA DE LOCKE Y EL ESPÍRITU DE LAS LEYES. II. EL PODER JUDICIAL Y LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE ACCESO A LOS TRIBUNALES. 1. *La defensa del derecho subjetivo y del interés legítimo*. 2. *La construcción anglosajona del standing*. 3. *Las garantías del ejercicio de la función*. III. EL SIGNIFICADO DEL LENGUAJE: UN MUY BREVE PERO NECESARIO RESUMEN PARA COMPRENDER LA CUESTIÓN. IV. LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA NORMA. 1. *El imperio de la ley*. V. EL PROBLEMA DE LA DISCRECIÓN JUDICIAL. LA EQUIDAD. VI. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN. EL LUGAR DE LAS LAGUNAS Y DE LAS ANTINOMIAS EN LA FUNCIÓN JUDICIAL. VII. FUNCIÓN JUDICIAL Y CONTROL LEGISLATIVO: LA RAMA MÁS PELIGROSA. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA CUESTIÓN DEL PODER JUDICIAL. LA OBRA DE LOCKE Y EL ESPÍRITU DE LAS LEYES

La teoría del Derecho es teoría de la jurisdicción y de la jurisprudencia, así como del discurso jurídico (Habermas, 2005, p. 266). Pero también podría decirse que la Teoría de la Justicia en sentido material, desde el punto de vista del Derecho Constitucional, es el centro de una Teoría del Derecho. La función de estas páginas es iniciar una reflexión diferente respecto de lo que se da por sentado, de lo que se considera implícito al referirse a la función judicial, una cierta vuelta a las cosas mismas en el sentido de Husserl, sin otra pretensión que abrir un camino de comprensión a la función que ejerce el juez. No se pretende repetir lo dicho, sino aclarar los puntos más oscuros de la tesis de que la función judicial es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que tiene toda la apariencia de lo tautológico. De lo que se trata precisamente es de saber lo que juzgar y para eso ha de ponerse el acento en la referencia al imperio de la ley como punto de referencia de la definición.

La función de juzgar en el *Ancien Régime* estaba retenida. Esto quiere decir que formaba parte del poder natural del rey, que admitía a lo sumo una separación orgánica, pero sin constituir una nueva actividad, diferenciable por sus propios rasgos de la que corresponde al rey legislador y al rey artífice e impulso de la acción de gobierno. El rey contiene en su *imperium* la función de juzgar, en una indistinción funcional propia y característica del Estado anterior a la revolución francesa de 1789. Estos presupuestos del sistema desdibujan la comparación entre la forma antigua y la forma de juzgar que se inicia, como veremos, con la tesis de la voluntad general y la justificación de la ley. La moderna función judicial comienza con el establecimiento de la ley general como punto central de la aplicación del Derecho.

Por eso mismo, hay que tomar con cautela la identificación de una función judicial propia en el Antiguo Régimen, al existir una indistinción entre aprobación del Derecho y aplicación del mismo, así como por la evidencia de excepciones a la vigencia de la norma que constituían fueros especiales, privilegios, y una imponente masa de instrumentos jurídicos sin sistemática alguna, que desbordaban la citada diferencia. A lo que cabe añadir el surgimiento de la ley como

expresión de la voluntad general, tesis que adoptarán los revolucionarios franceses.

Es citado aquí con frecuencia un autor inglés medieval, Bracton, que postulaba una diferencia entre *gubernaculum* y *iurisdictio*, que ha encontrado eco en España, tratando de encontrar en el bloque de poder del absolutismo una diferencia de asuntos o materias, que dará lugar a una incipiente y limitada diferencia de funciones, prolegómeno de la función judicial moderna. En un caso se hablará de contienda sometida a estrépito de partes, o publicidad, que afecta a derechos subjetivos, entendidos como figuras de mayor garantía que los intereses, mientras que en otras cuestiones el órgano con doble función y sometido a la avocación del asunto por el rey, titular del poder, actúa de forma expedita, sin las garantías de un más complejo procedimiento (Gallego Anabitarte, 1971). Esta es precisamente la base de la diferencia entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción de cancillería, que dio lugar a una escisión en las formas de las acciones y, a través de ella, de una jurisprudencia singularizada y a veces divergente.

Por otro lado, la vinculación de esta etapa al principio de ejecutividad de los actos jurídico-públicos será evidente, de tal forma que se comienza a asimilar desembarazo de formas con capacidad de la incipiente Administración de servirse del carácter obligatorio del acto y a la propia capacidad de la ejecución, con mucho mayor vigor en el ámbito del Derecho llamado continental, es decir, excluyendo a Inglaterra y los Estados Unidos. Formación de la Administración contemporánea y ejecución y acción de oficio van siempre en paralelo, lo que redundará en la imposición de una Administración muy poderosa, con el surgimiento de las comisiones independientes como punto de acumulación de la tripartición de funciones, legislativa, ejecutiva y judicial.

Es el acontecimiento revolucionario de 1789 el que definirá, aunque finalmente en el sentido continental, el imperio de la ley. Utilizamos ese calificativo por la influencia de la actuación de los Parlamentos en el Antiguo Régimen y también por su papel singular en las quejas contra el soberano, en base a la existencia de unas supuestas leyes políticas que templaban el absolutismo (García de Enterría, 2005). Los *Parlement* franceses eran una configuración derivada de

la atribución al estamento nobiliario de la jurisdicción, lo que les permitía a través del derecho de registro y del derecho de rechazo en relación con el depósito un cierto control sobre la acción del monarca, aunque se ejercitase la justicia en nombre del monarca. En la etapa final del Antiguo Régimen los citados *Parlement* contribuyeron a la transición a la Asamblea Nacional, haciéndolo también sobre todo una amalgama de ideas que tuvieron acogida en Condorcet, Voltaire, y Constant y su concepto del poder moderador, además del siempre citado Montesquieu, en orden a incorporarse a la peculiar visión de la Justicia y de la Administración a través de la Ley 16-24 de agosto de 1790 (Troper, 1980, pp. 190 y ss).

En todo caso, ese ejercicio de una previa supuesta función jurisdiccional *avant la lettre* es tan insuficiente para entender el Poder Judicial hoy como la jurisdicción retenida, la organización medieval de los jueces, o la relevancia de los tribunales del canciller, pues todas ellas son técnicas propias del Estado estamental, momentos históricos en que la racionalización del origen del poder no ha llegado todavía y las instituciones están sometidas a un poder único, detentador personal de una soberanía única e indivisible. La jurisdicción de hoy, en la etapa de las Constituciones racional-normativas, no tiene nada que ver con la que se ejercía en la etapa preconstitucional (Álvarez Conde y Tur Alsina, 2017, p. 727)¹. Y esta evidencia es precisamente la que se ignora en el comentario constitucional, donde existe una remisión al puro contenido descriptivo del artículo 117 de la Constitución.

En la evolución histórica, la separación entre una función judicial antigua y una moderna no se fundamenta tanto en la diferencia entre tipos de mandatos que el juez puede dirigir, como en la aparición de la ley como elemento nuevo, sometido a la consideración de voz del Estado, pero también como mandato del pueblo que por su propia naturaleza es irrevisable y a la que el juez debe obediencia. Será este un elemento diferencial, producto de la incorporación de las ideas políticas nuevas en el Antiguo Régimen, donde la función de juzgar era en su versión del Derecho Común o del Derecho del Canciller una función del fondo de poder del rey. A ella se referirá el propio Montesquieu, sin aclarar demasiado, como la *puissance de*

¹ En una de las muy escasas referencias a la necesaria incorporación por el juez en su actividad jurisdiccional de los valores y principios de la Constitución.

juger, que definirá como un poder de algún modo nulo, precisamente en la misma línea de predominio del principio de legalidad que se fundamenta en el carácter general de la ley, auténtico elemento de la misma.

La idea de los cuerpos intermedios había sido un elemento esencial en la descripción por Montesquieu de una compensación de poderes en el régimen de la Monarquía Absoluta, pero los doctrinarios de la Revolución advirtieron en seguida del peligro de sostener un control por el estamento nobiliario, o cualquier otro estamento profesional, de los poderes judiciales. La preeminencia de la ley como expresión de la voluntad general y la génesis del principio de igualdad en la propia revolución excluían la posibilidad de que la Justicia actuase con una función política, sea de estímulo o de freno de las iniciativas de la Administración pública. Esa estimación de posible riesgo de un gobierno de los jueces tiene una justificación también en la cautela que introdujo Eisenmann respecto del principio o regla de separación de poderes en cuanto la consideraba una regla política y no una regla jurídica (1933).

Eisenmann prueba en su artículo que la separación de poderes en la obra de Montesquieu era como tal inexistente, situando el origen de este mito en 1749, y en la misma línea afirmó Kelsen que el significado histórico del principio llamado de separación de poderes reside precisamente en el hecho de que actúa más contra una concentración de poderes que por su separación, insistiéndose como contenido en la exclusión de un monismo de ejercicio, en la función de coordinación y en la no concesión a los jueces de su condición de poder supremo, pues no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley.

La función judicial, tal y como hoy la conocemos, asienta su diferencia sobre la objetividad de la función democrático-racional de determinación del Derecho, su sumisión exclusiva a la ley y lo que podemos llamar los elementos instrumentales, como la independencia, la inamovilidad, la imparcialidad o la exclusividad. Esta consideración moderna de la institución, se orienta al menos en parte en los trabajos del iluminismo, sobre todo en materia penal, y está tan interiorizada que de su origen en la citada opinión política y jurídica no queda el rastro de una auténtica revolución. Buena prueba de ello era que, en su configuración original, no aparecía ni en la distinción

de Locke en el Segundo Tratado, que se refiere a la función judicial dentro del Poder Legislativo, ni en el catálogo de Montesquieu, que en su obra se refería a un poder legislativo, un poder ejecutivo de las cosas regidas por el Derecho Civil y un poder de las cosas regidas o sometidas al Derecho Internacional –poder federativo, en la combinación de Locke².

La función judicial moderna del Estado liberal de derecho se contrapone a cualquier idea de justicia estamental, jurisdicción retenida o delegada, absorción por los órganos ejecutivos o dependencia orgánica o funcional, rasgos todos ellos que eran característicos de la función única de ejercer el poder que es la marca del Estado absoluto. Esto quiere decir que fuera de estos casos no tiene iniciativa y que incluso dentro de tales casos o controversias, regidos por el principio de aportación de parte, que aplastó el principio inquisitivo, la función judicial es nula, en el sentido de acción eficiente (Otto, 1991, pp. 287 y ss.). Sin embargo, la Revolución francesa hizo una distinción entre la jurisdicción y los actos de control de la Administración pública. De ese modo, los jueces ordinarios no estaban facultados para la revisión de los actos administrativos, que tenían atribuida la ejecutividad y la acción de oficio, a diferencia del caso del juez inglés, en que la jurisdicción no distinguía entre tipos de acción en función del objeto del proceso, distinción que sería esquematizada por Dicey en un estudio clásico (2013).

Desde el punto de vista de las funciones del Estado, concepto tan estimado en el pensamiento de la Teoría General del Estado, sobre todo en Gerber y en Jellinek, en su aplicación a la función judicial se ha enfocado preferentemente por dos visiones del mismo. En un caso, se trataría de una función cualificada de ejecución de la ley, lo que plantea el problema de la diferenciación con la idea de la Administración como otra modalidad de ejecución de la norma general, lo que obliga a la distinción en la práctica y a la existencia de una jurisdicción de conflictos. Este enfoque ha prevalecido en aquellas jurisdicciones donde no se estableció una distinción originaria entre enjuiciamiento de los conflictos privados y control de la Administración, pues fue en aquellas en las que se separó la función de administrar de la

² El análisis de Eduardo García de Enterría, en *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Aranzadi 2005, es de cita obligada.

función de juzgar al menos desde el punto de vista de la atribución de competencia judicial.

El segundo gran enfoque del Poder Judicial por su función, o por la función que presta en el sistema de poderes constitucionales, es el que atiende a su función de resolución de conflictos de origen privado. En este caso se pone el acento en la atribución al Estado de una función pública que tiene por objetivo la solución de conflictos como superación de la autotutela (Carré de Malberg, 2000, pp. 654 y ss.). Esta versión de la función judicial pone el acento en la neutralidad y conlleva necesariamente que se vincule con la garantía de la independencia, que en este caso, muestra su faz de composición de conflictos, como función mediada de aplicación del derecho, que el Estado autodetermina como propia. Es esta la modalidad de la función de juzgar que se identificó antes con la soberanía, pues la exigencia de la resolución de las disputas se consideró un requisito vinculado con la seguridad y el orden público social.

La diferencia entre enfoques es apreciable. En uno aparece como criterio judicial el que delimita la actividad legítima de las administraciones que no son Administración de Justicia, mientras que en otro es el conflicto entre privados, derivado de las reglas del derecho común. En el primero destaca la función como potestad, atribuida legítimamente por la Constitución, que al hacerlo efectúa aun sin querer un reenvío a un ordenamiento que, en general, es anterior a las ideas del carácter normativo y de la supremacía de la Constitución.

La pregunta clave de la cuestión aquí tratada es qué significa juzgar, es decir, qué elementos de la potestad la caracterizan *materialmente*. No se trata de reiterar la independencia, inamovilidad, responsabilidad o demás rasgos personales y funcionales, ya suficientemente estudiados y analizados en los libros, sino definir qué es la función de juzgar, para lo que el último añadido es crucial: «sometidos únicamente al imperio de la ley». Los primeros requisitos son externos a la función, mientras que la referencia a la sujeción a la ley es interna, se refiere al producto de la actividad, y no se puede considerar como una síntesis de los presupuestos sino como la condición de la función que la distingue de otros actos jurídicos estatales. No se trata, por tanto, ni de enunciar, ni utilizar la sujeción a la ley como una condición del ejercicio de la función judicial, sino de su esencia.

Si bien se trata solamente de una aproximación, el Código Civil suizo de 10 de diciembre de 1907 es uno de los pocos casos de referencia al ejercicio material de la función, al establecer que:

1 La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou de la loi l'esprit de l'une de ses dispositions. 2 À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. 3 Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

Y en el artículo 4 dispone:

Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs.

Estas reglas, bastante insólitas en el Derecho comparado, ponen la atención de forma muy concisa en el criterio de decisión, tanto en términos de un Derecho reglado, como en equidad o discrecionalidad, que son técnicas diferentes y a las que, a ambas, alude ese precepto.

Una diferencia importante, vinculada a la cuestión de la distinción entre creación y aplicación del derecho (Guastini, 1999, pp. 365 y ss), es que, frente a la naturaleza esencialmente axiomática de la ley, que necesita para su interpretación el complemento de una actividad deductiva, el juez realiza, sobre todo para la jurisprudencia realista del Derecho, una labor empírica, discontinua, inductiva y, en definitiva, tópica, en la línea del segundo Kelsen, distinguiéndose en este aspecto de la creación del derecho, distinción esta entre creación y aplicación que es de la mayor importancia para subrayar la diferencia específica de la función judicial. La teoría realista irá más allá, calificando a la ciencia de la jurisprudencia como teoría de predicciones de lo que juez hará en el caso (Leiter, 1997, pp. 267-315). La indeterminación del Derecho será la conclusión escéptica.

La potestad jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es competencia exclusiva y excluyente de los jueces y tribunales. Esta determinación se extiende a la selección de la norma aplicable, incluso en su dimensión temporal (validez,

eficacia, vigencia, retroactividad,) y espacial (territorialidad), así como su interpretación, con la subsunción en ella del presupuesto de hecho, operaciones necesarias para configurar la premisa mayor del razonamiento jurídico, operaciones que son privativas de la función judicial y han de producirse con la independencia de criterio querida por la Constitución. Esta es una definición material de la jurisdicción, que se refiere a los contenidos de la función. Única, exclusiva y limitada por la ley.

Los rasgos universales homogéneos de esta función pueden sintetizarse en los siguientes apartados:

- a) Es una potestad, en la línea de la definición de este concepto por Hohfeld (1913), que lo opone a incompetencia. Si bien implica un poder, no es un derecho subjetivo del juez porque conlleva un deber de servir a la ciudadanía. Correlativamente al poder, en su faz pasiva, las partes en juicio están subordinados a lo establecido por la sentencia, que es obligatoria. Lo que a su vez justifica el que exista un poder de ejecución de las sentencias que se atribuye generalmente también al Poder Judicial.
- b) Se habla de la inexcusabilidad de la función, aunque unida a la existencia de una pretensión, a lo que se ha añadido por algunos autores como rasgo esencial de la función la irrevocabilidad de lo resuelto. A este elemento haremos especial referencia, desde el momento en que se trata de un elemento ajeno a las clásicas definiciones que se determinan por los principios de garantía de la independencia y autonomía en el ejercicio de la función, además de justificar la imparcialidad a que se deben los jueces en el cargo.
- c) Hay un aspecto de la función que tiene una relevancia doctrinal muy concreta. Al ejercer la jurisdicción se aplica el derecho pre-existente, pero también se crea una norma particular y singularizada. Es esta la que se cumple por la fuerza. El Derecho, antes de su concreción en la sentencia, es más bien difuso. Según algunos autores, el verdadero derecho es el contenido de una sentencia, porque solo respecto de ella puede predicarse la característica de la coercibilidad. En este aspecto, la posición doctrinal de Hans Kelsen es decisiva.
- g) Las decisiones de los tribunales, reuniendo ciertos requisitos, tienen efecto de cosa juzgada. Esto implica previamente y como

ya se ha anticipado, que sus decisiones son irrevocables, salvo contadas excepciones, excepto en vía de recurso. En este sentido se les opone la posibilidad de revisión de oficio de los actos administrativos, en los que la Administración puede reformarlos en determinados casos, lo que no ocurre con la intangibilidad de las resoluciones judiciales. Si bien este elemento no ha sido justificado, es una característica que una vez dictadas las resoluciones judiciales no se pueden modificar, si no es por vía de la aclaración o del recurso.

Estas definiciones forman parte del núcleo de la respuesta a qué es juzgar, mucho más complejo de lo que la formula clásica deja entrever. Son más bien componentes de una definición que no se reduce a señalar que el juez aplica la ley, pues esos elementos tampoco aparecen de un golpe, sino que se van incorporando a la definición en un proceso que tiene algo de parecido con el concepto de *common law*, como puso de manifiesto Holmes. Esta evolución casi naturalista, producto de una acumulación de factores que aprenden del régimen político, en cierto modo impide referirse a la función judicial como algo acabado y completo, pues como este artículo pondrá de manifiesto finalmente se trata de un problema en que lenguaje, justicia y derechos tiene cada uno su lugar.

Siendo todo ello cierto, el concepto democrático de la función judicial se apoya en varios elementos adicionales (Álvarez Conde y Tur Alsina, 2012, pp. 629 y 631). En primer lugar, se debe ampliar el requisito de que los jueces deben aplicar la ley y el derecho, mediante reglas y conforme al uso de esas reglas. Lo que forma parte del contenido de la función judicial hoy es la aplicación del ordenamiento conforme a la Constitución, a sus principios y valores y a los derechos fundamentales, centrando la atención en los conceptos de justificación, suficiencia del razonamiento, o motivación reforzada, racionalidad y aceptabilidad, que van más allá de la motivación, es decir, siguiendo una regla.

En este punto, esencial en el proceso de aplicación del Derecho, se ha distinguido entre la función argumental de la decisión política o administrativa y la del acto jurisdiccional. A diferencia de la intensa coloración de los primeros por la finalidad, la decisión jurisdiccional se basa en un modelo argumental distinto, partiendo de

la base de la existencia de modos de argumentación y fundamentación como la base del razonamiento.

En el caso de la función jurisdiccional, y adelantando conceptos que serán abordados en mayor detalle en el capítulo siguiente, solamente alcanza aceptación general si se fundamenta en premisas que tengan a su vez esa aceptación. Esa exigencia de fundamentación en criterios de aceptación general, que puede ya considerarse integrado en la actualidad en la sujeción al imperio de la ley, se cumple de dos formas complementarias. Uno es la sumisión a la norma, en ese sentido el enfoque clásico, y otro el relativo a las reglas de aplicación, como criterio complementario de fundamentación fundado en la conciencia jurídica general.

A la primera clase pertenecen las reglas de interpretación y las formulaciones de la ciencia jurídica, mientras que a la segunda, pertenecen los precedentes y la jurisprudencia a la que el ordenamiento otorgue fuerza vinculante, lo que mantiene al carácter esencialmente jurídico del acto aplicativo y lo diferencia de los emanados por otros poderes del Estado, pudiendo citarse aquí la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la unidad del Derecho, que dan lugar, dentro de ese segundo apartado de las reglas de aplicación, al precedente, el principio de igualdad y la unidad de doctrina a través de la articulación de un recurso como el de casación (Otto, 1991, pp. 288 y ss).

No basta con una referencia al imperio de la ley, como sostiene la mayoría de la doctrina que se ha planteado el problema de la legitimación democrática, sino que son la Constitución y las leyes que la desarrollan las que tienen que ser aplicadas. El imperio de la ley no basta para la legitimación del Poder Judicial. Aunque el concepto de función judicial parece que simplemente se toma de lo ya existente, anterior a la Constitución, nada tiene que ver con la anterior. Esta es una consideración fundamental. La sujeción al imperio de la ley es un mandato y no significa simplemente una zona de delimitación negativa, aquello que el juez no puede hacer, sino que tiene una vertiente positiva, aquello que el juez debe hacer. Eso es recogido por la doctrina alemana en materia del delito de prevaricación judicial, al sostener la teoría de los deberes, como alternativa a la tesis subjetiva u objetiva sobre ese delito. Son los deberes los que cifran la línea roja de la resolución prevaricadora, más que el conocimiento de que se dicta

resolución injusta o lo patente, ostensible y evidente carácter injusto de la resolución. Es la infracción del deber del juez, no su convicción o lo insostenible de la resolución, lo que marca el límite.

Esta consideración tiene que distinguir entre jurisdicción bajo la vigencia de la Constitución y de los derechos fundamentales y jurisdicción en un sistema sin las citadas contenidos y garantías materiales. Este es un hecho indudable, que, sin embargo, no se recibe cuando se comenta la función judicial. Por ello, el análisis de la jurisdicción desde la perspectiva segunda, previo a la Constitución normativa, es dependiente y derivado de la función constitucional del juez, y se refiere a aspectos más bien externos, o relativo a las situaciones, derechos y deberes de los jueces, inamovilidad, independencia y otros similares, sin estudio alguno de la función jurisdiccional en cuanto tal en un modelo de Constitución normativa. No hay que olvidar que la jurisdicción se dirige a controlar el comportamiento, otorgar instrumentos para el desenvolvimiento de la interacción privada, regular la distribución final de bienes y servicios, y también para resolver disputas que están fuera de la positividad normativa (Raz, 1985, p. 213).

En una primera aproximación al contenido material de la función de juzgar, en este tipo de orden constitucional, se ha sostenido como criterio de identificación principal de la función de juzgar que la sentencia contenga una solución justificada y aceptable en base a sus propios argumentos. Para ello, el procedimiento de llegar a la conclusión debe tener una misma estructura. La forma de llegar a la conclusión, el camino seguido, en todas sus etapas, debe ser la misma. No puedo llegar por el mismo camino a dos soluciones diferentes, al haber dado los mismos pasos lógicos para alcanzar la conclusión. Por eso mismo, la solución, en las palabras de un ilustre filósofo analítico, está cargada de teoría, por lo que es el camino el que determina la unicidad de solución justa, a la que haremos referencia al analizar la discrecionalidad judicial. La resolución en base a principios es por tanto la última justificación del ejercicio de la jurisdicción (Alexy, 2013), justamente el fundamento central del ejercicio de la función de juzgar. Esta tesis no ignora el carácter abierto de los conceptos jurídicos, pero por ese reconocimiento no asume la discrecionalidad de la función judicial que está en cierto modo en la base del realismo.

El argumento tiene que ser aceptable desde un punto de vista general. Esta es una circunstancia difícil de precisar, en cuanto la referencia a la generalidad excluye la solución del caso concreto como único elemento a evaluar desde la perspectiva de la aceptación, en la que juega un papel tan relevante el ciudadano afectado como la comunidad jurídica. La aceptación tiene que examinarse respecto del razonamiento en un contexto de generalidad. La idea de la aceptación es relativamente reciente, pues la versión antigua del Poder Judicial hacía destacar con mayor relevancia los rasgos de autoridad, entre ellos la sujeción procesal o sujeción a procedimiento y el deber de cumplimiento, centrándose así en los aspectos clásicos derivados de la ley o norma como mandato de la autoridad que la promulga.

La pregunta es inmediata: ¿Ante qué Tribunal se evalúan las citadas justificación y aceptación? Si bien la idea es una forma de solucionar el problema de la presente encuesta, es decir, qué significa el imperio de la ley, plantea el problema de la constatación, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo. Lo justificable o lo aceptable parece comparecer ante la racionalidad de un ajeno al conflicto jurídico en que interviene la jurisdicción, como tal, pero eso limita su efectividad a los casos en que la valoración sea hecha por el propio sistema jurídico, es decir, a través del sistema de recursos. Pero este no es el significado propio de la justificación o de la aceptación, que tiene ante sí una comunidad reconocible, a la que se remite el criterio final.

Es una observación evidente que la justificación y la aceptación son conceptos relativos, en cuanto la pregunta es más bien quien justifica y quien acepta. En este punto, se ha hecho referencia, en una línea inspirada en la teoría de la acción comunicativa, a una comunidad jurídica, en el sentido de personas que conocen y practican el Derecho. Esto supone que el criterio remite a una comprobación heterónoma, no a una autojustificación, si bien al elaborar la opinión el juez debe tener en cuenta que hay observadores de los métodos que sigue y de la conclusión de la argumentación.

Es decir, el criterio de la justificación o de la aceptación es relevante, pero no es un criterio que se pueda contrastar por sí mismo. Ese es sin duda el talón de Aquiles de ese criterio de identificación. Puede llegarse a una solución común en la infinita comunidad de

investigadores, pero puede no ser así, en cuyo caso la justificación y la aceptación son criterios, no certezas. Esto constituye un grave problema en el terreno al que se dirige el presente artículo, la indeterminación en la función judicial. Y este consiste en que por mucho que se refieran los principios de aplicación del Derecho a justificación y aceptación, es necesario recurrir a criterios que no dependan del auditorio, siempre abierto, como ocurre en la comunidad de investigación. Los criterios que dependen de un auditorio que alcance un consenso es una salida de la acción comunicativa para, en cierto modo, trascenderse a sí misma, pero no se refiere al criterio en sí. Volveremos sobre este punto al estudiar la tesis de los principios neutrales y generales, tesis que no asume la comunidad de interpretación y su consenso, sino que apunta al proceso discursivo de la sentencia.

Si bien lo estudiaremos más adelante, ya en el marco de la discreción judicial, puede adelantarse que sea la propia resolución judicial, su método, su estructura, la que concrete parámetros de control en cierto modo más autónomos. Es decir, que no dependan de una apreciación de conformidad de otro u otros sino de la generalidad de la solución.

En el mismo sentido, hay modelos y técnicas. Entre los primeros se refiere la doctrina a un modelo silogístico, un modelo realista, vinculado al realismo escandinavo y norteamericano, un modelo positivista, que contiene la así llamada discreción judicial, y el modelo de la única solución, este último defendido por Dworkin³. Por otro lado y en lo que se refiere a las técnicas que utilizan pueden ser inductivos, deductivos, axiomático-deductivos, analógicos, analíticos o sintéticos, dialécticos, resolutivo-compositivos o retóricos (Vives Antón, 2018, pp. 641 y ss). La consideración de estos modelos es esencial para dar concreción al imperio de la ley.

Aquí pueden citarse una multitud de aspectos que se refieren al ejercicio de una jurisdicción material, reconocida tanto por el realismo jurídico como por el segundo Kelsen, que puso la atención en la aplicación del derecho como hecho, en su función expresiva más que hilética. Esa visión material de la jurisdicción de carácter empírico en un Estado democrático ha recibido más atención de los filósofos

³ Prefacio de Albert Calsamiglia a la obra de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel 1995, pp. 20 y ss.

que de los comentaristas jurídicos, siendo la aportación de Habermas muy relevante. Lo que ocurre es que la versión extrema del realismo jurídico convierte la jurisprudencia en un análisis prospectivo de casos, desde una perspectiva estrictamente empírico-psicológica, que hace de la predicción en base a tales elementos el único factor a considerar.

En relación con el mismo problema, distinguiendo entre creación y aplicación del derecho, Guastini considera la función judicial como interrelacionada totalmente con la teoría de la interpretación (Rodríguez, 2021, pp. 544 y ss). La interpretación como tarea de la aplicación es hoy día el punto clave para valorar la jurisdicción, lo que no está limitado exclusivamente a la jurisdicción constitucional. Es la indispensable especificación y concretización de la sujeción al imperio de la ley. Las variantes de la interpretación admisible son esenciales, lo que incluso ha llegado a plantear la naturaleza materialmente constitucional del artículo 3 del Código Civil. Si bien ello debe considerarse descartado, no puede olvidarse cuando se refiere a la aplicación del derecho a la que están sometidos los jueces.

Existen dos principios que pueden entrar en conflicto: la seguridad jurídica y la justificación de la decisión. Si el primero es una garantía pragmática de estabilización de las posiciones jurídicas, el segundo principio se refiere a que la decisión judicial además de estar motivada sea aceptable. Legitimidad es aquí justificación y aceptación del razonamiento. Y aunque todo esto parezca muy abstracto, es el punto clave de una referencia al Poder Judicial. Siendo principios muy importantes la independencia, la exclusividad, la inamovilidad, la unidad jurisdiccional y la responsabilidad u otros elementos, no tienen nada que ver con la función esencial del Poder Judicial. La diferencia entre la sujeción a la ley como forma de actuar y los medios de garantía del ejercicio de la función y de su organización, a los que aluden la inamovilidad y la unidad jurisdiccional, es tan relevante que opaca la necesaria atención al elemento del cómo se ejerce la jurisdicción.

Por ello, el criterio del imperio de la ley en un Estado democrático se precisa con una referencia obligada a una revalorización y defensa de los valores constitucionales a través de la práctica judicial y por supuesto de la técnica jurídica y de la Teoría del Derecho (Otto,

1999; Alvarez Conde y Tur Alsina, 2012, pp. 638 y ss). Es decir, la legitimidad viene no del simple atenerse a la ley, que legitimaría a regímenes dictatoriales, sino a la vinculación a los valores, a los principios fundamentales y a los derechos fundamentales. Y esto supone que la interpretación de la ley es interpretación conforme a la Constitución y que es en ese punto donde el juez es órgano del Derecho, *viva vox, iuris dictio*, en las palabras de García de Enterría, sometido no solamente a la ley sin también a la justicia. Este órgano del derecho no es un órgano del Estado, y no está sometido los restantes poderes, lo que no quiere decir que sea un órgano libre.

Se plantea en este apartado relativo a la función judicial en un Estado democrático la llamada teoría del uso alternativo del Derecho, indicando que de acuerdo con la misma el método se ampliaría a la defensa de una sociedad más justa. En este aspecto la función democrática del juez sería utilizada en favor de la justicia social, conforme a criterios que podrían calificarse de jurisprudencia *ad hoc*. Esta tesis podría tener un apoyo en las llamadas cláusulas de igualdad material de las Constituciones del Estado social, aunque nunca ha sido aceptado como criterio general, pues desplazaría al principio de seguridad jurídica.

Si bien la doctrina del uso alternativo es rechazada, al menos en la actualidad, una cuestión como la que plantea está en el origen de las polémicas sobre interpretación que han surgido al estudiar esa aplicación de la ley. En el caso de la interpretación de la ley la cuestión se ha centrado más en el medio que en el efecto, mientras que en el supuesto de la interpretación constitucional se ha enfocado desde la perspectiva del resultado de una determinada técnica de interpretación, siendo las dos ramas más controvertidas el originalismo o interpretativismo y el no interpretativismo. Si bien esta es una cuestión del Derecho Constitucional contemporáneo, afecta con toda claridad a la función judicial. La cita de Dworkin del caso *Riggs vs Palmer*, se refiere a la función jurisdiccional en su sentido más evidente, la selección de la norma aplicable o su ausencia y los métodos de integración admisibles, no desde una perspectiva constitucional sino estrictamente judicial, es decir, en un caso concreto.

En las citadas polémicas, que llegan hasta hoy, se confunden modelos de aplicación con modelos de interpretación. Si bien esta

distinción afecta al grado de libertad en la aplicación, utilizando esta como concepto más amplio, la cuestión no está definitivamente resuelta. La referencia a ese caso de los tribunales de Nueva York tiene su importancia por atender al efecto de la resolución del caso, al no existir una norma expresa que refleje la solución buscada. Para ello, se refiere a un principio, el relativo a que nadie puede ser beneficiario de su propia torpeza.

En segundo lugar, la función judicial es completamente ajena al conflicto, respecto del cual el juez no tiene iniciativa, a diferencia de la función administrativa. Este es un rasgo típico de la jurisdicción, y a la vez una exigencia de la función, la vinculación estricta a la aportación de parte en toda clase de procedimientos. Si bien en las leyes procesales vigentes se mantiene una referencia a la iniciación de oficio, ha de entenderse derogada por el estatuto constitucional del magistrado, que proscribiera cualquier actividad de investigación o decisión que no esté instada por parte legitimada y en relación con una propuesta externa (Díez Picazo, 2009).

Ello plantea problemas especiales problemas en el caso de la jurisdicción sobre las decisiones de la Administración pública, donde se ha configurado un modelo de enjuiciamiento dirigido por la pretensión de declaración de la nulidad de un acto previo. En estos casos, no hay un conflicto jurídico entre partes, sino la impugnación de una actuación de las Administraciones públicas, o entidades asimiladas, materializada en una norma o en un acto, donde la parte recurrida es un ente público con el privilegio de decir el derecho, aunque no de forma irrevocable, en cuanto frente al principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales se opone la posibilidad de anulación, revocación o corrección de error por la propia Administración.

También en relación con los casos de control de los poderes públicos, y ya desde una perspectiva de interrelación entre la función judicial y la confirmación de un Estado activo, la doctrina ha diferenciado entre el juez ejecutor, el juez guardián, el juez delegado y el juez político basándose en criterios de creatividad jurisprudencial y de autonomía política. Correspondiendo al juez ejecutor una baja creatividad jurisprudencial y una baja autonomía política y al juez político las circunstancias opuestas (Garrido Gómez, 2014, pp. 24).

Apunta esta diferencia a la relevancia de la condición personal del juez, como elemento ineliminable puesto que hay un límite a la homogeneización por la vía del estatuto del mismo. Esta condición determina modos de ejercicio de la función muy diferentes, modelos de juez, pero nada tiene que ver con la función como aplicación igual de las normas, que convierte en indiferente al que firma la sentencia.

II. EL PODER JUDICIAL Y LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE ACCESO A LOS TRIBUNALES

1. La defensa del derecho subjetivo y del interés legítimo. 2. La construcción anglosajona del standing. 3. Las garantías del ejercicio de la función.

La importancia estratégica de la cuestión de la legitimación ha sido puesta de manifiesto por la doctrina francesa en relación con la jurisdicción contencioso-administrativa, seguida en este punto en cuanto a esfuerzo por la doctrina italiana, al identificar una suma de casos en que es una norma abstracta y no un derecho concreto el que es sometido a enjuiciamiento, al hilo de la distinción entre un contencioso de anulación y un contencioso de plena jurisdicción. Tema suscitado precisamente por la intensificación del control sobre las actividades de los poderes públicos, en cuanto actividades densamente reguladas en comparación con la libertad contractual del Derecho Privado (Otto, 1989, pp. 61 y ss), donde se refiere siempre la petición a un derecho subjetivo en el marco de acuerdos, convenios o contratos y con un límite más ambiguo fijado en el orden público económico.

Puede creerse que se trata del viejo problema de la legitimación, pero el tema va más allá, afectando al estudio de la jurisdicción desde la perspectiva constitucional. Las cuestiones aludidas son centrales en el Derecho inglés y norteamericano y tienen una trascendencia constitucional tan palmaria que forman parte de la exposición del Derecho Constitucional y Administrativo, de tal modo que el carácter de la petición determina una compleja doctrina analítica sobre *political question*, *standing*, *ripeness*, *mootness* y otros conceptos prácticos acuñados por una jurisprudencia atenta a la definición judicial de la justicia como competencia-función (Chemerinsky,

2011, pp. 92 y ss), conceptos que se han incorporado al contenido del Derecho Constitucional y que en España se sitúan más bien en obras generales de organización judicial o incluso en los manuales del Derecho procesal. Ha de añadirse al contenido necesario de ese Derecho Constitucional la cuestión de la interpretación judicial, los modos de interpretación constitucional y el análisis del precedente y de las variaciones de la doctrina que pueden –o no– llevar acabo los tribunales. Todo esto es materia propia de la función jurisdiccional y supera la tradicional lectura y comentario consistente en la glosa de las garantías jurisdiccionales (Otto, 1991, pp. 288 y ss).

La cuestión de quien está legitimado se refiere a la titularidad del interés y, a la vez, el poder de poner en marcha el poder del Estado, a la acción en sentido procesal. No es una cuestión de relación con el asunto debatido, como postula la legitimación desde un aspecto estrictamente procesal, sino de poder jurídico para actuar el proceso coercitivo, mediante el que el Estado se sitúa como árbitro y también como delegado para resolver definitivamente sobre una cuestión de hecho y de Derecho. Aquí, la acción no se confunde con la legitimación, en cuanto la primera es un recurso abstracto, que define la propia esencia de la función jurisdiccional desde la perspectiva del ciudadano.

La relación de la parte, en sentido procesal, con el *thema decidendi* y la pretensión o lo que se pide al Tribunal, son cuestiones constitucionales del más elevado orden. No afectan solamente al que pretende la justicia en el caso concreto, sino que son una cuestión esencial de la jurisdicción. Y tal cuestión está tan poco atendida como la que la causa, ya que, si las nociones básicas son estructuralmente constitucionales, la denominada politización judicial ni siquiera sería planteable (Bickel, 1982, pp. 63 y ss).

La relevancia constitucional de la figura del interés, del efecto reflejo y de los derechos a la legalidad es puesta de manifiesto en el estudio detallado que los manuales de Derecho Constitucional de los Estados Unidos hacen del *standing*, como requisito central de la exigencia de *case or controversy*, y del que su núcleo central es la existencia de una *injury*. La noción apunta a una legitimación examinada estrictamente, que limita la iniciativa del Tribunal y que obliga a una conexión necesaria entre *injury* y caso.

En paralelo y construida inicialmente sobre la base de la existencia de vicios o defectos de orden público, (como incompetencia, *manque de procedure* y desviación del fin de la potestad), la doctrina en Francia, sobre todo en el caso del Derecho Administrativo, ha elaborado una típica cuestión de relación con el proceso, sobre bases no pragmáticas, que ha configurado un derecho reaccional para intentar la supresión de un daño al interés, sin tener que invocar un derecho subjetivo pleno, dentro de los cuales se sitúan los patrimoniales, los jurídico-reales y los derechos derivados de una actuación procedimental de prestación⁴.

Junto a este elemento de la relación de la parte con el interés que inicia la acción la teoría del Poder Judicial se ve completada por la inmadurez de la pretensión, *ripeness*, y por la desaparición del objeto del procedimiento, a la que se refiere la *mootness*. El conflicto o bien es prematuro o bien ha perdido su objeto, como diríamos en España. Estos dos elementos, junto con el requisito de *standing*, *case or controversy*, y *political questions*, se refieren de una forma práctica a la limitación estructural de la función judicial, basándose en principios flexibles, que se completan con unas leyes de procedimiento más breves de lo que es habitual en Europa. Los requisitos de acceso a la justicia son auténticos principios constitucionales, de aplicación general en todos los casos, pues atienden a los elementos comunes de toda pretensión.

Junto a estos principios sustantivos existen otros que pueden calificarse de soportes del estatuto de la función judicial democrática. Entre ellos los rasgos de independencia, inamovilidad, imparcialidad, exclusividad y responsabilidad. Los mismos, entre los que no se ha incluido el tradicional de sujeción a la ley, se han reiterado como ejes de la acción judicial, en cuanto protecciones de los propios jueces y de los ciudadanos. La sujeción a la ley no es un elemento de la condición del cargo, pues se refiere a la esencia de lo que el juez hace, por lo que es un rasgo típico de la función en cuanto función. Y lo primero que hay que destacar es que los hemos calificado de garantías, lejos de la

⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández-Rodríguez, Curso de Derecho Administrativo, Volumen II; Civitas 2004, pp. 45 y ss, con cita de la principal doctrina francesa e italiana, Laligant, Kornprobst, Auby y Drago. Muy especialmente, Bruno Kornprobst *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir* LGDJ, 1959.

referencia inequívoca a la propia función de juzgar a la que se refiere el artículo 117 en su referencia a la sujeción al imperio de la ley.

La independencia judicial es una garantía del ejercicio del cargo, como lo es la inamovilidad. Las garantías de libre ejercicio se extienden a una protección especial frente a la remoción, que supera lo establecido para la función pública no judicial. El cargo de juez está especialmente protegido frente a la destitución, la suspensión o el traslado, aunque la referencia que hacen las Constituciones al referirse al Poder Judicial simplemente se refiere a las causas previstas en la ley, por lo que es precisamente la ley la que define las condiciones de la continuidad en el cargo judicial.

La independencia es esencial, pero lo es desde un punto de vista funcional, como una independencia dirigida a la aplicación democrática del Derecho. No hay una independencia como capacidad de crear las normas que se van a aplicar, pues esa es una operación prohibida al juez, que nunca puede resolver para el caso general o regular con ese mismo carácter general. Por otro lado, la independencia en sentido funcional está contrabalanceada con la sujeción a la ley, como obligación absoluta. No es que la Justicia como Poder y como función pueda definirse por la mencionada obligación de aplicación de la ley, pues se define desde la perspectiva de lo que hace, pero sí puede considerarse que la aplicación de la ley se integra en el acervo de prerrogativas y protecciones de la función, aunque en este caso en cierto modo de forma negativa.

El carácter ajeno de la pretensión que plantea el inicio de la actividad jurisdiccional implica la imparcialidad. El principio de función imparcial es un correlato del carácter dependiente del ejercicio de la función, que proscribe la actuación de oficio. Las reglas de abstención y recusación tienen una vinculación directa con el principio de imparcialidad, que excluyen que el juez decida sobre su propia causa o vinculado a una de las partes en una forma directa o indirecta. Esta es una regla general-universal de la jurisdicción, en cuanto heterotutela de las pretensiones suscitadas judicialmente. La imparcialidad más que una garantía del ejercicio es un límite externo a la actuación del juez, pues es inimaginable que alguien sea juez en su propia causa. Que el juez sea imparcial no es garantía sino deber, y un deber además de cumplimiento, teniendo también el carácter de

requisito de la sentencia, como lo es el derecho al juez predeterminado por la ley.

La responsabilidad es la contrapartida de los poderes que el Estado concede al juez. No hay función judicial propia sin responsabilidad, del Estado como tal y del juez. La tesis del error judicial y de la responsabilidad por funcionamiento de la Administración de Justicia, que la Constitución de 1978 deslinda, es el elemento de garantía de una función cualificada por la ejecutividad de sus mandatos. Ningún favor se le hace al sistema jurídico cuando se ponen obstáculos a la responsabilidad del juez y su exigibilidad por una vía sencilla para el ciudadano, puesto que lo que consiguen las limitaciones es un descreimiento en la justicia, nada más. La adecuada e imparcial administración de justicia se complementa con el principio de responsabilidad, que es en primer lugar una exigencia al juez sobre el ejercicio de su propia función.

Estas son todas condiciones funcionales del ejercicio, con la matización introducida respecto de la imparcialidad. Pero la función característica material es la de juzgar, es decir la de aplicar el Derecho en un caso concreto con carácter irrevocable y obligatorio. Esta característica, que la distingue de la función legislativa y, sobre todo, de la función administrativa, pone el acento en el título de sujeción o imperio de la ley, en cuanto este es el modo de ejercicio de la función que la cualifica propiamente. La citada característica supone que en este aspecto aparecen las cuestiones de la discreción, de la interpretación y de las doctrinas sobre la definición del derecho, que integran el contenido material del Poder Judicial, constituyendo su núcleo esencial en lo que respecta a la función del juez. A este aspecto de la función se dedica este trabajo.

III. EL SIGNIFICADO DEL LENGUAJE: UN MUY BREVE PERO NECESARIO RESUMEN PARA COMPRENDER LA CUESTIÓN

El análisis de la Constitución es un análisis de su lenguaje. Los criterios de interpretación tienen que remitirse forzosamente al significado. Las versiones de la filosofía analítica se han orientado básicamente por la opción entre el análisis de los lenguajes formalizados y el estudio del lenguaje en su uso habitual. La primera

versión de esa filosofía, articulada ya en Moore, es que el lenguaje, una vez reducido a su formalización, representa perfectamente la realidad. Para Wittgenstein existe una simetría entre el lenguaje y el mundo, una perfecta adecuación del lenguaje, tal y como lo usa en el *Tractatus*, a la realidad. Se postula un isomorfismo entre el lenguaje y lo representado.

Para esta versión extrema del primer Wittgenstein, las únicas proposiciones significativas son las lógicas, aunque son tautologías, o las que pueden verificarse empíricamente. Esta tesis, acogida por los miembros del Círculo de Viena, expulsará otro tipo de proposiciones del dominio de la filosofía. Las proposiciones se articulan en hechos atómicos y en uniones de hechos atómicos, no en objetos, y tienen a su servicio un sistema de conectivas lógicas que permiten deducir la formalización de un lenguaje altamente eficaz para diferenciar.

Para esta tesis, el significado es la evaluación de las condiciones de verdad de una proposición, nada más, siendo el medio de acceso a ese sentido, que no se puede establecer sin el apoyo y en la atmósfera del lenguaje. Los límites de mi pensamiento son los límites del lenguaje, en una frase típica de la filosofía analítica. Consideración de entera aplicación a la modalidad de la lógica deóntica, aunque en esta no exista una descripción de la realidad o una aseveración, pues cuando interpreto ese tipo de enunciados no me muevo en un espacio libre, sino en un espacio ligado, con conceptos de orden, pero con los mismos problemas de determinación del sentido que los que se pueden plantear en los juicios descriptivos o en aquellos en que no existe una orden o un mandato. Tal es el fundamento de la teoría normativa de Moore.

Hay un segundo Wittgenstein, el de la obra conocida como *Investigaciones filosóficas*. En esa obra se revoca en buena parte la filosofía de la isomorfía entre lenguaje y mundo, y la estricta correspondencia de la realidad con el lenguaje, para plantear la comprensión como seguimiento de una regla, en el marco ya de un cierto escepticismo del significado. Esa teoría se enmarca en la referencia a la existencia de unos juegos de lenguaje, no a un único lenguaje, múltiples y con sus propias reglas, que se sustentan en la existencia de parecidos de familia, que permitirán relacionar entre sí las diversas modalidades, pero descartando la tesis de la simple correspondencia

entre lenguaje y mundo. La influencia de esta obra en la filosofía del siglo XX no puede ser exagerada.

En parte en esa misma línea, la filosofía del lenguaje tuvo otra derivación muy relevante, que se sustentó en el análisis ordinario del lenguaje. Las palabras ordinarias son, para este análisis plenamente significativas por sí y solamente basta analizar sus usos, sin que exista una necesidad de establecer un lenguaje ad hoc. Las palabras y los signos están bien, sin más, y será su uso ordinario el que revelará las condiciones de verdad. Aquí hay que citar a Ryle, Strawson y, sobre todo, a Austin, con su teoría pragmática.

La teoría pragmática del lenguaje abre el paso a una interpretación del texto como acción emprendida (Kelsen, 1993, pp. 205 y ss.)⁵. La capacidad de la palabra para llevar a cabo actos de habla ha sido analizada en detalle por la función pragmática de la filosofía del lenguaje, distinguiendo entre actos locutivos, ilocutivos y perlocutivos, en función de algún tipo de efecto adicional a la mera locución. Con esa idea no se alude a ninguna cualidad misteriosa de la palabra, sino a un rasgo de la comunicación, que genera una expectativa en función de lo que se dice y, sobre todo, del rango pragmático de lo que se dice. Decir es hacer cosas, y además cosas muy variadas, desde la definición, la descripción o la exclamación.

El programa de Grice será igualmente un análisis en profundidad de los efectos del lenguaje, en función de las llamadas implicaturas. Grice formula una teoría de forma opuesta a la concepción contextual de interpretación de los enunciados, dando un nuevo enfoque pragmático en base a los principios que regulan la interpretación de los enunciados construyendo una especie de modelo para ayudarnos a regular cómo se produce el intercambio comunicativo. Las palabras también pueden tener un significado añadido, oculto en parte, de tal manera que Grice crea este modelo para ver qué factores condicionan ese nuevo significado. La intención del hablante es la que se dirige a transmitir y la captación de esa intención por el oyente determina también su respuesta.

Por ello, este autor propone principios no normativos, sino descriptivos, que tienen su origen a partir de la conversación. Por

⁵ Sobre la naturaleza del derecho como producida por la teoría de la jerarquía de fuentes.

lo tanto, no se trata de normas obligatorias que rigen, organizan y dan leyes a la conversación, sino que parten de la conversación y la describen. Todos estos principios se incluyen dentro de lo que Grice llama el *principio de cooperación*. Este principio es una condición para que nuestro interlocutor entienda lo que le estamos diciendo, una condición preparatoria que todos los participantes deben cumplir para que la conversación sea coherente. Así pues, no es normativo, pero su no cumplimiento puede desembocar en una sanción social.

Por otro lado, y al margen de estos avances, la formulación de conceptos de las últimas escuelas, entre ellas la de Quine, y que resaltan la relevancia conductual, apuntan a una disociación del significado y del lenguaje, con las tesis de la indeterminación de la traducción y de la inescrutabilidad de la referencia, junto a la crítica de la distinción analítico sintético y del supuesto verificacionista, que constituyen una aportación de gran relevancia en las varias ramas de esa filosofía del lenguaje (Sellars, 1991). Las tesis de Quine constituyen un soporte para las tesis cercanas al realismo jurídico, desde un punto de vista naturalístico, en cuanto se sustentan en observaciones de la conducta más que en una larga cadena de razonamientos.

Son del máximo interés para la cuestión y han sido examinadas en la doctrina las tesis de la teoría causal del significado y la teoría de la referencia directa, tanto de Kripke como de Putnam, en cuanto relacionadas con la tesis de la existencia de la solución única que sustenta Dworkin. La citada tesis sostiene que, frente a las tesis descriptivas del significado, es la referencia al objeto la que identifica, por lo que la tesis causal, vinculada con la referencia, se impone. Los ejemplos clásicos son los nombres propios y los nombres de clases naturales, como oro, que determinan por sí solos y de forma suficiente la identificación del objeto y por tanto el significado, lo que ocurrirá incluso en el contexto del mundo gemelo al que hará referencia Putnam. Estas tesis, que vuelven a cuestionar la tesis de la descripción como determinante del significado, tienen una evidente relación con las tesis de Dworkin y así ha sido señalado por la doctrina especializada.

La conexión con el análisis del lenguaje se funda en la incorporación a la función judicial de la racionalidad y también de la razonabilidad, pues para su efectiva aplicación la norma debe interpretarse

en base a principios generales que se sustentan en la enunciación. Elementos que constituyen la base de la trama de conceptos que se desenvuelve en una Constitución escrita, de una densidad normativa excepcional y que se encuentran soportados por una Teoría Política siempre asociada a la filosofía, en este caso, aumentada por la filosofía del lenguaje y por la capacidad especulativa de la dialéctica. El lenguaje jurídico, si bien tiene un componente técnico, no se desenvuelve de forma distinta a la del lenguaje ordinario. El lenguaje es el mismo y las definiciones del Código Civil se efectúan en ese lenguaje.

IV. LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA NORMA

1. *El imperio de la ley*

La relevancia constitucional de los criterios de interpretación, puesta de manifiesto en España por la naturaleza del Título Preliminar del Código Civil, proviene de la muy peculiar legitimación de la función judicial en la aplicación de la ley, que aunque es casi unánime en la doctrina, requiere ser desarrollada en el Estado democrático (Betti, 2006). Por eso, la legitimación del Poder Judicial no reposaría sobre algo, ya que es un puro reflejo del mandato de la norma, sino por el ejercicio efectivo de la atribución de una función de solución de descubrimiento de los topoi, con arreglo a criterios prefijados y conforme a un esquema de razonamiento lógico. No hay, como tal, función judicial colectiva, o por agregación, ni existe tampoco un elemento legitimador situado fuera (Viehweg, 1973). Es cada juez el que recibe la orden de interpretar y aplicar en el caso concreto la ley y es de la autoridad de la Constitución de la que deriva el poder del juez, sin más.

El poder del juez es el simple reflejo funcional de la supremacía del Parlamento, la vertiente negativa del Poder de legislar, que quedaría en nada si existiese una libertad en la aplicación. Ello confirma la inclusión por Locke en la función legislativa, con una previsión de la función del juez en el Estado democrático que permitirá justificar la función desde una perspectiva relacionada con la aprobación de las leyes. Esta visión no es la más compartida, es cierto. Pero la intuición de Locke al incluirlo en esa rama del Gobierno fue digna de su genio. La conexión entre Parlamento y función judicial es una

conclusión que parece confrontarse directamente con la separación de poderes, pero la crítica de Eisenmann en este punto vale mucho, porque ayuda a situar el dogma en su versión más pragmática, como principio político, del que cabe extraer hasta conclusiones jurídicas contradictorias y que ha asumido en la teoría de los regímenes políticos manifestaciones muy distantes. La doctrina norteamericana se referirá a poderes limitados, poderes enumerados y poderes separados, siendo la referencia a los primeros más apta para obtener resultados jurídicos aplicativos útiles. La enumeración, que obliga a formular una tesis de los poderes implícitos, apela a la competencia del órgano, excluyendo cláusulas generales de apoderamiento. La limitación, que también afecta al principio de competencia en base a la doctrina de ultra vires, ofrece también frutos en las tesis sobre los órganos constitucionales (Brest, 1980, pp. 204 y ss.).

Este elemento de actuación conforme a la ley se sirve, para llevarse a efecto, de la técnica de la interpretación y las reglas complementarias de equidad, analogía, error de derecho, abuso y fraude de ley y otras técnicas de singularización del mandato, conforme a la racionalidad y razonabilidad que hemos señalado al estudiar sumariamente la jurisprudencia constitucional. La sujeción a reglas, la eliminación de las valoraciones subjetivas o la cautela respecto a la valoración en conciencia, son avances que ha traído la existencia de la Constitución vinculante, avances que no podían producirse hasta que la formalización de las reglas de interpretación alcanzó rango constitucional, al menos en sentido material. Por eso la función judicial es, precisamente por su carácter, parte, y una parte muy esencial, de la doctrina de la interpretación, instrumento heurístico de definición del problema y de la solución única conforme a reglas. No existe un más allá de la interpretación.

El razonamiento judicial fija definiciones y postulados, formula principios axiomáticamente y deduce consecuencias o teoremas en el caso concreto. No hay una diferencia de significado entre la determinación axiomática de verdades matemáticas, por medio de cadenas controladas de razonamientos, y el ejercicio de la función judicial, que requiere siempre la justificación suficiente de cada paso o etapa en la cadena, sin que se admita el argumento afirmado sin más. La función judicial es en su versión dominante estrictamente técnica,

dirigida a la aplicación de normas y principios, doblemente racionalizadora, por tanto, y que solamente se legitima a través de un proceso de actualización que tiene el límite de no poder modificar la norma, de atenerse a su texto, si bien el problema y la cuestión comienzan precisamente en el punto de conceder significado al texto. La interpretación no puede constituirse en modificativa, la misma solamente tiene juego en la vinculación al contenido preciso de la norma, no siendo admisible la interpretación *contra legem* y restringiéndose el uso de la analogía. Partiendo de la diferencia esencial entre creación de Derecho, destrucción y modificación del mismo y aplicación del Derecho, distinción sin la que el sistema jurídico es incomprensible, las reglas de vigencia, validez y eficacia son las categorías iniciales que permiten orientar al juez, que debe buscar la situación a tales efectos de la norma que ha de aplicar.

La búsqueda de la justicia es, por eso mismo, y a la vez, heurística. El proceso de interpretación judicial está basado en *el camino de descubrimiento de la solución del caso*, de tal modo *que pueda ser aplicado por medio de los mismos principios a otros casos similares*. Aparece la cláusula de criterios o principios neutrales y generales, en la expresión feliz de Wechsler (1959, pp. 1-35). Este autor situará el debate fuera del foco de las dos grandes orientaciones, al elegir una vía trascendental, kantiana, en que las condiciones de la interpretación de la experiencia jurídica sean a la vez las propias condiciones objetivas de constancia de esa realidad. Si se quiere no perder el objeto, la interpretación, la intención de la norma, hay que garantizar el acceso a la verdad mediante la estricta neutralidad de los principios. La doctrina de Wechsler apunta a una normativización del análisis neutral del caso.

Concretamente –y por su importancia lo transcribimos literalmente–, señala: «Una decisión basada en principios, en el sentido en el que estoy pensando, es una decisión que reposa en razones referibles a todos los aspectos del caso, razones que por su generalidad y neutralidad trascienden cualquier resultado inmediato que tenga relación con el caso. Cuando no pueden aducirse suficientes razones de este tipo para revocar las opciones fundadas en juicios de valor que hayan podido tomar otros poderes públicos o un Estado de la Unión, esas opciones deben, por supuesto, mantenerse».

Wechsler sostiene que en la sentencia *Brown versus Board of Education of Topeka* no existe un razonamiento conforme a principios neutrales y generales. La decisión anti segregación se basó en la sentencia en el daño a las expectativas y a la realidad vital de las minorías segregadas, lo que, sostiene Weschler, no es ni neutral ni general, porque sería inaplicable como tal argumento si la segregación fuese querida por los afectados. El principio no es general y en una segunda aproximación, debería ser sustituido por otro, que más tarde, y en cierto modo ante las críticas, creyó encontrar en el argumento de que la situación de separación se ve invalidada por la prohibición de discriminar a una clase o a un grupo social, criterio que, sí sería neutral, pues la infracción constitucional no puede quedar invalidada por el consentimiento.

La fijación del criterio judicial por Tribunales de derecho, conforme a estándares que trascienden el caso local mediante principios neutrales y generales, supone la búsqueda de las categorías del análisis constitucional. Si el Tribunal puede enjuiciar el caso, no solamente es porque tiene a priori una situación de independencia, sino porque el método es la búsqueda de la solución en la universalidad de los conceptos que emplea. No es que se puede pretender el juez absolutamente imparcial, sino que éste cuenta con unos criterios sustantivos y no estrictamente procedimentales que permiten llegar a una conclusión basada siempre en el mismo principio. Es la ratio del orden, el momento racional del Derecho el que soporta los principios neutrales y generales. La referencia material al ejercicio de la función es mucho más importante, incluso para determinar el contenido real de la independencia, la imparcial o la responsabilidad.

Para ello, Wechsler impone sus condiciones. En primer lugar, estima que las sentencias deben estar suficientemente motivadas, debiendo estar igualmente razonadas en todas las etapas del razonamiento, a lo que suma que deben estar fundamentadas en principios, anticipándose en cierto modo a la nueva consideración de los mismos en las últimas obras jurídicas. Pero, en segundo lugar, esos principios no deben ser exclusivamente reglas más o menos generales, sino principios generales y neutrales, es decir, análisis y razones que desde luego trasciendan el resultado inmediato que se alcanza, citando opiniones judiciales de Black, Frankfurter, o Holmes.

También se refirió a tales principios como morales, favoreciendo la actualización de cláusulas constitucionales abiertas, debiendo fundamentar su decisión en razones generalizables, que estaría dispuesto a seguir en otras situaciones a las que fuera aplicable, añadiendo que se trata de un requisito negativo, más que de un criterio definitivo. Con esta orientación conectará otro gran comentarista de la función judicial, Michael J. Perry, desde una perspectiva de activismo judicial controlado, fundamentalmente, por el poder de las Cámaras de elaborar la legislación procesal, como remedio frente a excesos en la interpretación (Horwitz, 1992; Rostow, 1962; Black, 1960; Bork, 1971; Deutsch, 1968; Friedman, 1997; Golding, 1963; Greenawalt, 1978; Hayman, 2002).

Este criterio, el criterio, doble, de principios neutrales y generales, en mi opinión supera la tesis de la justificación y de la aceptación por una comunidad jurídica con experiencia. En este último caso, hay que recurrir a un colectivo indeterminado, a veces indefinible, para comparar la solución del caso con el ese colectivo compartiera. En el supuesto de la neutralidad y objetividad, la alteración de las personas o de las acciones no afectaría a la decisión, al criterio de decisión, mejor, que se mantendría aun en ese cambio de circunstancias. La objetividad y neutralidad se comprueban en la propia decisión, por su estudio, sin que el criterio de la aceptación juegue un papel, escapando de las dificultades de definición de la aceptación.

Cuando Wechsler afirma su doctrina en el artículo citado, ya ha dominado el panorama la filosofía analítica y es en la misma senda que la rama que conduce a Quine y a Sellars donde el pensamiento del citado autor puede encontrar un referente. Las categorías son siempre lingüísticas, desde un principio, pues no son condiciones de conocimiento sino razones de justificación. No hay un más allá de la norma, pero la norma se inserta en el sistema de normas, que en su interior tiene un contenido complejo, donde los principios juegan un papel esencial. El sistema de normas solamente puede ser comprendido, en el sentido de justificado, por medio de reglas y principios que utilicen básicamente la inferencia. Y por eso se ha citado la teoría de la referencia directa, que busca el significado en la misma cosa a identificar, lo que en el plano normativo se traduce en una búsqueda del sentido literal más adecuado, en el sentido de más reproducible

aun en presencia de otros sujetos. Es la reproducción del razonamiento la que utiliza el significado en el sentido de su origen en la norma.

En ese sentido, los principios neutrales son herramientas heurísticas, guiadas por la neutralidad, que implican una solución única y que aplicadas en contextos diferentes permiten una solución idéntica, en función de tal neutralidad. Medios de conocimiento de la realidad y explicación de lo que Dworkin llama casos, los principios neutrales no dicen que lo sean desde un punto de vista ético o político, sino que aplicados a casos que tengan en sus elementos la misma relevancia estructural dan el mismo resultado.

Razonar conforme a principios generales y neutrales implica predeterminar, por generalización, la respuesta futura del órgano, no encontrar una verdad escondida tras la manifestación de la norma. Si sostengo la decisión contra la segregación en el daño que sufre la comunidad segregada en su estándar de vida y en sus posibilidades de futuro, no estará debidamente justificada la conclusión, pues podría probarse que se trata de una segregación querida. Es la objetivación de la lesión constitucional en una discriminación la que permite extender ese razonamiento precisamente a todos los casos, y, además, hacerlo de forma neutral. Los fundamentos de la decisión están tan argumentados y tan explicitados en términos semánticos que ninguna cuestión futura podrá contar con una solución contraria. Es decir, para Wechsler no solamente se deberían evitar las decisiones *per curiam*, sino que asumiendo la obligación constitucional de motivar se exigiría un requisito adicional: que el argumento sostenga un principio que puede ser aplicado sin forzarlo en un hipotético rango indefinido de decisiones y que, además, asuma una neutralidad activa respecto de los intereses comprometidos en el proceso.

La determinación del Derecho es una actividad reglada, ajena a preocupaciones de comportamiento, que se fundamenta en la actividad de razonar en público, de la que solo una parte es motivación de la resolución judicial y que fija el Derecho aplicable mediante un proceso deductivo que parte de principios colocados en el espacio anterior a la norma aplicable.

La actividad judicial crea reglas que infiere de otras reglas, en un proceso también en cierto modo dialéctico, derivado de afirmaciones y superaciones que buscan identificar el problema y buscar la solución

justa. Principios equivalen a razones y la actividad, cuando se destina a precisar valores, no es diferente de la búsqueda negadora de la verdad del sofista. Como actividad esencialmente intelectual, no se carga de valor sino cuando agota el razonamiento y huye del modelo apodíctico, no siendo la dogmática una referencia al método sino a los tópicos, a los problemas (Tribe, 2000, pp. 56 y ss.). No vale simplemente afirmar, la verdad judicial deriva del razonamiento. No es afirmar, es justificar. Decir que algo es evidente es por sí mismo evidente pero no dice nada, es un enunciado vacío. Y recurrir a un método de escritura judicial que superponga una serie de sentencias a una afirmación de este tipo, lo que muy frecuente, es dar una respuesta ficticia a un problema real.

La garantía de la exigencia del razonamiento judicial está en su revisabilidad por un análisis basado en afirmaciones o negaciones de las formuladas en la instancia inferior, por otro órgano del mismo poder, formalmente desconectado del primero. Una segunda ocasión del razonamiento supone recorrer de nuevo el camino de descubrimiento de la solución del caso, constituyendo, además de un derecho constitucional, la exigencia lógica de la configuración del proceso de decisión. No se cuestiona la existencia de una revisión, entendida en su más abstracto sentido, como camino de comprensión de la decisión de instancia conforme a la naturaleza de los hechos y su fijación y a la aplicación del Derecho.

La garantía de la revisión del juicio por un tribunal superior, que pueda revocar la sentencia inicial, que no puede considerarse como excluyente del carácter irrevocable de la decisión judicial, es también un núcleo esencial del derecho de defensa, que se ha integrado en el derecho a un juicio justo, en el que las razones del Tribunal inferior son motivadamente y de forma profunda sometida a enjuiciamiento del Tribunal superior. La apelación reconoce una identificación de la justicia con un comportamiento racional responsable, en que el enjuiciador se sitúa en una posición vicarial estricta respecto de la ley, que no puede sobrepasar. La apelación garantiza, por tanto, que el juez no crea Derecho, pues si así lo hiciera el Tribunal Superior estaría obligado a revocar la decisión (Habermas, 2005). Veremos más tarde que esta cuestión de la creación o no creación del Derecho por el juez es muy compleja, pues en el fondo plantea un aspecto poco examinado, la comparación con la actividad legislativa.

La vinculación a la ley y al Derecho es directa, sin matices e irrestricta. Este es el significado del imperio de la ley, como regla de definición y de ejercicio de la función judicial. La vinculación es de aquel tipo que Dworkin reconoce como discrecionalidad mínima o nula, encuadrable en una actividad que no puede ir más allá de esquema de la subsunción más elemental, y a diferencia de la actividad administrativa. El juez, titular anónimo del Poder Judicial, que en cuanto tal no es nada, sino el proceso motivacional sometido a reglas, y que requiere la aceptación, no puede imponer sus criterios, debiendo en caso de infracción de tan elemental principio ser corregido, así lo dicen siempre las leyes, por un Tribunal superior, que está sometido a las mismas reglas materiales que el de instancia.

Todas las consideraciones realizadas hasta aquí confirman que la intuición esquemática de Montesquieu tocó de cerca la verdad sobre el Poder Judicial. El Poder Judicial es de alguna manera nulo, precisamente por considerarse órgano del Derecho, *viva vox, iuris dictio*, en la expresión utilizada por Eduardo García de Enterría. Es la ley la que impone con su eficacia virtual la nulidad del Poder Judicial, que convierte a la aplicación en instrumento de la Constitución, siendo rechazable la modalidad de positivismo que considera que el juez tiene discrecionalidad fuerte (Dworkin, 1995). Es decir, la Justicia, en un marco constitucional, se convierte en un poder nulo por mandato de una norma superior, que define sus competencias abiertamente, en cierto modo auto referenciales, por remitirse a la forma vacía de ese poder aplicativo. Es la forma del Poder, sin referencia explícita a competencia alguna sino la aplicación, al enjuiciamiento, la que confirma que el descriptor de Montesquieu era acertado.

Naturalmente, la posición sobre la función judicial como estrictamente vinculada a la ley, en las dos formas de sujeción a la norma y condicionamiento por reglas, que dan lugar respectivamente a la vinculación a las reglas de interpretación legales, y, en segundo lugar, a los precedentes judiciales, excluye la visión de la libertad del juez en la aplicación de la ley. Ni la Escuela del Derecho Libre ni la teoría del uso alternativo, ni la visión estrictamente realista del Derecho, en cuanto predicción de la decisión judicial, son aceptables desde la perspectiva del imperio de la ley. Este supone una forma de aplicación inderogable, que excluye la discreción judicial, incluso en los casos

más difíciles, y se identifica con la teoría de la integridad del Derecho, frente a las tesis del convencionalismo o del pragmatismo (Dworkin, 2009). Lo que confirma que el análisis de la función judicial como poder del Estado se identifica con la interpretación de lo que sea el imperio de la ley, reflejado en las polémicas sobre la interpretación a las que se ha hecho referencia.

Por tanto, el imperio de la ley va mucho más allá en una Constitución normativa que la estricta sujeción a la ley, sobre todo si se entiende en una forma negativa. Va mucho más allá, por tanto, del enunciado. El imperio de la ley es una cuestión entrelazada con los criterios de interpretación y aplicación de la norma que se consideran parte del convencionalismo. Hay una llamada a las reglas de argumentación, que puede considerarse en el sentido de los principios esenciales que regulan esta materia, que ha cobrado una fuerza en la teoría general sobre todo a raíz de la obra de Alexy. El camino argumental hasta la decisión se rige por las mismas reglas que las generales, limitando de esta forma materialmente la actuación judicial.

Hay que referirse a la interpretación, pues para acceder a esa verdad, este es un elemento indispensable. La interpretación es una actividad de la aplicación judicial de la ley, no la única. Hay una obligación de argumentación incluida en la obligación de motivar las resoluciones judiciales. La argumentación supone que la aplicación a través del silogismo es mucho más compleja que la inicialmente planteada en la historia. No cabe reducir la aplicación a la mera subsunción de los hechos. Por ello, la función judicial está sujeta al Derecho, o, en la terminología de las modernas Constituciones, a la ley y al Derecho. Y la primitiva versión de la subsunción se ve profundamente modificada tanto en lo que se refiere a la determinación de los hechos, apareciendo una necesaria motivación fáctica, como en la fijación del Derecho aplicable, donde la pluralidad y heterogeneidad del sistema de fuentes obliga a una determinación previa de la norma aplicable a veces muy compleja. De esa determinación de la norma aplicable y su interpretación no se deduce inmediatamente una conclusión, sino que media la determinación de los hechos, puestos de manifiesto en la motivación del juicio fáctico, a lo que se suma un proceso diferente, pero que parte de las conclusiones a las que se haya llegado, que es propiamente la función argumental hacia la determinación del fallo.

Como se ha indicado en la doctrina especializada, estos procesos no tienen por qué seguirse en el tiempo, pero sí que forman parte de la preexigencia formal de la validez de la sentencia desde el punto de vista de cumplir con el requisito del imperio de la ley. No hay una cadena de operaciones que deban seguirse unas a las otras –mucho menos aun en la teoría del realismo jurídico– sino un conjunto de requisitos del razonamiento que otorgan legitimidad a la sentencia, en el marco de su aceptación. La labor de la intuición es un cierto mecanismo opaco de la decisión, una caja negra. No cabe hablar de aceptación, como se hace al referirse al imperio de la ley, sin que las condiciones exigidas a la argumentación sean cumplidas, lo que enlaza con la necesaria extensión, coherencia e integridad de la motivación, ya desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva. Lo que no cabe confundir, porque el imperio de la ley es un mandato constitucional independiente de la tutela judicial, en cuanto mecanismo exigible para el ejercicio de la función jurisdiccional desde un punto de vista interno. Es decir, un requisito puro de la citada función, aunque esta conlleve otras garantías.

Cabe decir que en este capítulo y aunque la Constitución no lo diga, hay una remisión por la vía de la referencia dinámica al imperio de la ley. A algo mucho más complejo que el aludido en el esquema de la subsunción, porque en un Estado democrático lo remitido no es una norma sino un conjunto de normas y reglas, en las que hay que incluir las normas de interpretación y las sentencias y precedentes. Del mismo modo que la referencia a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado toma del pasado elementos determinantes, existen otros elementos actualizados que tienen una nueva virtud en un Estado democrático.

La distinción entre función normativa y aplicación del derecho ya encontró una respuesta en Kelsen. Hay que partir de la base de la distinción entre normas generales y normas individuales. Las primeras son expresiones que correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas y las segundas las expresiones que correlacionan una cierta descripción de un caso que es individual con una solución individual. Se diferencian por el presupuesto y por la base aplicativa del juicio y extienden su problemática también a la función judicial. La cuestión más relevante es la que se refiere a las normas generales, en cuanto es en ellas donde se puede sustentar una creación judicial del Derecho.

La norma individual de la sentencia, la que es constitutiva de la misma, no puede considerarse sino resolución de un caso, con los límites de cosa juzgada impuestos en cada caso, pero es muy complicado que exista una incorporación de una norma al ordenamiento, pues se trata solamente de una solución del caso.

Kelsen entendía que el juez dictaba normas individuales, aunque crea Derecho, es decir, emiten normas generales, en los casos que plantea: el precedente y la previsión en otra norma superior que lo prevea expresamente. Para Kelsen había que destacar igualmente el carácter volitivo de la decisión judicial, en cuanto es finalmente la decisión un acto de voluntad, aunque esté sujeto a reglas de aplicación del Derecho. En este sentido, para Kelsen sí hay un Derecho de creación judicial, que se extiende como mínimo a las reglas constitutivas de un precedente o derivadas en los sistemas continentales de la aplicación de la función casacional, fundada en la función de unificación atribuida al recurso y que tiene otro carácter que el fundamento de ese precedente que obliga.

En esta cuestión tan técnica, puesta de manifiesto por la agudeza de Hans Kelsen, se encuentra la clave de la creación judicial y también al menos en parte de las escuelas realistas del Derecho. Si se caracteriza la jurisprudencia de norma general también puede decirse que la cuestión se plantea en los casos de ausencia de consistencia, coherencia y completitud del derecho, lo que da lugar a los problemas específicos de las lagunas y de las antinomias, estas causadas por la existencia en un sistema de un supuesto de hecho al que se le otorgan dos consecuencias incompatibles en dos formulaciones normativas diferentes. La laguna es falta de norma, y tiene las dos modalidades de lagunas lógicas y lagunas de conocimiento y reconocimiento, mientras que la antinomia se da cuando en un sistema jurídico un comportamiento sea calificado deónticamente de dos modos incompatibles en dos normas que forman parte del sistema.

Por tanto, la cuestión de la creación judicial se resume en el problema de la generalidad. Y aquí cabe distinguir entre generalidad como concepto abstracto y generalidad en el sentido jurídico. Es norma general la que se incorpora al ordenamiento y aquí y para distinguirla del acto se ha hecho uso de dos posibilidades; creación de derechos y deberes nuevos vinculantes y posibilidad de reiteración

en la aplicación sin implicar ello la derogación. En ese segundo sentido, la creación judicial exigiría una reiteración en la aplicación de la norma derivada de la sentencia. Y aquí hay que hacer una nueva distinción, según esa reiteración sea no posibilidad sino obligación, lo que abre la teoría del precedente.

Un carácter vinculado a la nueva regla judicial apoyaría efectivamente la teoría de la creación judicial y sería el grado de ligadura el que, determinando la efectividad de la nueva norma, fijará las condiciones de aplicación, incorporándose al acervo predictivo de la actividad de conocimiento de la actividad del juez. Naturalmente, ello conllevaría el que se pudiese marcar la distancia entre la Escuela del Derecho Libre y los argumentos del positivismo, o al menos entre sus efectos. Para aceptar la creación judicial, reducida por medio de los instrumentos técnicos de los que ya se dispone, no es necesario ampararse en la citada doctrina, sino que lo que se deduciría es una mayor complejidad de la función, no una tesis abdicativa de la seguridad jurídica.

De aquí se deriva la referencia al precedente y al *stare decisis*. Esta regla típicamente anglosajona supone una inflexión previa del proceso de aplicación del Derecho. El Derecho se compone de los precedentes judiciales y la modificación del precedente se convierte en un aspecto de máximo nivel en ese mundo del Derecho. No cabe entender la función de aplicación si no se tiene en cuenta que en el sistema del *common law* el precedente tiene la función de la ley, que también existe como *statute*, producto del Parlamento.

El precedente vincula por el principio de estar a lo resuelto, es decir, de atender al caso y como se ha señalado también recubre los *statutes* que se aprueban con los ya dictados y tiene una eficacia vertical, por el que vincula a los Tribunales inferiores y una eficacia horizontal, que le hace obligatorio en el caso de sus propias decisiones anteriores del órgano judicial, aunque la cuestión está menos clara en el caso de los Tribunales del mismo rango.

El *stare decisis* confiere al precedente el valor de regla acerca de la solución de los casos ulteriores, y su alteración o modificación, el llamado *overruling*, puede tener una eficacia *ex tunc* o *ex nunc* en función de la materia a la que se refiera. En España existe una doctrina que se puede acercar a la genuina del precedente vinculante, que es la

relativa a la igualdad en la aplicación judicial de la ley, en la que se imponen requisitos que desvirtúan la citada asimilación, pues bastaría para justificar el cambio de criterio una motivación «suficiente» (Otto, 1999, pp. 290 y ss.). Por ello la función que cumple la citada figura no tiene nada que ver con el precedente, pues la igualdad en la aplicación judicial de la ley no es per se una regla de aplicación del Derecho que tenga carácter general, como en los sistemas de *common law*, sino una aplicación concreta y muy limitada del artículo 14 de la Constitución en relación con el artículo 24.

Las condiciones para alterar una norma jurisprudencial son más estrictas que las de modificar la ley. Así la revocación de un precedente requiere la concurrencia de requisitos que dejan ver la diferencia entre las Cámaras y el Poder Judicial. Las condiciones del *overruling* en el ámbito norteamericano están expuestas en *Arizona v. Gant*, 129 S. Ct. 1710, 1728 (2009) (Alito, J., dissenting) (listing *reliance*, *circumstantial change*, *workability*, *evolution of surrounding case law*, and *the quality of reasoning of the precedent as factors to be considered in overruling*); *Casey*, 505 U.S. at 854–55 (listing as factors *workability*, *reliance*, *legal evolution*, and *change in circumstances*); *Payne*, 501 U.S. 808, 827–30 (citing *quality of reasoning*, *how many votes the precedent garnered*, and *whether the precedent has «defied consistent application by the lower courts»*).

V. EL PROBLEMA DE LA DISCRECIÓN JUDICIAL. LA EQUIDAD

Lo que es aceptado por la doctrina sobre la materia es un contenido del análisis de la función que, partiendo de los modelos de justicia, asume un cierto contenido común, que se refiere a elementos también comunes. En este sentido se han distinguido una serie de problemas; definición y naturaleza de la función judicial; diferencia entre creación de la norma y aplicación judicial de la norma a través de la sentencia; distinción entre el modelo estricto de subsunción y modelo de creación judicial, alcance de esta segunda si se admite, interpretación y e integración de la norma y, común a todas esas ideas, el concepto de discreción o discrecionalidad judicial.

Aunque no haya sido explicitado en el apartado anterior, a las cuestiones planteadas les es común una incidencia de la llamada

discreción o discrecionalidad. Se ha distinguido por los autores que han tratado esta cuestión esencial entre discreción débil y discreción fuerte y entre discreción política y discreción semántica, a los efectos de distinguir en un complejo normativo aquellos aspectos que encierran una mayor facilidad para aplicar la discreción citada.

A estos efectos se ha referido la doctrina al margen o margen de apreciación, distinguiendo entre margen de validez, margen de interpretación, margen de valoración y margen de las consecuencias deducibles de los rasgos anteriores. De este modo se identifica margen con margen de apreciación, distinguiendo analíticamente entre los elementos de la decisión.

El modelo de discreción fuerte sostiene que el Derecho deriva de las fuentes sociales, sustenta la existencia de respuestas jurídica correctas y también opta una tesis llamada de la indeterminación parcial del Derecho (Barak, 1989). Ese modelo excluye, aunque sea implícitamente, la tesis de la única respuesta correcta, en cuanto hay una actividad del juez que sea por vaguedad, por ambigüedad o por la llamada textura abierta, se considera que siempre existe. Es la decisión que se toma entre dos o más soluciones igualmente válidas para el Derecho, sin que ello suponga que exista una indeterminación. Por tanto, de lo que trata no es de que la decisión venga acordada libremente o en función de principios ajenos por completo a la norma legal, sino a un poder de determinación del juez en general, admisible exclusivamente en función de una indeterminación semántica o sintáctica.

Es decir, la discrecionalidad fuerte no se refiere a una solución arbitraria, sino a la existencia de opciones de los que se excluyen al menos parcialmente el dar razones amparadas en una norma de cobertura que resuelva precisamente el caso. No se excluye la legalidad, sino que se da el caso de un supuesto en que no existe una respuesta única. Y ello conlleva el referirse a la tesis de la única respuesta correcta. Es una opción muy radical, pues reconoce un espacio de decisión discrecional en la actividad judicial que se trataría en realidad de un derecho libre de opción entre alternativas, que se concedería al juez a la vista de la existencia de lagunas o contradicciones. Esa opción discrecional no tiene límites, sino que es libre, en el sentido más amplio, lo que no lo constituye en concepto a priori que luego es limitado, sino de un concepto directamente ilimitado. No es que

no haya que justificar la opción, sino que esta es una opción no constreñida.

De esa condición se deriva una función judicial que se aleja de la visión mecánica, puesto que es el propio ordenamiento jurídico, incluso basándolo en la tesis de la delegación, el que atribuye al juez un verdadero poder de decidir a su libre arbitrio. Es una solución a las limitaciones del lenguaje jurídico, que zanja mediante lo que se ha llamado una función creadora, pues crear es resolver sobre alternativas sin otra cosa que la propia elección, lo que la equipara a la llamada discrecionalidad legislativa, confirmando la agudeza de Locke al incluir en el Poder Legislativo la función judicial. Esta libertad aplicativa, si bien ha sido admitida en los últimos tiempos, plantea lo que ya anunciamos como problemas insolubles de excesos en la función judicial.

La opción por la discrecionalidad, en primer lugar, no es limitable. Discreción es elección libre. Referirse a los límites de la discrecionalidad, como se hace en Derecho Administrativo, es contradictorio. En la discreción judicial se pretende reconocer un aspecto de la función judicial en la que esta crearía derechos y deberes no establecidos en el ordenamiento. No establecidos *previamente* por el ordenamiento. Y es así en cuanto que la discreción judicial se reconoce como facultad de elección. Existe un cierto acuerdo acerca del fenómeno de la discrecionalidad judicial en presentarla como una «elección entre alternativas abiertas». Este modo de entenderla parece suponer que ha de ser caracterizada como un acto *voluntario* que consiste en *optar* por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades reales de actuación mutuamente excluyentes y entre las cuales el Derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras. Esto supone un cierto margen de autonomía, libertad o falta de control para determinar el resultado de la decisión, que no puede basarse en estándares impuestos por otra autoridad jurídica.

Entonces aparece una actividad libre en el Derecho, que puede afectar a la determinación de los hechos, a la calificación o tipificación jurídica y al fallo, de forma derivada. La citada discreción como libertad de criterio, libre elección o ejercicio discrecional de una potestad de configuración, utilizando un concepto de la teoría general

del Derecho Civil, adquiere un cierto carácter legislativo, si es que la función judicial en algún momento la dejo de tener. La opción es libre, ejercitable en función de la propia norma, que remite al juez, a lo que decida el juez libremente. Si bien es raro encontrarse este criterio directamente formulado, es al mismo resultado al que conduce la tesis de la discrecionalidad judicial, que supone una libre elección. No en una libre elección confinada por otros criterios o normas sino como tal.

Es sabido que la discrecionalidad fuerte es aceptada por los positivistas en los llamados casos difíciles. De acuerdo con esta tesis cuando el juez no está simplemente vinculado por pauta general alguna impuesta por una autoridad. No se trataría del caso en que existen dificultades derivadas de la vaguedad o ambigüedad del lenguaje, como en lo que se ha llamado el primer sentido de la discrecionalidad débil, ni tampoco se trataría del segundo supuesto de la misma, la que entiende por tal la que se atribuye en caso de ausencia de recurso sino para aludir a la completa falta de normas generales que regulen la toma de una decisión, es decir, que la decisión no está controlada por una norma general preexistente.

La pregunta que cabe hacerse es si es posible una discreción judicial de este tipo en una Constitución normativa. Hay que tener en cuenta que la función administrativa, en virtud del artículo que la somete a la ley y al Derecho, artículo 103.1 de la Constitución. La definición de la función judicial se refiere solo al imperio de la ley, si bien esta diferencia no puede considerarse determinante por si sola de una diferencia de tratamiento. Una discreción judicial en sentido propio es una función de creación de derechos y deberes y de ejecución de los mismos. Esto no es discutible. No hay norma. Es el caso que cita Dworkin contra Hart, el de la persona afectada por una medicación en unas circunstancias sin una acción clara. La discreción judicial en sentido estricto autorizaría la demanda, aunque no esté previsto el caso, como lo hizo la jurisdicción de equidad, y hasta Endicott lo admite como posible legalmente (Endicott, 2007, pp. 311-326). Y esa conclusión modifica la discrecionalidad que Hart admite por indeterminación parcial, añadiéndole un carácter análogo al proceso de deliberación y aprobación de la ley, que a su vez permite distinguir entre casos por el efecto de la norma: carácter general o

decisión particular, lo que lleva directamente a las condiciones de admisibilidad de Kelsen del caso general de la sentencia judicial: el precedente y la previsión en otra norma superior que lo prevea expresamente. La única diferencia sería el procedimiento.

La función de la cosa juzgada es delimitar los efectos de las resoluciones judiciales. La limitación de efectos es una regla general, que debe ser analizada con cuidado, al distinguir entre los diferentes tipos de jurisdicción. La impugnación de un Reglamento en la jurisdicción contencioso-administrativa puede terminar con un pronunciamiento con efectos generales –efectos *erga omnes*, se dice, aunque es preferible la referencia a los efectos generales– y existen varios expedientes judiciales que amplían el efecto inicial de la cosa juzgada, como la extensión de efectos en la misma jurisdicción. Luego existe una conexión entre el problema del efecto general y la clase de jurisdicción y el tipo de proceso que complica dar una regla sencilla sobre el efecto de las resoluciones judiciales en relación con las partes y con el objeto del proceso. La regulación de las acciones colectivas lo viene a reconocer.

Si esa tesis sostiene la indeterminación en un grado máximo, amparada en las tesis de Dworkin, la utilización del ordenamiento jurídico en su integridad permite sostener la tesis de que hay una sola solución correcta a la resolución de un caso, fundamentando tal afirmación en la existencia de principios. Frente a esta tesis, autores como Atienza (Garrido Gómez, 2014. pp. 72 y ss.) han listado los criterios de justificación o rechazo de la tesis de la única respuesta correcta, de mayor aceptación de la tesis a menor aceptación de la misma: existe una única respuesta correcta derivada de los principios del Derecho Natural; existe una única respuesta correcta derivada del derecho positivo y de las reglas del método jurídico; existe una respuesta correcta derivada de la opinión de la comunidad jurídica; existe una única respuesta correcta derivada de la existencia de fines y valores; y, finalmente, existe una única respuesta correcta pero solo como una idea regulativa.

Frente a esta afirmación, se sostiene que la tesis solamente puede ser aceptable con su carácter regulativo; que los jueces deciden de forma subjetiva e impredecible o que la tesis de la respuesta única correcta es una ideología para enmascarar el poder político de los

jueces. Para esta última tesis el carácter arbitrario de la actuación judicial es el producto inevitable de la tesis semántica, que a su vez está vinculada con el enfoque objetivo de la interpretación, que exige que la misma sea llevada a cabo sin atender exclusivamente a la intención del autor de la norma. Esta argumentación es objeto de ataque por Hart y a su vez el ataque de Hart es rebatido por Brian Leiter, que ha dado una nueva lectura al realismo, al margen de la determinación o indeterminación del Derecho, como presupuesto de ese realismo jurídico, siendo difícil reconocer lo que va antes, pues la indeterminación es en primer lugar siempre posible, pero, por otro lado, no es fácil correlacionar determinación-indeterminación con positivismo-realismo.

Existe otra manifestación de la discreción judicial, la calificada como débil, que encuentra un lugar para formalizarse en la determinación de los hechos. Al margen de la diferencia entre hechos brutos, valoración de los hechos y motivación fáctica de la sentencia, en el caso de la discrecionalidad débil pueden situar igualmente problemas de indeterminación derivada de la existencia de vaguedad, ambigüedad y textura abierta de las proposiciones normativas (Iglesias Vila, 1999, pp. 64 y ss.), del que deriva el problema de su carácter derrotable, que se sintetiza como concepto en la referencia a la existencia de excepciones al mandato de la norma no incluidas en su contenido explícito.

En el análisis de la discreción judicial –estamos excluyendo la discrecionalidad administrativa– existe un proceso de (i) identificación y cualificación de los elementos de la situación de hecho, especificando el sí, el cómo y el cuándo; (ii) la identificación del medio idóneo para satisfacer el fin a perseguir por obra del sujeto enjuiciador y (iii) la aplicación con el rasgo de congruencia lógica de los criterios de equidad y los principios generales del derecho respecto a la premisa de hecho.

La discreción judicial débil, a la que estamos haciendo referencia –la sostenida como discreción judicial es materialmente una actividad legislativa– depende del sistema que se elija estudiar, pero no puede ser arbitraria y se ha de deducir de las normas previas y de una o varias normas generales y debe distinguirse entre la respuesta final al caso y la respuesta correcta, que no pueden ser confundidas.

Si bien esta tesis es discutible al introducir los principios, –muchos y válidos como «quien tiene la ventaja ha de tener la carga»; «nadie puede obtener un beneficio de su propia falta», «no hay derecho sin deber»; «las convenciones deben tener una causa válida», «nadie puede enriquecerse indebidamente»– la primera conclusión deriva de la inexcusabilidad de la decisión judicial y de la prohibición del *non liquet*, que introduce un factor demostrativo en la tesis de la aplicación del derecho que atenúa la rigidez de la aplicación de la norma, en cuanto finalmente hay que decidir y esta imposición obliga al menos a determinar una resolución final del caso.

La equidad es otra cuestión. En la equidad se impone una valoración de la equivalencia entre lo que se da y lo que se recibe, que remite a un arbitrio controlado del juez. La equidad es un modo de aplicación de la norma en el otro extremo del ejercicio de los poderes reglados. Sin embargo, y como opinión mayoritaria, la equidad como método de determinación de la solución judicial de conflictos, no es fuente de derecho sino más bien una regla de interpretación y de posible aplicación de las leyes. El Derecho español la admite, pero la condiciona. De acuerdo con el artículo 3.2 del Código Civil la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita, legalizando la aplicación judicial de la equidad, si bien solo podrá invocarse como factor ponderativo, cuando la norma aplicable no se adapte concreta y claramente al caso controvertido, y la ley expresamente lo permita.

La equidad –diferente como concepto al de la *equity* como cuerpo de normas derivadas del ejercicio de la jurisdicción por el canciller– puede ser entendida como moderación o enmienda de la previsión legal, o como la solución del caso concreto no previsto en la ley según el sentido de lo justo manifestado en la sentencia, mediante la aplicación de la justicia al caso concreto. No se trata de una aplicación de la equidad libre y discrecional, sino limitada cuando preexiste una ley que lo permita expresamente.

Son dos los rasgos más destacados que integran la equidad:

- a) Que la equidad como elemento jurídico judicial permitido por la ley no puede ser aplicada incondicionalmente, que tiene que hallarse justificada, y

- b) Que la solución del conflicto por equidad solo es aplicable cuando la ley expresamente lo permita, no estando admitida en los demás casos.

Ahora bien, lo que el artículo 3.2 veda es el uso exclusivo de la equidad en la fundamentación de las resoluciones, a menos que así esté expresamente autorizado, pero en modo alguno la ponderación que se ha de hacer en la argumentación, es decir, la aplicación de la equidad en la generalidad de los casos. Precisamente es en aras de la mejor realización de la justicia por lo que han de ser especialmente ponderados y valorados los hechos y circunstancias excepcionales que nunca pueden ser ignorados por el juzgador. De todos modos, las referencias a la utilización de la equidad, o a juzgar en equidad, junto al caso de la diferencia entre arbitraje de derecho y arbitraje de equidad, no conduce en el derecho continental a un claro reconocimiento de la misma como lo hace respecto de las normas de interpretación. La fórmula del Código Civil no aclara ni su posible aplicación directa, ni su aplicación como fundamento único de la decisión judicial.

La equidad funciona así como elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de los casos, sin que sin embargo sea nada fácil el considerar o no la concurrencia del exceso al que lleva la aplicación del principio de legalidad, que es exactamente el papel que la Exposición de Motivos del vigente Título Preliminar del Código Civil asigna a la equidad, siendo mayoritaria la opinión de que se puede utilizar como criterio interpretativo en cada caso concreto, en concurrencia con otros principios.

Lo que no parece admisible es que la equidad, en su cierta indefinición, sea el único criterio para resolver. Si bien no es cuestión definitivamente zanjada, la limitación que la ley puede introducir en la sumisión a la ley en el sentido de fijar como único criterio el de la equidad no es aceptable. No está así dicho, pero puede deducirse se su exclusión como fuente del derecho, incluso como criterio interpretativo explícito, lo que se extiende o puede extenderse al arbitraje de equidad.

La equidad tiene como trasfondo también el llamado problema de la única solución justa, tal y como es planteado en la obra de Dworkin. Existen casos en que el juicio de equidad puede alcanzar con mayor facilidad esa solución única, por una apreciación basada

en la intuición de las circunstancias del caso. La equidad en este caso serviría de criterio orientativo sobre la posición de las partes y tendría conexión en el Derecho Civil con la doctrina de las condiciones y en concreto con el enriquecimiento injustificado, donde precisamente se planteara en el contexto de las teorías de las atribuciones patrimoniales y de su causa.

¿Es la equidad un criterio implícito, siempre aplicado, como criterio de solución del caso? Esta es una pregunta que se suscita en la práctica ¿Resuelve el juez por razones de justicia material y luego acomoda la motivación? Este no sería un criterio de decisión, sino de valoración extrajurídica, mas fijada a la intuición, como propio de la forma de razonar. El razonamiento sería una actividad posterior –no secundaria sino posterior– y esa forma de entender la decisión judicial sería una versión realista del derecho, una consecuencia de la inevitabilidad de la naturaleza de las cosas. Desde esta perspectiva, la equidad sería una variable oculta en la función judicial, que determinaría el resultado del proceso por una apreciación previa, de conjunto y apreciando los intereses, adoptada en la fase de formación del criterio, pero no explicitada.

No explicitada en la sentencia, pero reconocida en la Constitución, el valor superior de la Justicia, aunque no se repetiría en el Título relativo al Poder Jurídico, tiene un poder normativo que justifica la propia Constitución. La apelación a si hay justicia o no la hay, la definición en el lenguaje ordinario de lo que es injusto, o inicuo, es una carga del Poder Judicial. No se trata tanto del valor normativo directo de la equidad como de su opción por hacer prevalecer lo justo, en una versión muy elemental. En ese punto, en el lenguaje ordinario lo justo se remite a lo equitativo. La doctrina sobre lo injustificado en Derecho Civil o la propia doctrina sobre la causa de las obligaciones y los contratos, concretan esta exigencia, que sería cumplida por la equidad como variable oculta, formalmente excluida de los criterios de decisión pero utilizada en el ordenamiento en múltiples instituciones.

Al margen de la anterior explicación motivacional, que puede reflejar la realidad en buen grado, la cuestión formal es si la equidad puede servir como criterio impuesto por la ley, es decir, por su incorporación en múltiples materias a la propia ley. Y en este punto, los Códigos, incluido el español, quieren excluir ese efecto de fuente,

aun supletoria. Lo que ocurre es que al expulsarla como fuente la reconocen como criterio interpretativo, en buena parte porque las normas materiales del derecho muestran su relevancia en múltiples formas. Y se olvida que la equidad es un criterio incorporado al ordenamiento desde los tiempos de las Doce Tablas. Lo que ocurre es que se trata de una equidad positivizada y que, como tal, se impone al juez por la vía de la ley como fuente de aplicación previa. Buena prueba de ello es la trascendencia de la doctrina del enriquecimiento injusto en el Derecho Civil, que actúa como norma de cierre equitativa de atribuciones patrimoniales que de consolidarse sin alguna vía de compensación supondrían una autentica denegación del valor justicia.

VI. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN. EL LUGAR DE LAS LAGUNAS Y DE LAS ANTINOMIAS EN LA FUNCIÓN JUDICIAL

La norma jurídica tiene la particularidad de su enunciación lingüística, con todas las limitaciones que ello conlleva. Es la interpretación la que determina su sentido, interpretación que ha dado lugar a toda una teoría del Derecho. Hay una teoría de la interpretación como existe una teoría de la norma, pues es el correlato de la existencia de significado en la comunicación usual. No es un fenómeno diferente, aunque cabe distinguir entre la interpretación de lo que podríamos llamar con latitud situaciones, y la de las normas, que se resuelven en enunciados sobre proposiciones con un contenido vinculado a las categorías llamadas deónticas.

Las tesis sobre la interpretación se dividen en base a múltiples categorías. Aquí se distingue entre interpretación subjetiva, objetiva y mixta, por un lado, y más recientemente, entre interpretación conversacional o constructiva, o bien entre interpretación o versión cognoscitiva, escéptica o mixta, en función de la tesis que a su vez se sostenga sobre la naturaleza del Derecho.

Por otro lado y desde la perspectiva del resultado, no ya de la actividad, se diferencia entre interpretación extensiva, restrictiva o literal, de modo que se refleja la diferencia entre actividad de conocimiento o actividad de voluntad, lo que ha dado lugar a la distinción entre interpretación descubrimiento e interpretación elección, adquiriendo así el debate sobre la interpretación, como

fijación o designación del sentido, un carácter nuevo respecto a los criterios de interpretación gramatical o literal, histórico, sistemático, lógico o sociológico y finalista. Baste este ejemplo para poder dar por superada una etapa descriptivista de la interpretación, que se ceñía a las perspectivas subjetivas u objetivas y al que puede llamarse el problema de los métodos. Fue la codificación y el proceso de creación del Derecho Civil en Francia el que llevó a los autores a centrarse en esa cuestión de los métodos y es la reflexión sobre la Teoría del Derecho la que ha determinado una revisión de los criterios reiterados de interpretación que son recogidos en la mayor parte de los Códigos Civiles debiendo destacarse por su relación con la función judicial el Código civil suizo.

La vinculación entre las tesis sobre el Derecho y la interpretación, y la llamada discrecionalidad judicial se pone de manifiesto comparando dos tesis. En el modelo positivista de Hart la interpretación tiene que partir de la base de que se puede reconocer una discreción judicial fuerte al menos en los casos difíciles, que atribuye un papel a la interpretación diferente. En el modelo de Dworkin, existirá una única solución correcta o justa, lo que exigirá ampliar los métodos de interpretación y tener en cuenta que el ordenamiento jurídico existen un tipo de reglas, que denomina principios, con una singular estructura, que se sitúan junto a las normas clásicas, y que se diferenciarán por rasgos caracterizables como esenciales. Ambas posiciones son una manifestación de la tesis sobre la naturaleza del sistema jurídico y, a la vez, del sistema de fuentes, en cuanto llegan a conclusiones diferentes sobre las cuestiones abordadas en relación con el Poder Judicial, en relación con la cuestión de la discreción, demostrando claramente la interrelación profunda entre conceptos que implica el asumir un teoría del derecho, que no se limite a la glosa de las normas o al encadenamiento de sentencias.

La traslación a aspectos materiales de la interpretación es evidente. Si en los criterios clásicos se atendía a métodos de interpretación, en el panorama contemporáneo se refiere a las cuestiones de la Teoría del Derecho. Más allá de la técnica de determinación del significado de la ley o, en general, de la norma, los problemas actuales son más en general de aplicación judicial del Derecho, en su conjunto. La versión escéptica de la interpretación es una derivada de

la dificultad de reducir sentido a los enunciados de las normas, en lo que predomina en la versión realista o del realismo jurídico, donde se pondrá de manifiesto un cierto imposible, culminado en la Escuela Libre y de la teoría del realismo, donde se asumirá que es la voluntad del juez la determinante y las predicciones sobre su comportamiento el objetivo de la técnica jurídica.

Es cierto que la interpretación tiene un presupuesto esencialmente cognoscitivo. Lo que ocurre es que en ese aspecto no se pueden excluir las reglas de determinación del significado que se utilizan en la técnica analítica. En suma, se trata de encontrar ese significado, utilizando el concepto hermenéutico de precomprensión, pues ambas técnicas son perfectamente compatibles (Gadamer, 1977). Lo que induce sin embargo una serie de ajustes, en cuanto aunque se ha hablado con toda razón, en alusión a acontecimiento de 1789 y a las revoluciones posteriores, como de una revolución de escritura, aludiendo a la Constitución escrita, no es lo mismo interpretar la realidad material y social que indagar la voluntad de una norma, al menos desde su propia estructura.

En lo que se refiere a los requisitos de consistencia, coherencia y plenitud, se ha distinguido, en relación con la posición de coherencia, entre una acepción negativa y una acepción positiva, destacando en este último caso una referencia a la conexión de las partes de un todo, su cohesión semántica y pragmática. En este sentido mientras que la *consistency* no es una propiedad imprescindible de los textos, la *coherence* no es una *qualitas*, sino la *quidditas*, el carácter mismo de los textos, la condición constitutiva de su textualidad. En este sentido, la *consistency* tiene como condición de posibilidad a la *coherence*, pero se define como algo diferente a la misma.

En referencia a esta importante distinción, la consistencia lógica, aunque se integre en sentido amplio en la coherencia se remite a poseer el texto gran consistencia probabilística, en el sentido más literal, y un número de conexiones de inferencia que sean relativamente fuertes, existir una conexión entre subsistemas y satisfacer el requerimiento de observación, es decir, contener leyes que otorguen una alta confiabilidad a una variedad razonable de creencias cognitivamente espontáneas, distinguiéndose entre grados de coherencia (Peczenik, 2003, pp. 101 y ss.; Iglesias Vila, 1999, pp. 52 y ss.; Conte, 1988, p. 29).

Esta problemática, junto con la relativa a las lagunas, es una de las cuestiones que plantea la indagación en lo que significa el imperio de la ley. La forma particular del silogismo judicial no puede eludir la existencia de indeterminaciones en la premisa mayor o en la menor, sino que forma parte del carácter ambiguo o indeterminado de la norma y del carácter incompleto del ordenamiento jurídico, debiendo destacarse que la consistencia en el sentido ya expuesto, es tan importante como la coherencia. Incluso en la articulación del propio silogismo existe la cuestión de cuando se considera que la premisa menor es adecuada a la premisa mayor o en qué supuestos puede admitirse la conclusión, lo que es producto del origen y la naturaleza del silogismo. Es decir, la formulación del silogismo judicial es más borrosa, en el sentido de la lógica del mismo nombre, pues sobre todo al analizar los hechos no aparece un diseño claro sino un simple marco de reproducción de una realidad distante, diferente en aspectos esenciales y donde aparecen la vaguedad, la ambigüedad y la textura abierta como el pórtico a la mayor falla o fallo de sistema: la indeterminación, auténtica catástrofe en la aplicación del derecho.

La citada objeción de un automatismo pregonado del silogismo o de la subsunción ha llevado a una sofisticación de análisis de la resolución judicial, que ha sido el producto cierto de la Teoría del Derecho, más que del Derecho Constitucional. En este se ha seguido la regla de definir conforme a lo ya definido, o de repetir los textos que acumulan condiciones de ejercicio de la función judicial con la naturaleza de la misma y el desarrollo de la función, lo que ha dado lugar a una serie nueva de problemas que hemos ido mencionando en este apartado (Perry, 1982, pp. 61 y ss). En todos ellos, se plantea que es la función de juzgar desde la perspectiva de la remisión abierta de la Constitución y leyes del Poder Judicial, que no esclarece directamente ese contenido, sino que se limita al citar el imperio de la ley.

La referencia a las técnicas de interpretación encuentra una literatura muy extensa y compleja. A la vez que las clásicas distinciones entre interpretación gramatical, lógica, histórica y sistemática. Según su autor se distingue por Hans Kelsen entre interpretación auténtica y no auténtica y a su vez se hace referencia a la interpretación legislativa, que evoca la técnica francesa del *referé*, interpretación judicial e interpretación doctrinal.

Especialmente reciente y original es la clasificación densa de Robert Alexy. Este distinguirá entre los argumentos lingüísticos, los argumentos genéticos, los argumentos sistemáticos y los argumentos prácticos generales. Los primeros se dividirían canónicamente entre argumentos semánticos y sintácticos mientras que los genéticos apelarían a la voluntad del legislador histórico.

En cuanto a los sistemáticos, que coincidirían con una de las categorías de Savigny, basados en la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, abarcaría una rica serie de clases de gran interés para la jurisdicción: argumentos contextuales o de *sede materiae*, argumentos sistemático-conceptuales, basados en la claridad, unidad formal y completitud sistemática del conjunto; argumentos que apelan a principios, dando entrada en la interpretación a ese peculiar tipo de normas; argumentos jurídicos especiales, como el analógico, el *a contrario*, el *a fortiori* y *ad absurdum*; los argumentos centrados en precedentes judiciales; los argumentos históricos, basados en la sistematicidad del ordenamiento jurídico y los argumentos comparativos, a raíz de la comparación entre sistemas jurídicos. Dentro de los argumentos prácticos generales, Alexy hace referencia a los argumentos teleológicos y deontológicos (Alexy, 1989).

Guastini aportará a la interpretación judicial una clasificación que se caracteriza por su practicidad. Partirá de una división esencial, la que diferencia a la interpretación literal o correctora. La primera se regirá por el lenguaje común al que añade el argumento *a contrario* en función puramente interpretativa. En el caso de una interpretación correcta en general, ni extensiva ni restrictiva del supuesto, cita el argumento de la intención del legislador, donde es obligada la referencia de Radbruch –la ley positiva como más allá de la intención del legislador–, y también como casos de interpretación correctora se refiere al argumento apagógico o *ab absurdum*, a la interpretación según la naturaleza de las cosas y, sobre todo a los que llama argumentos sistemáticos (Guastini, 1999).

Entre ellos, fundamentales en la práctica del discurso jurídico, se refiere al argumento sistemático a rubrica, al argumento sistemático de combinación, que integra para su finalidad diversos fragmentos de normas, al argumento sistemático *sedes materiae*, al argumento sistemático de la constancia terminológica, al argumento sistemático

a *cohaerentia* en sentido estricto y haciendo referencia, junto a otros ya citados como el argumento *a contrario* en función puramente interpretativa, y otros como argumentos *a fortiori*, donde Alchourrón ha distinguido entre los de comparación y los de semejanza, incluyendo entre los primeros *ad majori*, *ad minus* y *a minore ad majus* (Alchourrón, 1961).

En la teoría de la interpretación, si bien sin demasiada claridad sobre su contenido, ha jugado un papel decisivo el argumento literal. En este se ha destacado un criterio por el que este sería a aquel que es posible captar o comprender de forma inmediata por intuición lingüística, criterio que a su vez ha sido criticado por eludir la presencia de metáforas o metonimias en la formulación o de la teoría de Grice, y también por poder incluir la norma elementos técnico-jurídicos especiales que impidan ese pretendido acceso.

Se ha referido la doctrina a la interpretación literal como aquella fundada en una razón meramente aparente, o bien aquella que no introduce corrección alguna en la expresión directa de la norma o incluso el que resulta de la utilización de un argumento a contrario en función interpretativa, no en función productiva o creativa. Siendo destacable el que más se ajusta a su verdadero significado, al señalar que es el que aplica exclusivamente las reglas sintácticas y semánticas del lenguaje, sin tomar en consideración el contexto de emisión, ni los efectos de reacción sobre el oyente (Poggi, 2007, pp. 617-634).

La integración del derecho va más allá de la interpretación, en cuanto se parte de un vacío de regulación. La norma no es que sea interpretable, por su vaguedad, ambigüedad o textura abierta, sino que no existe como tal, como norma aplicable al caso, ajustada o ajustable al hecho que es su presupuesto. La aplicación requiere de un ejercicio más, la integración, donde la analogía y sus exclusiones, la supletoriedad y algunas disposiciones generales del proceso, como la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de derechos, la nulidad o el fraude de ley, son también normas añadidas que afectan a la vez a la función judicial, incluso como metarreglas.

Es importante señalar una tesis que ha generado una nueva polémica. La tesis del error conocido como aguijón semántico, según la cual se acepta en el positivismo una determinación de sentido, en el sentido de criterio de uso, cuando en el derecho y en su aplicación no

se produce esa supuesta convergencia o aceptación de significado en el sentido de ese criterio de uso, distinguiendo Dworkin entre varios conceptos de Derecho, doctrinario, sociológico, taxonómico o ideal.

En este sentido, distingue entre el concepto determinado exclusivamente por sus criterios de uso, el concepto de clase natural y el concepto interpretativo, siendo el enfoque doctrinario estrictamente interpretativo, ya que, entre otras razones, es lo único que explica los desacuerdos existentes en la práctica jurídica,

La citada problemática ha dado lugar a una teoría de las lagunas, características de las mismas, tipos y medios de superación. Una laguna en un principio excluye la existencia de norma y por tanto frustra el proceso de aplicación del Derecho. No hay norma y por tanto se reclama una solución que no siendo la directa, la preestablecida por el legislador, es adecuada, empleando esta expresión en un sentido hermenéutico. Obviamente, esa solución tiene que ser coherente con el ordenamiento jurídico, es decir, no puede entrar en contradicción con el mismo, y, por tanto, este es un primer límite a la solución, la coherencia con el ordenamiento.

La teoría sobre las lagunas es también muy extensa y cabe hacer una referencia de resumen a las mismas. La propuesta de Alchourrón y Bulygin distingue entre lagunas normativas, lagunas de conocimiento, lagunas de reconocimiento y lagunas axiológicas. Entre las primeras citan los casos o supuestos en que el sistema jurídico no correlaciona un caso con una de las soluciones maximales de su universo de resoluciones, o bien como un caso, que resulta definido en términos de las propiedades que han sido consideradas relevantes por la autoridad normativa, al cual no se le ha correlacionado una solución normativa completa.

Se ha vinculado la teoría de las lagunas con la discrecionalidad judicial. De existir estas, se dice, la discrecionalidad sería inevitable y un producto de la indeterminación normativa, no de otras circunstancias, refiriéndose a la norma general de la que no puede deducirse una solución.

Sin embargo, esta tesis no ha sido compartida por todos. Se la ha criticado por referirse a una situación imposible, lo que es un argumento de primer orden, pero también se ha indicado que aun en caso de laguna el juez no tiene discrecionalidad (Atria, 2005).

La cuestión ha sido tratada en otra parte del trabajo. Sin embargo, la equiparación entre existencia de laguna, en el sentido que se ha expuesto, y discreción judicial es destacable desde el punto en que en caso de sistemas que no las tienen se plantea si la actividad del juez es puramente reproductiva. Esta es una consideración general, que sitúa el problema en relación con otros problemas, como la equidad o la buena fe, puesto que en esos casos no existe indeterminación en el Derecho, sino previsión de todos los elementos de la decisión o previos a la misma.

La negativa a reconocer discrecionalidad judicial parte de una reconsideración de la laguna normativa. En estas no es que el Derecho no regule una determinada cuestión, sino que las lagunas no son simplemente casos sin regular, sino casos sin regular que el Derecho no pretende regular, frente a los que no existiría discrecionalidad judicial. Igualmente, Atria señala que si se consideran lagunas los casos sin regular que el Derecho pretende regular no habría un límite entre esos casos y los que el Derecho no pretende regular que pudiera fijarse sin recurrir a consideraciones morales, vulnerándose un principio del llamado positivismo jurídico, el relativo a la inexistencia de normas morales.

Por este efecto se distingue también entre casos sin regulación jurídica y laguna axiológicas, con el mismo propósito de aclaración de lo que se debe entender por laguna. En el primer sentido, se trataría de distinguir simplemente entre acciones reguladas por el Derecho y acciones no reguladas, mientras que en el caso de las lagunas axiológicas se trata de confirmar si las propiedades están reputadas relevantes por el Derecho y los que no lo está.

La introducción de la axiología es también relevante en el debate Hart-Dworkin, como planteo el primero en el caso de la señora Sorenson, que fue afectada con problemas cardíacos a raíz de la toma de un medicamento y que no encontró vía judicial al reclamar o intentar reclamar al laboratorio en concreto que fue causante en la cadena causal del daño, lo que la llevó a demandar a cada laboratorio productor del fármaco durante el periodo en que lo consumió en proporción a la porción de mercado que tenía cada laboratorio.

Para Dworkin esta será una impugnación del positivismo en su insistencia en la tesis de las fuentes sociales, ya que esa tesis no

permitiría sostener la demanda de la citada señora, contribuyendo en el debate Endicott, quien sostuvo que las tesis de Dworkin no constituían una impugnación de Hart y la mencionada tesis de las fuentes sociales, entre otras razones porque Hart admite la posibilidad de que los jueces creen Derecho, al señalar que la doctrina del precedente autoriza a limitar la regla que surge del precedente y a ampliar la regla descartando una restricción que se contenía en el mismo formulado en casos anteriores. La referida tesis de Endicott se dirigía a una función de justificar algo muy difícil de justificar, la ausencia de acción en el caso de la señora Sorenson basada en la tesis de las fuentes sociales si se siguen estrictamente los postulados del positivismo (Dworkin, 2006).

Esta tesis sobre lagunas y discrecionalidad genera una conclusión evidente: esta opción excluiría la obligación del juez de invocar una regla general que califique deónticamente el caso genérico considerado. Es decir, no existiría una obligación de distinguir entre regulado y no regulado desde la perspectiva de lo que falta o está ausente y debe ser completado. Lo que conduce a otro problema distinto, la posición del juez ante casos que no están contemplados, como en el ejemplo que pone Atria, en el sentido de desestimar la demanda, supuesto que encuentra su acogida en la declaración del juez de incompetencia, supuesto este último en que existe una cierta evaluación normativa pero no del acto o hecho al que se refiere el fondo del procedimiento.

La diferencia entre laguna y caso no regulado es un punto esencial de la discusión. Para autores como Fernando Atria o Soeteman (1989) no existiría una demarcación clara entre los casos no regulados y las lagunas axiológicas, de tal modo que la forma de contrarrestar esta dificultad es redefinir la laguna normativa. De acuerdo con Alchourrón y Bulygin la laguna no es simplemente un caso no regulado por el Derecho sino un caso definido en función de las propiedades que, de conformidad con las fuentes admitidas como válidas para la producción de derecho, poseen relevancia normativa, no correlacionados con ninguna solución, lo que se ha completado con la distinción entre un sistema cerrado y un sistema completo.

El sistema cerrado sería completo respecto de cualquier universo de casos y cualquier universo de acciones, mientras que el

sistema completo referiría a un cierto universo de casos y a un cierto universo de acciones, centrándose en esa diferencia una versión de la completitud y también de la consistencia.

La dificultad de apelar a la norma escrita directamente aplicable y la excepcionalidad de la costumbre lleva a una medida de integración del Derecho basada en la aplicación de los principios generales del Derecho. El juez debe aplicar los citados principios por mandato de la Constitución y de las normas civiles, no estando claro cual su posición relativa en relación con otros medios como la analogía. Si bien en esta se distingue entre analogía e interpretación analógica, la integración de lagunas mediante la aplicación de los principios generales del Derecho es un hecho cotidiano. La doctrina ha diferenciado a los principios positivizados de aquellos que han sido creación jurisprudencial, y a la vez ha distinguido entre los que actúan por defecto, como norma supletoria, los principios con función interpretativa o moduladora de la aplicación del ordenamiento jurídico, los principios con función resolutoria, entre los que se reconoce el de proporcionalidad y con función estructurante, o de conformación de la actividad administrativa (Esteve Pardo, 2008, pp. 105 y ss.), como el recientemente proclamado principio de precaución.

Los principios generales tienen efectos especiales respecto de las normas. No se trata con ellos de reconocer una situación o estado de cosas sino de solucionar con su aplicación su carencia o bien las que resulten contraria a la equidad, a la justicia o a otras normas morales, teniendo un efecto completamente diferenciado. El principio tiene funciones estructurantes y también tuitivas, que se destinan a dar una solución conforme a esas bases que señala Dworkin, con los diversos efectos respecto de la norma que señala, entre ellos la persistencia de los principios.

La esencia del argumento de Dworkin contra Hart reside en los modos de manifestarse los principios generales. La tesis de Dworkin presenta un mapa de normas completamente diferentes a los esquemas de los positivistas, en que el orden de aplicación determina los efectos, planteando una pluralidad de fuentes normativas de mayor complejidad que la kelseniana. Para Dworkin no se puede aportar una justificación suficiente para reconocer en el simple esquema piramidal una función de donación de eficacia a las normas y a los actos, por

un lado, y por otro lado, las propias normas son algo mucho más complejo que la tradicional noción de regla.

En lo que se refiere al primer rasgo, la que hemos llamado mayor complejidad ontológica de ese mundo de las normas, ello afecta a la cuestión de la legitimación por la existencia de la norma anterior y superior. En un mundo jurídico de normas más abiertas y de existencia de directivas, la proposición de que la norma superior atribuye legitimidad a la inferior no es ya de aplicación simplista y mecánica, puesto que la norma superior no tiene solamente bajo su imperio normas cerradas o prescripciones, sino que existen al lado, otro tipo de normas, como son los principios del derecho.

Por poner un ejemplo del segundo caso, hay en ellos un no agotamiento la totalidad de las prescripciones, al tratarse de una norma abierta que determina finalidades y medios inmediatos de aplicación, dejando fuera de su capacidad normativa otros medios y sobre todo la definición de los conceptos que se utilizan en el mencionado tipo de normas, que fue exactamente lo que pasó en el caso *Chevron*, donde fue una norma inferior la que definió los conceptos afirmados por la norma legal (Rodríguez, 2021, p. 567), creándose un principio de deferencia a la actividad administrativa que no puede ser concebido más que como principio, pues tal deferencia no está admitida ni reconocida en el ordenamiento jurídico. No hay una regla que diga que se debe ser deferencial con los departamentos u organismos del Poder Ejecutivo, pero, sin embargo, se deduce por la citada sentencia un principio, adaptable como tal⁶.

Basándose en la diferencia entre conceptos y concepciones, se ha perfilado una resolución en base a principios como plenamente conforme con la interpretación constitucional, que los ha positivizado con plenitud en el artículo 9.3 de la Constitución. En ese caso no se habla ya solamente de carácter supletorio de la ley o de la costumbre, ni de una función informadora, sino que la Constitución impone como aplicable en todos los casos el principio de seguridad jurídica

⁶ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), es un caso en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que, ante el silencio u oscuridad de un texto legal, los Tribunales deben mostrar deferencia ante la interpretación que de los mismos hacen las Agencias administrativas, siempre y cuando, eso sí, tal interpretación sea razonable.

o de irretroactividad, con lo que zanja aspectos tan indeterminados en la aplicación del Derecho como el caso de colisión con una norma vigente o el de la inexistencia de norma directamente aplicable.

La validez de la aplicación del derecho mediante el recurso a principios generales, como la legalidad, la tipicidad, la responsabilidad, la buena fe, la protección de la confianza legítima y otros que en gran parte se han positivado, supone la garantía de una solución única y además que esta sea la solución justa, entendiendo este concepto como el relacionado con el principio de justicia.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre los principios, indicando que los principios constitucionales de irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el art. 9.3 de la Constitución –legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad– no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirvan todos a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho.

La cuestión de los principios, sobre todo en su comparación con las reglas, ha sido muy discutida. Para Alexy, aunque tanto las normas o reglas y los principios se formulan con la ayuda de las expresiones deónticas básicas, obligación, permisión y prohibición, estos tendrían características singulares: normas de generalidad relativamente alta, insistiendo en la indeterminabilidad de los casos de aplicación, la forma de su génesis u origen, el carácter explícito del contenido valorativo, la referencia a la idea de derecho y su relevancia para el ordenamiento jurídico.

Junto a estas diferencias, se ha sostenido que los principios poseen una dimensión de peso mientras que las reglas la poseen de validez, del mismo modo que se ha utilizado la diferencia fundada en que las reglas tienen un carácter concluyente mientras que los principios lo tienen no concluyente.

De esas características planteará Alexy diversas opciones para la diferenciación: la esterilidad del intento de división conceptual, la aceptación de la división entre principios y reglas como cuestión de grado y la tesis de que existen diferencias cualitativas.

Profundizando en los principios a los que se refiere el artículo 9.3 de la Constitución, en lo que se refiere a la irretroactividad de las

disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, existe una clásica doctrina del Tribunal Constitucional, que tiene muchos puntos discutibles. Para la citada doctrina, la posibilidad de modificar normas del ordenamiento jurídico es consustancial a su naturaleza. No hay un derecho absoluto al mantenimiento de las normas aplicables a un supuesto de hecho, ni una modificación supone en todo caso una vulneración de los derechos adquiridos ni una vulneración del principio de seguridad jurídica. Tal tesis supondría sostener que las normas jamás podrían modificarse, pues siempre suponen o asumen una incidencia en situaciones jurídicas, en diverso grado de consolidación. De asumirse la tesis más restrictiva, el Código Civil no habría podido entrar en vigor y derogar las fuentes del Derecho recogidas en la Nueva Recopilación, siendo incapaz la nueva legislación de sustituir con eficacia derivada de su vigencia a la anterior, ya que es evidente que el Código Civil afectaba prácticamente a todas las situaciones jurídicas vigentes en el momento de su entrada en vigor.

La diferencia entre *principles* y *policies* es tan nítida como la que separa a los principios de la referencia normativa explícita. Sin cobertura de norma aplicable, lo que sostiene Dworkin es que hay respuesta, que se obtiene precisamente del esclarecimiento del núcleo del principio, como regla que permite la resolución de casos. Una cobertura completa por la norma de todos los casos es una utopía, pero, a pesar de las lagunas, no puede reconocerse una como tal y dejar de juzgar el caso. Esa prohibición, que se encuentra en prácticamente todas las culturas jurídicas, es la que justifica una solución por el recurso a prescripciones fundamentales generalmente aceptadas de tipo abierto y de aplicación ajustable, modificable y repetible.

Las lagunas del Derecho son, como se ha dicho, la posibilidad de una frustración de la aplicación del derecho. Y frente la sutileza del principio, su carácter amplio y su capacidad de adaptación hay otros métodos, como la analogía, si bien resulta excluida en caso de leyes que tienen el carácter común de ser restrictiva de derechos o integrantes del Derecho excepcional, resultando excluida la analogía en las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal.

La aplicación de los principios cualifica también la acción del Estado. Por poner un ejemplo, el principio de confianza legítima no solamente es una protección de quien ha obtenido una resolución

de la Administración en base a la que ha actuado y con la que ha contado, sino que inspira toda la cuestión de los efectos de los actos administrativos. No es por tanto y solamente relevante en sí, sino que orienta en una materia en principio ajena, como la de la revocabilidad de los citados actos. En ese sentido el principio inspira y a la vez se deduce de la revocación del acto administrativo.

En el Derecho a aplicar por los jueces, no solamente hay lagunas, sino que hay contradicciones y antinomias, que deben resolverse si se quiere aspirar a la consistencia coherencia y completitud del ordenamiento. La coherencia ha sido definida como una cualidad del sistema en cuya virtud cada situación de hecho recibe un único tratamiento normativo, lo que desaparece si nos situamos ante una antinomia o contradicción normativa. Hay antinomia cuando un mismo comportamiento es cualificado deónticamente de modo incompatible por dos normas, o, si se prefiere, dos consecuencias incompatibles.

Las contradicciones entre normas o incluso entre resoluciones judiciales son inevitables, como inevitable es la obligación de resolverlas. Aquí se ha distinguido entre contradicción entre mandato y prohibición, entre mandato y permiso negativo, entre prohibición y permiso positivo, habiéndose distinguido por Ross entre antinomia total-total, antinomia total-parcial, y antinomia parcial-parcial, dándose soluciones clásicas y alguna más reciente, como el las ofrecidas por el criterio jerárquico, el criterio de competencia, el criterio de prevalencia, el criterio cronológico y el criterio de especialidad (Prieto Sanchís, 2005, pp. 139 y ss.).

Ninguno de estos criterios tiene un fundamento autoevidente. Son soluciones que pueden ser conflictivas entre sí, dando lugar a las llamadas antinomias de segundo grado, que no permiten destacar una razón clara. El criterio de *lex specialis* no tiene una fundamentación muy relevante frente al criterio de la ley general, porque viene a invertir un cierto orden categorial, en que la norma más amplia y abstracta tiene una aparente mayor legitimidad, por un cierto horror al privilegio.

También hay otras obligaciones del Derecho que permiten sustentar otros criterios, como la diferencia entre Derecho Común y Derecho especial o entre Derecho normal y Derecho excepcional, que sin embargo no han dado lugar a criterios tan afirmados como

los anteriores. Sin embargo, en el caso del Derecho excepcional la posible prevalencia tiene el rasgo definitivo de la temporalidad, por lo que el criterio cronológico tendría aquí algunas excepciones derivadas del tradicional carácter de la excepción como vinculada al hecho causante.

Todas estas posibilidades también forman parte del imperio de la ley, pero lo hace complicando lo que parece una afirmación evidente. Lo cierto es que no es así. Las excepciones que se van introduciendo respecto de las reglas en base a otras reglas o a principios muestran un sistema complejo, de formación sucesiva, vinculado al precedente en una forma u otra, y que por tanto no se limita a la llamada jurisprudencia mecánica ni al mecanismo de la subsunción. Hay mucha más complejidad y resulta difícil identificar el criterio de distinción entre casos fáciles y casos difíciles, mucho más aún si se trata de definir una visión del Derecho alternativa en ambos supuestos.

VII. FUNCIÓN JUDICIAL Y CONTROL LEGISLATIVO: LA RAMA MÁS PELIGROSA

El presente trabajo tiene un inevitable trasfondo constitucional. La reflexión sobre los Poderes clásicos, expuesta también de una forma clásica, como exposición del estatuto de los órganos constitucionales, descripción de competencias, régimen de ejercicio de las mismas y revisión, muestra cada día más la insuficiencia de esa forma de explicar el sistema político. Hay anquilosamiento de las formas, pero también hay un anquilosamiento de la interpretación. Esta es una consecuencia de haber primado la exposición de un supuesto principio primero, o principio de los principios, en base al cual se construye todo el sistema explicativo de la organización de los Poderes.

Ello no quiere decir que ese principio del que se pretende partir—Reinhold lo pretendió para la doctrina de la razón pura kantiana—afecte a todo el sistema de órganos constitucionales, pues puede limitarse a un poder en concreto. Pero en todo caso, esta definición del sistema por un elemento común se agrava si la exposición—no la interpretación—de ese principio se reproduce en una versión que solamente cabe calificar como canónica. Es decir, lo que se pretende primer principio de un esquema de poderes como el de la Constitución de 1978 es la interpretación acrítica que se ha concretado en el tiempo,

sin tener en cuenta al mismo tiempo y las consecuencias de su paso. No es un caso exclusivo del Poder Judicial, pero afecta mucho más de cerca al ciudadano que la potestad legislativa o las opciones de la acción de gobierno.

En el caso de la función judicial, el primer principio establecido es el de la separación de poderes. Ya hemos hecho referencia a si es o no un principio jurídico en la obra de Montesquieu, pero ahora reaparece al combinarse con una faceta que no es principio sino garantía. Esa faceta es la independencia e inamovilidad, que combinada por un erróneo concepto de lo que significa «sometido únicamente a la Ley», describe una realidad en que la justicia se convierte en un poder autónomo. Así, al referirse a «únicamente» se olvida el «imperio de la ley». Para ello se utiliza la interpretación más extrema de la separación de poderes, la que veda cualquier coincidencia o contacto, destacando entre las limitaciones la prohibición implícita de interferencia, esta vez basado en el concepto de inamovilidad. El «únicamente» se convierte en definición de la función, sobrepasando el otro elemento de la frase.

El resultado, como el de todo error conceptual, es una malinterpretación del sistema de poderes —que llamamos así por ser lo que es, un sistema, una relación entre elementos que asume un contenido invariante— que además se sitúa casi sin darse cuenta en los primeros albores del Estado de Derecho, el que llamaríamos Estado de Derecho formal, que olvida la justicia, no en el Estado de la Constitución normativa. El poner todo el peso en el carácter único del límite, y sobre todo lo que se ha denunciado aquí, la falacia del autocumplimiento por la mera posición en el sistema, se olvida el fondo de técnicas al que remite esa sujeción, su pluralidad y la existencia habitual de desacuerdos. La descripción de la función judicial colapsa, por efecto de la autoreferencia y olvido a la vez de la posición constitucional y de los límites materiales en el ejercicio de la función. Ello es evidente cuando la Constitución se refiere a «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado» como contenido de la que llama potestad jurisdiccional, sin hacer referencia a lo que es juzgar, contrastando en este punto con la referencia material a la función del artículo 4 del Código Civil suizo.

La independencia o la inamovilidad no es la libertad en el ejercicio. Ya hemos hecho referencia a la discreción judicial y a sus

problemas. Y más aún, la separación de poderes, tal y como se da en la realidad, no significa que el Poder Judicial sea un poder incontrolable, derivado de la posición constitucional que ocupa. Tampoco dice que sea un Poder controlable solamente por el mismo, como tampoco dice que deba elaborar las normas procesales, pues esta es una competencia del Legislativo, ni que el funcionamiento de ese Poder sea irrelevante para la finalidad de la Constitución. Por eso precisamente, el ejercicio de la función judicial lo es en la Constitución normativa de una forma radicalmente diferente, pues, por poner un ejemplo, la equidad adquiere un contorno diferente que el sostenido desde el Derecho Romano. Más que facultad es obligación, en virtud del carácter plenamente normativo del valor justicia, y solamente este cambio puede ser decisivo.

La referencia a la separación de poderes es, como decía Dworkin de la tesis de la discrecionalidad del positivismo, una referencia tomada del lenguaje usual. No se utiliza un lenguaje técnico, convirtiéndolo en esa referencia canónica que antes mencionábamos, agotada por reiterada. Y en ese punto es donde se produce el equívoco. Si bien hay otras calificaciones, como poderes divididos o poderes enumerados, es la referencia a la separación la que ha tenido más éxito, aunque los antecedentes sean tan antiguos como Polibio o Aristóteles. Separación es separación en sentido usual, y de ese sentido usual se ha saltado a una regla jurídica, la prohibición de mezclarse un poder en el ejercicio del otro. La mejor prueba será la interpretación revolucionaria de la separación entre Administración y jueces, en virtud de la temprana ley de 16-24 de agosto de 1790⁷. Mezcla, injerencia, perturbación, usurpación, son las expresiones más utilizados desde esa temprana ley, que anticipará el moderno Derecho administrativo en su versión continental y que, no casualmente, no se repetirá como documento normativo exclusivamente dedicado a reprimir esa perturbación, sino que se dará implícitamente en las

⁷ El artículo 13 del título II de la ley de 16/24 de agosto de 1790 sobre la organización judicial dispone: «las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas».

Los jueces no podrán, so pena de delito, perturbar, en manera alguna, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones».

normas de la ejecutividad y acción de oficio de la Administración, prohibición de interdictos o en la exclusividad de la jurisdicción contencioso- administrativa.

La posición de privilegio del juez, al definir la aplicación de la norma, se ha venido resolviendo en una especie de autocontrol, o control presunto, derivado de la invocación del imperio de la ley, de la independencia del cargo, y de la condicionalidad de la función de aplicación, una suposición de que por el hecho de estar sometido a la ley las condiciones de legitimación se cumplen. De este modo, la vigencia para el juez de la ley se ha convertido en una explicación insuficiente, porque llega a una conclusión de la que precisamente parte. Y este es un tema de la mayor importancia, y en el que este trabajo alcanza su cota más explicativa de su propia existencia, aunque la crítica aumente de grado. Más que una explicación es una auto explicación que se autocumple. Por ello mismo, el tratamiento del Poder Judicial en los estudios de Derecho Constitucional está muy lejos de aclarar las cosas, con algunas excepciones que han atendido a la función judicial en sentido material, en su configuración y en los condicionantes de fondo de la misma, mediante un análisis de lo que se ha llamado sujeción a la ley.

¿Cómo se puede controlar el ajuste de la conducta oficial del juez a la Constitución democrática? La cuestión de la audiencia sobre el candidato, y la destitución mediante un procedimiento agravado, dependiendo de un órgano legislativo, es producto de una reflexión profunda que hicieron los asistentes a la Convención en Estados Unidos. La norma por la que el Judiciary Committee ejerce su control previo a la designación supone en principio una excepción a la citada independencia, en cuanto es el poder legislativo el que controla previamente a los jueces por la vía de la exposición de su currículum y de sus ideas, en base a la crítica cruzada por parte de los representantes de lo que podría denominarse la prospectividad de su jurisprudencia. Si bien no se trata de un examen de las resoluciones judiciales por dictar, si hay un análisis de las ya dictadas, en el sentido del conocimiento del historial como peldaño ascendente hacia el ideario, aunque esté oculto, del juez que se somete a la confirmación.

Este principio apunta a la heteronomía del control, lo que tendrá una repercusión obvia en la heteronomía de la inspección de la

actuación judicial, que se discute por los partidarios de que el mejor control es el propio, el que emana de la corporación de los jueces constituida en colegio electoral y que apunta en medio de la mayor polémica, a que el órgano de gobierno de los jueces sea elegido exclusivamente por los jueces. Cuestión que es solamente una consecuencia, pues dependerá del contenido material de la función de juzgar y, sobre todo, de sus límites la respuesta a la formación del control de un hipotético órgano de gobierno, o el supuesto derecho colegiado a elegir a los controladores de entre los propios jueces. Hay ejemplos en el Derecho para ambas posibilidades, incluso para un término medio, de gobierno por los jueces o de gobierno por una autoridad ajena a su función –El presidente de la República francesa es el presidente del Consejo Superior de la Magistratura, por poner un ejemplo–.

La reflexión sobre el caso norteamericano es siempre útil, más aún si se trata de Poder Judicial. La Constitución de 1787 atribuye al legislativo el poder de regular e incluso de crear los tribunales de apelación, así como regular el procedimiento, tanto en el caso del Tribunal de Distrito como en el Circuito. Estos son los controles a los que alude Perry para salvar las objeciones al no interpretativismo. Este poder es el primero, pues quien decide la creación del órgano, más aun cuanto este órgano no se define en la Constitución, tiene un poder previo a la resolución, destacado en su obra principal.

Junto a él y teniendo por referencia la intervención en la nominación y confirmación, el Comité Judicial del Senado ejerce una amplia función supervisora que es apoyada por las organizaciones de base privada, como la American Bar Association (ABA) y otros organismos de seguimiento de las acciones judiciales, que contemplan un estudio de lo que el juez ha juzgado. El proceso de nombramiento de jueces federales es objeto de una intervención decisiva del Senado, confirmando la imposibilidad de entender la separación de los poderes como norma jurídica con conclusión jurídica. También asume el proceso de remoción.

En principio, parece extraño que el órgano encargado de aprobar definitivamente las leyes tenga un poder de supervisión sobre los jueces en el momento de su confirmación, al margen de la autonomía de los Judicial Council para adoptar medidas disciplinarias, o en el caso de la inhabilidad para ejercer el cargo. Si este último es un tema

de rigurosa autoadministración, la función de control del Parlamento sobre lo judicial plantea aparentemente problemas de legitimidad, de criterio de control y de ámbito, por este orden.

Hay que recordar sin embargo la lúcida interpretación hecha sobre la separación de poderes de Eisenmann a la que se ha hecho referencia al inicio. La separación no es una regla jurídica, sino más bien un principio político y, por tanto, la cuestión no puede resolverse exclusivamente por esta vía. La apelación a un control externo sobre la aplicación de la ley recuerda, eso sí, a los poderes de interpretación de la Constitución por el Parlamento o al denominado *reféré législatif*. Tal función, en principio extraña a las Cámaras, autoriza una mediación limitada del Parlamento, del que hemos llamado *Congressional control*, sobre el ejercicio de la jurisdicción. La legitimidad del control viene afinada por la vinculación del juez a la Constitución y a las leyes (García Pascual, 1997, pp. 51 y ss.). No es algo extraño a la configuración constitucional de la casación un precedente en la atribución a las Cámaras de la función de interpretación. Por tanto, no forma parte de los elementos esenciales de la jurisdicción ni de los requisitos derivados de la independencia y de la imparcialidad la no intervención del poder legislativo. El tal anatema no es tal. El elefante no está en la habitación si se adopta la tesis de Locke y se prescinde de la versión mecánica de la división de poderes que es la que se ha venido utilizando al examinar la separación entre función legislativa y función judicial.

Esto está aún más justificado si se tiene en cuenta que el poder menos peligroso, puede convertirse en el más peligroso. La persistencia conductual por uno o varios tribunales en la fijación de una doctrina errónea, lesiva de los derechos, irracional o sesgada, no es un asunto ajeno a las Cámaras, pues tales pautas destruyen el objetivo de la ley. Y estas tesis pueden darse en cuestiones sociales nuevas, en las que los prejuicios son todavía muy fuertes, como se está produciendo en la actualidad en términos de igualdad, incluida la igualdad de género o cuestiones relacionadas con la libertad de conciencia, cuestiones sobre las que la jurisdicción no se había pronunciado.

La acción de ignorar en la aplicación la doctrina de la ley es una cuestión que puede exceder del caso concreto, pero en todo caso

es controlable, aunque no lo sea desde la perspectiva de la pretensión de anularla y sustituirla por otra, sino mediante un procedimiento de examen que al referirse al poder unilateral del juez de declarar el Derecho está más justificado que nunca. Una apreciación de una pauta de aplicación contraria a la Constitución no es cuestión ajena a la función constitucional de control, pues no se está nunca libre del prejuicio, del encasillamiento o de lo que hemos llamado anquilosamiento. En la función judicial se reflejan todas las posibilidades.

La referida función no es un ataque a la independencia judicial, pues esta no puede amparar la capacidad de mantener un criterio erróneo desde el punto de vista argumentativo, sino concretarse en la ausencia de presiones que afecten a la decisión. La independencia y la autonomía no son una habilitación legislativa para imponer la voluntad. La independencia y la inamovilidad no suponen una franquicia, ni excluye que las Cámaras controlen el proceso de la argumentación anterior en la vía de la nominación, donde el récord del juez se expone entendiendo a los argumentos y razones y a la prospección de sus criterios en el futuro sobre asuntos de marcado carácter político, como la discriminación o la libertad de expresión.

La realidad de ese *Congressional control* es hoy una simple previsión de comparecencias del presidente del Consejo General del Poder Judicial o del fiscal general del Estado, basándose en noticia muy amplia, dispersa del compareciente, estrictamente autoridad, contestada con generalidad por los miembros de la Comisión. Esta es sin duda una interpretación muy restrictiva de los poderes a los que nos estamos refiriendo, que en primer lugar son mucho más inmediatos al ciudadano que los restantes, pues sus decisiones son de cumplimiento obligado. El carácter difuso de la presencia del Poder Judicial no establece una limitación, sino que supone una potencial agravación del *status* del ciudadano ante el ejercicio de la función judicial. La unipersonalidad del órgano no es precisamente un momento de reflexión sobre el caso, poder tenuemente limitado por la apelación.

La sujeción espontánea a la ley y la revisión de las resoluciones judiciales es manifiestamente insuficiente para el control de los ciudadanos que deciden el Derecho, puesto que las limitaciones y lentitudes de la apelación convierten la competencia funcional en un instrumento

para evitar lo que aquí estamos exponiendo escasa utilidad práctica. El control en base a los elementos citados acota también la función del juez, que puede ser objeto de una vigilancia desde un órgano, el legislativo, el que controle las citadas causas de mal uso del poder, carácter erróneo de las resoluciones, irracionalidad, sesgo y lesión de los derechos fundamentales. Todas estas son circunstancias que permiten valorar la idoneidad para un cargo judicial y el desempeño del cargo. La teoría de que nombrado el juez se entra en una caja negra de su comportamiento es la posibilidad más peligrosa, lo que incluso se ve acentuado por los casos que trascienden a los medios de información respecto de comportamientos indebidos. Y con toda claridad el actual método de control fundado en los informes que presentan dichas autoridades, con exclusión sin excepción de los casos jurisdiccionales.

La función judicial es, como tal, no solamente responsable ante la aplicación de la ley sino ante los órganos competentes que supervisan que la aplicación de la ley no se convierta en irresponsabilidad. Incluso en la Historia la interpretación estaba vedada, atribuyéndose al Legislativo, mediante el *référé législatif*. Tampoco se puede olvidar que los tribunales de casación surgen históricamente por la prevención de los representantes respecto de las resoluciones judiciales que inaplicaban la ley, recurso que tradicionalmente se consideraba como guardián de la ley, o protector de la ley. Tal origen es genuinamente una creación del legislador, por prevenir una inaplicación en la aplicación, por medio de una voluntad creadora de los jueces consolidada por el régimen de garantías. Y la cuestión no es atacar a la independencia, sino definirla.

Hay una primera afirmación muy clara que se deduce de lo hasta aquí expuesto: no basta con entender que la sola enunciación de que el juez actúa sujeto a la ley garantice que así sea, pues esto es el fruto de un razonamiento circular que nunca cierra la justificación. Esta teórica independencia de origen no supone la confirmación de la realidad como tal y sobre todo no excluye el que existan casos de responsabilidad no encajables ni en lo disciplinario ni en la corrección por la vía de los recursos. Es la función eminente, la jurisdiccional, la que tiene más impacto, por la inmediatez que tiene respecto del caso o del conflicto jurídico, mediante medidas de aplicación

inmediata, atribuidas al órgano judicial unipersonal, respecto del que las jurisdicciones de apelación y de casación tienen un marco mucho más rígido, incluso en los casos de apelaciones plenas, supuesto que no suele ser el caso, ya que se introducen limitaciones en los poderes de revisión que cualifican la apelación.

Por tanto, una exclusión del control de los jueces en la vía disciplinaria por la senda de restringir lo que son infracciones disciplinarias es inconstitucional, sin más. La cobertura de la actuación judicial como defensa frente a una acción disciplinaria, es decir alegando que la acción no es perseguible porque es jurisdiccional, como está ocurriendo en España, no es admisible desde el cumplimiento de la justicia y los restantes valores democráticos. La actuación puede ser jurisdiccional, pero puede, además, es decir no son casos excluyentes, ser una violación de los deberes del juez. Una resolución injusta es tanto una cuestión jurisdiccional como una cuestión de comportamiento.

El juez puede suspender la obra del Parlamento, mediante argumentos extravagantes, irracionales o ideológicamente sesgados, que antepongan su voluntad a la voluntad de la ley. Este caso no es abstracto puesto que el presidente Roosevelt tuvo que recurrir a su Court Packing Plan para resolver un caso de interpretación en que las medidas y directivas plasmadas en las leyes del Parlamento chocaban abiertamente con agendas judiciales motivadas y continuas que suspendían la aplicación de la ley. La sujeción a la legalidad, el respeto por la ley, la aplicación como operación metódica, apegada a la letra de la ley y sujeta a cánones hermenéuticos limitados, es la única opción frente a una desviación del juez de la función de omitir sus valores y aplicar los de la norma. Este caso no es irrepetible, del mismo modo que la instauración de la supremacía normativa de la Constitución en los años siguientes a 1978 no fue un proceso fácil.

Imaginemos un Poder Judicial independiente e inamovible, que no aplica la Constitución, considerando sus preceptos indicativos y vinculantes solamente a través de leyes de desarrollo. Es decir, imaginemos un caso extremo de invalidación judicial de la propia norma constitucional. ¿No tiene nada que decir el Congreso? ¿No puede revisar por sus propios procedimientos la actuación de unos jueces que no aplican la norma constitucional? Lo puede hacer por el

control de las normas orgánicas y procesales, lo que está dentro de las competencias de las Cámaras y puede ser ejercido con libertad para evitar una situación de inaplicación judicial de la Constitución o de arbitrariedad sistemática. De no ser así, el control sobre la actividad judicial sería ilusorio, por ser los propios jueces los que decidirían. La citada preocupación tiene que ser una preocupación de las Cámaras, también, pues la actividad legislativa quedaría sometida en su efectividad a la voluntad de los jueces, lo que supondría la destrucción del sistema constitucional (Hernández Marín, 2012). Y la atribución de los poderes sobre la legislación en materia de legislación procesal es un medio habilitante de primer orden para comprobar, y corregir la aplicación de las normas que haga el Poder Judicial. El tabú formado deja paso a una visión racional de la acción parlamentaria, no solamente en la fase de promoción sino también en la fase de elaboración de las normas procesales.

La solución a este problema, que, de no ser resuelto satisfactoriamente, desafía a la arquitectura de los Poderes, tiene su sede adecuada si apelamos a la interpretación constitucional. La existencia de una Constitución escrita y con pleno contenido normativo sitúa la función del juez en un escenario político. Nada se ha entendido de la política constitucional e incluso función judicial si no se entiende que la mayor amenaza al orden constitucional es una Justicia que no aplique o que aplique mal la norma constitucional. La doctrina de los principios neutrales de Wechsler ponía la atención en el establecimiento, siempre, de principios neutrales y generales, de criterios que por la citada formulación objetiva cumplen el mandato de la ley y respetan que la decisión política sea la obra de una mayoría parlamentaria que así ha sido declarada en elecciones libres. Y esa doctrina tenía una base y un fundamento estrictamente constitucionales, pues también se refería a la función del Tribunal Supremo cuando interpretaba la Constitución.

En este sentido, la indistinción entre creación y aplicación del Derecho, a la que hemos hecho referencia en varias ocasiones, y la referencia de Locke a la situación del Poder Judicial en el Poder Legislativo, permite que en la práctica incida esa razón, de tal modo que el control sobre la función judicial puede extenderse al contenido de las resoluciones judiciales en los casos como los que se dieron al

hilo del *due process* desde finales del siglo XIX. Una interpretación sistemáticamente contraria a la Constitución o a las normas materiales claramente formuladas en el ordenamiento no solamente es rechazable, sino que debe ser corregida desde un punto de vista externo al propio sistema y esa función solamente la puede ejercer el Legislativo. Este es el elefante en la habitación.

La existencia de técnicas –y en este escrito hemos hecho referencia a muchas– no garantiza que la situación no se dé. Por eso, la referencia a la sujeción a la ley no se auto cumple. El juez por el hecho de dictar sus resoluciones no está sujeto a la ley, sino que lo que tiene que hacer es estarlo mediante una conducta activa o positiva de aplicación de las normas constitucionales. Por eso, el marco de la acción del juez es el ordenamiento constitucional, entre otras cosas porque en la Constitución hay principios positivizados que compiten con reglas, principios que ya están afirmados, como los valores constitucionales.

Hemos hecho referencia ya a que la función del juez debe ser cumplida mediante una previa formulación de principios, el caso opuesto a la arbitrariedad. Es argumento válido lo que estimo que los restantes agentes determinarían como válido, es decir, lo aceptable (Otto, 1999, pp. 295 y ss.), siendo el tribunal de la razón en su conjunto el que controla finalmente. La democracia es un régimen de normas, que se someten tanto al tribunal de la técnica como al del fundamento moral. Y también hemos destacado como al lado de la justificación y la aceptación, que confrontan algo más que la realidad lingüística, desde esta misma, desde el análisis del lenguaje, cabe un análisis conductual, en el que el efecto que queremos provocar en el interlocutor es determinante de su respuesta y que la generalidad debe ser apreciada mediante un consenso argumentativo, cuya justificación pueda ser aceptada por la comunidad de aplicadores del Derecho. Los principios neutrales se orientan a despejar la hipótesis de una tentación contramayoritaria pero también a precisar la interpretación de la Constitución en la línea de despejar la incógnita de decisiones no suficientemente respetuosas con el citado mandato legislativo (Moore, 2004, pp. 54 y ss.).

Lo que esto pone de manifiesto es que la función judicial, como tal, debe responder ante la representación, que es equivalente

a decir, ante la vigencia efectiva de la ley. Lejos de ser una especulación, encuentra sólidos apoyos en el Derecho comparado y en la Historia, donde el recelo frente a los Parlamentos franceses, que eran los órganos judiciales, causó en parte la Revolución. Siempre se ha tenido en cuenta que la rama judicial, lejos de ser irrelevante, es la maquinaria de aplicación del derecho que, en cierto modo, y esto es lo que hay que evitar, responde ante sí misma. No se trata de interferir en la administración de la aplicación de la ley sino de vigilar la interpretación conforme a la que puede hacerlo como los demás integrantes de la parte orgánica, sino que es el que mejor puede velar por tal aplicación.

En el principio de todo razonamiento judicial hay unos supuestos asumidos y unos esquemas conceptuales depurados, en base a las técnicas del Derecho. Los artículos generales de los códigos civiles sobre la interpretación contienen normas que son producto de cientos de años de experiencia en la delicada función de aplicar la norma a un caso. Al referirnos con anterioridad a los principios neutrales apelábamos a su función interpretativa, indicando que serían aquellos que aplicados *iterativamente* dan el mismo resultado. Su reproducción desde perspectivas diferentes y sobre problemas diferentes expresan un resultado estructural igual. Aunque es difícil de aprehender la tesis de que deben existir unos criterios de argumentación que en casos iguales lleven al mismo resultado, esta finalidad es la finalidad reina del Derecho, como estabilidad del criterio de aplicación y convicción de que la voluntad articulada en el Parlamento va a ser respetada. Era esta repetición, denominada en algunos países jurisprudencia, la que respetaba el mandato del Parlamento, y distinguía el proceso de formación política de la actividad judicial, sin que ello se pueda convertir en Derecho libre. Es más bien, lo contrario del Derecho libre, pues la tesis de la neutralidad es vinculante (Ross, 2000, pp. 89 y ss.)⁸.

En la terminología, invertida en su aplicación al caso, de Alexander Bickel, la rama del Poder Judicial se convertiría en la rama más peligrosa, al legitimarse solamente por el estatuto personal y por la auto referencia de la sujeción al imperio de la ley, entendida como proclamación y no como exigencia. Esto sería un manifiesto abuso

⁸ En su referencia a los criterios en este punto manejados por la Constituyente en Francia.

constitucional y la Justicia sería despotismo. La citada rama del Poder se convertiría en irresponsable y por otro lado en fuente del Derecho si se tiene en cuenta el valor que a la jurisprudencia conceden determinados sistemas jurídicos como el nuestro. Y de no seguirse la regla de resolución por principios neutrales, la función judicial se adentra en los pantanos de la intencionalidad política y pierde su legitimidad de ejercicio. Podría discutirse la elección correcta o cuestionarse la solución al caso, pero en Derecho la prohibición del *non liquet*, ciertamente secular, es la mejor prueba de que la resolución del caso es siempre única, en la descripción de Dworkin.

Son los principios de la razón los que permiten ordenar cognoscitivamente el complejo problema de resolver un caso. No basta con cumplir con la norma procesal o con incluir en el razonamiento aseveraciones indemostradas que se recubren, de autojustificaciones vacías, como *es obvio*, o *es patente* A, B o C, afirmaciones de cierre en falso, pues de lo que se trata seriamente es de abordar esa obviedad con razones, dirigidas a fundar en base a principios las opciones de casos, a veces incluso sin norma particular precisa. La función heurística, el camino de descubrimiento de la solución en un contexto de auténtica comunidad de argumentación, o, también, de se convierte en la garantía funcional de la Justicia, no la independencia, la posición funcional, los derechos y deberes de los magistrados o cuestiones relativas al *status* funcional. Es la validez general del razonamiento la única limitación que realmente defiende los derechos del justiciable, sin más. La confusión entre *status* funcional y función determinante del Derecho es muy habitual, por no asumirse el más delicado de los problemas, como es aplicar la ley justamente al supuesto de hecho. Y ese control se situaría, siguiendo a Locke, en el nombre de Poder legislativo, que incorporaría la aplicación judicial como consolidación de la función de aprobar la ley.

Por ello, la noción misma de interferencia o invasión competencial no tiene sentido. Si el juez actúa dentro de su competencia y con arreglo a normas externas, aprobadas por el Parlamento, la función de supervisión en la nominación y el desempeño de la función es en principio prospectiva, pues son cuestionados los métodos y las ideas de cara a una confirmación, pero tal carácter no oculta que es la actuación previa del juez o la expectativa sobre su actuación futura,

como profesor o como magistrado, la que es valorada, suponiendo ese poder una prospectividad retroactiva. No se trata de examinar las cualidades personales sino de valorar el récord, las declaraciones previas, como sustento de una práctica, que solamente puede ser determinada en el juez por las preguntas formuladas y por la documentación aportada de su labor profesoral, judicial o profesional (Berger, 1997, pp. 72 y ss.).

La tesis de la independencia externa, ponderada interesadamente como el núcleo de la función, pone tal énfasis en la cuestión de la libertad que la transforma en una tesis de Derecho Libre. Y ese tipo de libertad nunca ha sido propio de los jueces, ni la autosujeción al Derecho sostenida unánimemente por sí sola garantiza nada. Si la independencia o la inamovilidad son la *piece de resistance* del sistema político, la cuestión del poder efectivo se desplaza desde los argumentos razonados hacia el *status* del cargo. Esta cuestión es crucial, porque la referencia al control político queda cegada por la confusión entre garantías y vinculación a la ley. La primacía de la independencia, entendida como no inmisión, se impone sobre la aplicación como heurística, haciendo depender el propio sistema constitucional de la actitud del juez, que puede enmascarar decisiones contrarias a principios como manifestaciones de un riguroso literalismo.

La concepción originalista es un ejemplo. Si la norma queda vinculada al momento de su aprobación, puede entenderse que el análisis constitucional semántico está excluido, pues las palabras tienen los significados fijos que tuvieron, y que ya no tienen, que son precisamente los significados utilizados para resolver casos hoy. De acuerdo a las variantes más extremas de la corriente originalista, apartarse de la interpretación histórica es innecesario, pues la solución a todos los casos ya está prevista en la propia Constitución. La función del juez es atenerse a lo que estuvo en las imágenes de los constituyentes, no debiendo moverse un centímetro de la misma.

La tesis opuesta, el no interpretativismo, se defiende de la crítica indicando que el Poder Legislativo dispone, como señaló Perry, de un poder adicional, la reforma de la ley. Las competencias en materia de apelación en Estados Unidos fijan ese poder, pues atribuyen a la ley la creación de tribunales de apelación e inferiores, en los límites de las competencias federales. Este es un medio de control admi-

tido, del mismo modo que las interpretaciones pueden reformarse hacia el futuro mediante la elevación del rango en materias en que la interpretación se ha proyectado sobre una norma reglamentaria. La modificabilidad de la ley en materia de recursos corre en paralelo con la capacidad de combatir interpretaciones erróneas, si se generalizan, o mediante la técnica de la legalización de la norma reglamentaria, ya que en este caso solamente cabe el control de constitucionalidad.

El Parlamento, por este medio, puede corregir la aplicación de la norma indeterminada en una línea incompatible con la propia Constitución. No solamente es la norma reglamentaria la que puede ser interpretada de forma contraria a los principios constitucionales, sino que la ley puede ser modificada para impedir que prospere una libertad de criterio del juez. La acción legislativa es en estos casos reactiva, dirigida a corregir la mencionada interpretación, lo que no la convierte en ilegítima, pues corregir y enmendar errores de aplicación del Derecho es, también, función legislativa.

La competencia legislativa en materia de legislación procesal, aun con nombre impreciso, apunta a lo que en la doctrina norteamericana se denomina el *congressional control*, siendo como tal una manifestación del principio de supremacía del Parlamento. Por tal ha de entenderse la de una modificación normativa a corregir una interpretación contraria a la Constitución y al equilibrio de los poderes. Si bien el nombre es desafortunado, refleja un caso en que la legislación es utilizada para desbloquear situaciones contrarias a las propias normas legislativas (Chemerinsky, 1994, pp. 173 y ss.).

Las normas de la Constitución se refieren, con mucha frecuencia, a la consideración de que la justicia se ejercita en nombre del pueblo. Y esta apelación clarísima ha sido olvidada, por una repetición infructuosa de los dogmas de la unidad, exclusividad, independencia e inamovilidad, derivados del vaciamiento de significado del imperio de la ley. Si las reglas de procedimiento no se respetan y si las razones no existen, no se explicitan o se enmascaran, la Constitución será una norma indicativa, no una norma directiva. Si la independencia se alcanza mediante una auto declaración complaciente del sometimiento a la ley y al Derecho, una autolimitación benigna que el juez se impone, la función judicial, que se ejerce en nombre del pueblo, se convertirá en la rama más peligrosa.

La perspectiva es crucial. La función delegada atribuye el acto de juzgar y los efectos coercitivos ejecutivos a una delegación del pueblo-cuerpo electoral, en una persona o Leviatán. La matriz de la representación es tan determinante, que ocupó varias páginas, de la obra de Hobbes, poniendo de manifiesto que ese poder neutro capaz de enriquecer o arruinar es el punto central del Derecho Público, como agudísimamente advirtió Locke (Wechsler, 1959). Sin la función judicial no hay sistema jurídico, pero es precisamente por eso por lo que la función judicial debe ser objeto del más riguroso de los seguimientos. No hay ninguna infracción del principio de separación de poderes por el hecho de que las Cámaras ejerzan un control sobre la jurisdicción, no entendida como capacidad de rectificación de resoluciones judiciales, sino como control de los nombramientos y de los actos que pueden dar origen a responsabilidad.

Así, de este modo, se asumirán el control de las llamadas *passive virtues* y de las reglas de apelación desde una perspectiva normativa, coincidiendo con criterios interpretativos ya expuestos en el libro, y respondiendo positivamente a un cierto activismo de la función judicial. Estas virtudes de la función judicial, y que se concretan en las doctrinas de la inmadurez de la pretensión o de la cuestión no justiciable, no son la obra del Parlamento, como las relativas a las normas procesales, sino medios de resolver las cuestiones que surgen muchas veces en la tramitación de los procedimientos, y que son ajenas al contenido material del litigio (Bickel, 1986). Reglas que incluso alcanzarán en su contenido de restricción basados en principios como la regla de error claro, la regla de oportunidad o la regla de neutralidad, como medios de control del poder judicial a los que hace referencia Bickel.

Esta perspectiva es la adecuada en un sistema democrático. Esta alcanza a la función del juez, pues el parámetro de la norma constitucional es más exigente y el proceso aplicativo no es tan ingenuo y simple como se creía. La subsunción es algo más compleja y en todo caso no es una aplicación mecánica. La referencia a lo mecánico es básicamente metafórica. Aun haciendo abstracción de las tesis de la Escuela realista respecto de la posición, racional o irracional, del juez en función de sus impulsos, resta un elemento desconocido, una pieza en la argumentación que no puede depurarse simplemente a través del

sistema de acciones y recursos, un expediente X del Derecho Procesal, que daría por probado lo que se pide probar y daría por justificado precisamente lo que se trata de justificar.

Esa desviación de la motivación afecta al requisito de la justificación e impide apreciar si hay o no aceptación, es decir, invalida el acceso a la decisión de una forma especialmente lesiva de la justicia como valor superior.

Destacada muy sumariamente en las obras clásicas sobre el Poder Judicial, el peso de Montesquieu fue decisivo en la interpretación del Poder Judicial. Pero hay que tener en cuenta la diferencia entre la forma política del Estado de Derecho de la correspondiente al Estado democrático. No es posible reiterar simplemente las garantías estatutarias y añadir, como si fuera una más, la vinculación al imperio de la ley, pues lo que en realidad se hace es partir de aquello a definir.

Analizar la sujeción al imperio de la ley mismo va mucho más allá de lo que se ha interpretado como tal, que se ha limitado a la declaración, sin más. Hemos podido comprobar como la tarea es mucho más compleja y la interpretación y la aplicación del Derecho plantea la analogía, la equidad, la obligación de atenerse a las fuentes, los precedentes, la motivación, la discrecionalidad o la aplicación de los principios generales. Esto es lo que se debate al referirse al Poder Judicial. No las garantías, ya establecidas –no hay lucha por ellas ya en el sentido hegeliano– pero el riesgo de ese poder tan inmediato es un despotismo judicial. Ejercido a través de procedimientos más o menos ponderados, situaría al ciudadano ante el deber de cumplimiento, que se plantea como irrestricto, sin alternativa y a expensas de la limitación de la apelación, que si es restringida además no puede revisar los hechos.

El Parlamento tiene otro poder adicional sobre la jurisdicción y es el que ejerce al establecer las vías de acceso a la jurisdicción y las vías de recurso. Este aspecto es muy importante y ha sido destacado como medio de prevenir un exceso en la jurisprudencia que rebasa el marco del interpretativismo. La finalidad de la legislación es establecer el marco del derecho de acceso a la jurisdicción y del derecho a los recursos, como posiciones fundamentales en el sistema de justicia. Ese es un control interórganos, en la terminología de Karl Loewenstein, que ejerce el Poder Legislativo sobre el Poder Judicial

y que se suma al control *ex ante* en los nombramientos (Perry, 1982, pp. 61 y ss.).

Los excesos serían corregidos en este caso por una legislación que afectaría a las vías de acceso al proceso. Si bien la solución es indirecta, pues no condiciona la decisión en cuanto tal, sino el medio de llegar a la decisión, el argumento se dirige a una situación de activismo judicial, no a una situación normal. Del mismo modo que el control de las vías de acceso a la jurisdicción no puede dirigirse a eliminar la carga de trabajo de los Tribunales. Aunque este no es el caso al que estamos haciendo referencia, la llamada objetivación del sistema de recursos es justamente lo contrario de lo que propone Perry, pues ello impide conocer los casos en sede judicial por técnicas de selección que no tienen otro objetivo, sino precisamente utilizar la objetivación para evitar una respuesta sobre el fondo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. E. (1961). Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, IV.
- ALEXY, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R. (2011). *Theory of legal argumentation*. Oxford University Press.
- ALEXY, R. (2013). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR ALSINA, R. (2012). *Derecho Constitucional*. Tecnos.
- ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR ALSINA, R. (2017). *Derecho Constitucional*. Tecnos.
- ATRIA, F. (2005). *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Marcial Pons.
- BARAK, A. (1989). *Judicial discretion*. Yale University Press.
- BERGER, R. (1997). *Government by Judiciary*. Liberty Fund.
- BETTI, E. (2006). *La interpretación jurídica*. LexisNexis.
- BICKEL, A. M. (1986). *The least dangerous Branch*. Yale University Press.
- BLACK, C. L. Jr. (1960). *The Lawfulness of the Segregation Decisions*. 69 YALE. L.J. 421.
- BORK, R. H. (1971). *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*. 47 IND. L.J. 1.
- BREST, P. (1980). The misconceived quest for the original understanding. *Boston University Law Review*, vol. 60, pp.204 y ss.
- CARRÉ DE MALBERG, R. (2000). *Teoría General del Estado*. Fondo de Cultura Económica.
- CONTE, M. E. (1988). *Condizioni di coerenza, ricerche di lingüística testuale*. La Nuova Italia.
- CHEMERINSKY, E. (1994). *Federal jurisdiction*. Little Brown and Company.
- CHEMERINSKY, E. (2011) *Constitutional Law*. Wolters Kluwer.
- Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).
- DEUTSCH, J. G. (1968). *Neutrality, Legitimacy, and the Supreme Court: Some Intersections Between Law and Political Science*. 20 STAN. L. REV. 169.
- DICEY, A. V. (2013). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Oxford University Press.
- DÍEZ PICAZO, I. (2009). Comentario al artículo 117 de la Constitución. En CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución*. Wolters Kluwer.
- DWORKIN, R. (1995). *Los derechos en serio*. Ariel.
- DWORKIN, R. (2006). *Justice in Robes*. Harvard University Press.

- DWORKIN, R. (2009). *El imperio de la justicia*. Gedisa.
- ENDICOTT, T. (2007). Adjudication in the Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 27 (2): pp. 311-326.
- ESTEVE PARDO, J. (2008). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Marcial Pons.
- FRIEDMAN, B. (1997). *Neutral Principles: A Retrospective*. 50 VAND. L. REV. 503
- GADAMER, H. G. (1977). *Verdad y método*. Sigueme.
- GALLEGO ANABITARTE, A. (1971). *Administración y jueces: gubernativo y contencioso*. Instituto de Estudios de la Administración.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2005). *Revolución francesa y Administración contemporánea*. Aranzadi.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T. (2004). *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II. Civitas.
- GARCÍA PASCUAL, C. (1997). *Legitimidad democrática y poder judicial*. Institució Alfons el Magnànim.
- GARRIDO GÓMEZ, M. I. (2014). *La función de los jueces: contexto, actividades e instrumentos*. Aranzadi.
- GOLDING, M. P. (1963). *Principled Decision-Making and the Supreme Court*. 63 COLUM. L. REV. 35.
- GREENAWALT, K. (1978). *The Enduring Significance of Neutral Principles*. 78 COLUM. L. REV. 982.
- GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de Teoría y metateoría del Derecho*. Gedisa.
- HABERMAS, J. (2005). *Facticidad y validez*. Trotta.
- HAYMAN, R. L. Jr. (2002). *Neutral Principles and the Resegregation Decisions*. 9 WIDENER L. SYMP. J. 129.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (2012). *Teoría general de las decisiones judiciales*. Marcial Pons.
- HOHFELD, W. (1913). Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning. 23 *Yale Law Journal*, 16.
- HORWITZ, M. J. (1992). *The transformation of American Law 1870-1960*. Oxford Paperbacks.
- IGLESIAS VILA, M. (1999). *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- KELSEN H. (1993). *Teoría pura del Derecho*. Porrúa.
- KORNPROBST, B. (1959). *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*: LGDJ.
- LEITER, B. (1997). Rethinking legal realism: Toward a naturalized jurisprudence. *Texas Law Review*, 76, pp. 267-315.

- MOORE, M. (2004). *Objectivity in Ethics and Law*. Ashgate.
- OTTO, IGNACIO DE. (1989). *Estudios sobre el Poder Judicial*. Ministerio de Justicia.
- OTTO, IGNACIO DE. (1999). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel.
- PECZENIK, A. (2003). *Derecho y razón*. Fontamara.
- PERRY, M. J. (1982). *The Constitution, the Courts and human rights. An inquiry into the legitimation of constitutional policymaking by the judiciary*. Yale University Press.
- POGGI, F. (2007). Significado literal: una noción problemática. *Doxa*, 30, pp. 617-634.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2005). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Trotta.
- RAZ, J. (1985). *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*. UNAM.
- RODRÍGUEZ, J. L. (2021). *Teoría analítica del Derecho*. Marcial Pons.
- ROSS, A. (2000). *Teoría de las fuentes del Derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ROSTOW, E. W. (1962). *The sovereign prerogative. The Supreme Court and the quest for Law*. Yale University Press.
- SELLARS, W. (1991). Empiricism and the philosophy of mind. En *Science, perception and reality*. Ridgeview Publishing.
- SOETEMAN, A. (1989). *Logic in Law*. Kluwer Academic Publishers.
- TRIBE, L. (2000). *American Constitutional Law*, I. Foundation Press.
- TROPER, M. (1980). La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française. *RGDJ*, pp. 190 y ss.
- VIEWEG, T. (1973). *Tópica y jurisprudencia*. Taurus.
- VIVES ANTÓN, T. (2018). Comentario al Título VI de la Constitución. En *Comentario a la Constitución* (vol. II, pp. 641 y ss.). Fundación Wolters Kluwer.
- WECHSLER, H. A. (1959). Toward neutral principles in Constitutional Law. *Harvard Law Review*, 73 (1), pp. 1-35.

LA ELECCIÓN DE LA PRESIDENCIA DEL PARLAMENTO EN LA ESPAÑA CONTEMPORÁNEA (1810-2021)*

THE DESIGNATION OF THE PARLIAMENTARY PRESIDENCY IN CONTEMPORARY SPAIN (1810-2021)

Mikel URQUIJO GOITIA
Catedrático de Historia Contemporánea
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
Vicepresidente de la International Commission for the
History of the Representative and Parliamentary Institutions (ICHRPI)
<https://orcid.org/0000-0003-2212-5114>

Fecha de recepción del artículo: marzo 2022
Fecha de aceptación y versión final: abril 2022

RESUMEN

El trabajo que presentamos analiza la elección o designación de la Presidencia del Parlamento en España desde las Cortes de Cádiz (1810) hasta la actualidad (2021). Se estudia esta elección o designación en ambas Cámaras del Parlamento, teniendo en cuenta las modificaciones que se producen en la regulación de este proceso. Para ello se consideran tres aspectos: quién elige al presidente de la Cámara (la Corona, el Gobierno o los propios parlamentarios), cómo se elige (por nombramiento del Poder Ejecutivo o por votación de los miembros de la Cámara) y cuál es el resultado de la elección si la hacen los parlamentarios (cuántos votan, si la elección es competida o consensuada). Con todo ello se define el modelo de elección de la Presidencia teniendo en cuenta los tres aspectos citados y se establece el papel del Ejecutivo en la misma y se muestra la influencia del Ejecutivo en este proceso con la finalidad de controlar la Cámara.

Palabras clave: Parlamento, Presidencia, Mesa, historia parlamentaria, elección, España.

* Este trabajo ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (PGC2018-095712-B-I00).

ABSTRACT

The work we are presenting analyses the election or designation of the parliamentary speakership in Spain from the Cortes of Cádiz (1810) to the present (2021). This election or designation in both parliamentary chambers is studied, while keeping in mind the changes that occur in the regulation of this process. For this purpose three aspects are considered: who designates the speaker of the chamber (the Crown, the Government or the parliamentarians themselves); how he is designated (by appointment or by election); and the result of the election if he is elected by the parliamentarians (how many vote, whether the election is contested or consensual). In this way the model for designating the speakership is defined keeping in mind the three above mentioned aspects, the executive's role in this process is established, and the executive's influence in this process with the aim of controlling the chamber is shown.

Keywords: Parliament, Presidency, Bureau, Parliamentary history, Election, Spain.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PRIMEROS MODELOS DE PRESIDENCIA (1810-1837). III. EL MODELO DE PRESIDENCIA DE MAYORÍA GUBERNAMENTAL (1837-1923). IV. LA EVOLUCIÓN DE LA PRESIDENCIA DE MAYORÍA GUBERNAMENTAL COMO PARTE DEL ÓRGANO COLECTIVO DE DIRECCIÓN DEL PARLAMENTO (1931-1939). V. LA CONSOLIDACIÓN DE LA PRESIDENCIA DE MAYORÍA GUBERNAMENTAL COMO PARTE DEL ÓRGANO COLECTIVO DE DIRECCIÓN DEL PARLAMENTO (1977-2021). VI. LA PRESIDENCIA DE LA ASAMBLEA COMO DELEGACIÓN DEL GOBIERNO (1927-1930 Y 1942-1977). VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Esta investigación forma parte de un trabajo más amplio que estamos realizando sobre la Presidencia del Parlamento en la España contemporánea, del que hasta el momento hemos publicado resultados parciales (Urquijo, 2020a; Urquijo, 2020b; Urquijo, 2021a; Urquijo, 2021b) y que esperamos concluir con la publicación de un libro en 2022.

En este trabajo vamos a tratar sobre la elección de la Presidencia del Parlamento y de su sentido en la relación entre Parlamento y Gobierno. La relación entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo es una cuestión de especial relevancia en los sistemas políticos contemporáneos. Esta relación se puede estudiar desde diferentes perspectivas y atendiendo a múltiples elementos. En nuestro caso vamos a centrarnos en una cuestión importante en el sistema político y a la vez cargada de simbolismo. El tema que nos ocupa es la elección de la Presidencia de las Cámaras parlamentarias en España a lo largo de los siglos XIX a XXI. La pregunta que pretendemos responder es: ¿qué sentido político tiene esta elección?

Para tratar de responder a esta cuestión nos centraremos en dos aspectos. Por una parte, en la regulación de esta elección analizando las constituciones y los reglamentos parlamentarios y, en segundo lugar, a través del significado no formalizado de esta elección. En los primeros se establece el órgano competente para el nombramiento o elección del presidente de las Cámaras parlamentarias y sus funciones. A partir de esta regulación del nombramiento o elección veremos cómo ha funcionado a lo largo de nuestra historia, atendiendo a cuántos votan y qué sentido tiene el resultado en esta relación Ejecutivo-Legislativo.

El tema que hemos elegido para nuestra investigación no ha resultado de gran interés en la historiografía española. Salvo referencias parciales en trabajos más generales, el único trabajo referido a esta cuestión que conocemos es el del profesor Sevilla Andrés (1969) sobre el Congreso.

Las fuentes fundamentales con las que contamos son, por una parte, las constituciones españolas aprobadas entre 1812 y 1978¹ y

¹ Hemos utilizado la edición de Varela (2012). Para citar las constituciones utilizaremos las siglas CE y el año en que fue aprobada.

los reglamentos parlamentarios aprobados entre 1810 y 1982² y, por otra, los datos que ofrece el Diario de Sesiones³ de ambas Cámaras sobre la elección de sus presidentes⁴.

Para realizar el análisis propuesto vamos a dividir la historia parlamentaria española en los siguientes periodos:

- Un primer periodo que hemos denominado *Los primeros modelos de Presidencia (1810-1837)*, en el que se ensayan diferentes modelos de Presidencia y la relación entre Gobierno y Parlamento se está definiendo.
- Un segundo periodo en el que se establece un modelo de Presidencia que responde con nitidez a las mayorías parlamentarias, que hemos denominado *El modelo de Presidencia de mayoría gubernamental (1837-1923)*.
- Un tercer periodo en el que aparece la Mesa del Parlamento como órgano de dirección colectiva de la Cámara en el marco del nuevo modelo de parlamentarismo racionalizado y que implica la elección negociada de todos los puestos de la Mesa, incluida la Presidencia, que hemos denominado *La evolución de la Presidencia de mayoría gubernamental como parte del órgano colectivo de dirección del Parlamento (1931-1939)*.
- Un cuarto periodo en el que se consolida la Mesa del Parlamento como órgano de dirección colectiva de la Cámara y que implica la elección negociada de todos los puestos de la Mesa, incluida la Presidencia, que hemos denominado *La consolidación de la Presidencia de mayoría gubernamental como parte del órgano colectivo de dirección del Parlamento (1977-2021)*.
- Y en contraste con la evolución de la Presidencia hacia un sistema de elección democrático analizamos la Presidencia de las Asambleas representativas de las dictaduras (1927-1930 y 1942-1977)

² Hemos utilizado la edición de Fernández (2012). Para citar los reglamentos utilizaremos las siglas RC para los reglamentos de la Cámara Baja o para los periodos unicamerales o RS para la Cámara Alta y el año que fue aprobado.

³ Está disponible en las páginas web de ambas Cámaras: www.congreso.es y www.senado.es.

⁴ Hemos obtenido de los diarios de sesiones de ambas Cámaras los datos sobre el número de votos emitidos por los parlamentarios en cada elección y los resultados de cada elección a la Presidencia.

en las que se establece un modelo de Presidencia sometido a la voluntad del Gobierno, que hemos denominado *La Presidencia de la Asamblea como delegación del Gobierno (1927-1930 y 1942-1977)*.

II. LOS PRIMEROS MODELOS DE PRESIDENCIA (1810-1837)

La reunión del primer Parlamento liberal en España en 1810 supuso una ruptura con el sistema institucional del Antiguo Régimen. La nueva Asamblea nada tenía que ver con las antiguas Cortes de los distintos reinos de la península ibérica (Cortes de Castilla, Cortes de Navarra, Cortes de Aragón, etc.) sino que era un único Parlamento para todos los territorios de la Monarquía. Aunque mantenía el nombre tradicional de Cortes su modo de elección, composición, funciones, etc. suponían un cambio absoluto frente al modelo de Asamblea representativa anterior (Giménez, 2017, pp. 63 y ss.).

Este cambio respecto al modelo de las Cortes tradicionales produjo una modificación de la regulación de su funcionamiento dadas las nuevas funciones que adquiriría respecto a las Asambleas anteriores. En este proceso de organización de la nueva Asamblea una de las primeras cuestiones a resolver fue la necesidad de contar con un Reglamento provisional para regular su funcionamiento⁵ y elegir a las personas que debían dirigir los trabajos de la Cámara.

En todo el periodo de vigencia de la Constitución de 1812 y en el proceso constituyente anterior se estableció que la dirección del trabajo del Parlamento estaría encomendada al presidente, vicepresidente y secretarios. Se creaban los primeros órganos de dirección del Parlamento como órganos unipersonales, con funciones individuales y no colectivas. Será más adelante cuando se configure un órgano colectivo de dirección del Parlamento, la Mesa, que tendrá funciones específicas, que complementarán a las de los órganos individuales (Urquijo, 2020b).

La elección de estos órganos individuales la realizaban los propios diputados por mayoría absoluta de votos (RC1810, cap. II, art. 1, y cap. III, art. 1; en la CE1812, art. 118; en el RC1813, art.

⁵ La capacidad de autorregulación del Parlamento será un elemento característico de las diferentes Asambleas de la historia parlamentaria española desde 1812 (Cano, 1984).

xxiv, y en el RC1821, arts. 25, 35 y 36), sin ninguna participación externa⁶. Se trataba de limitar la injerencia de la Corona en la Cámara, rompiendo con el modelo de relación de la Corona y las Cortes del Antiguo Régimen.

En el periodo de vigencia de la Constitución de Cádiz, la Presidencia de la Cámara era renovada cada mes y los presidentes salientes no podían ser reelegidos hasta pasar seis meses, de acuerdo al Reglamento de 1810 (RC1810, cap. II, art. 3), y tres o cuatro meses a partir del Reglamento de 1813 (RC1813, art. xxxv, y RC1821, arts. 25, 35 y 36). Esto hizo que se celebrasen numerosas elecciones en estos años⁷. Algo que contrasta con lo que será la práctica unas décadas más adelante. Con esta continua renovación en la dirección de las labores del Parlamento se trataba de evitar consolidar una figura política que pudiese «controlar» los trabajos de la Cámara. Algo similar a lo que había sucedido en el Parlamento de la Francia revolucionaria⁸.

En este proceso también se comienzan a configurar las funciones de la Presidencia del Parlamento. Para su análisis vamos a clasificarlas en cuatro grandes bloques: la dirección del trabajo parlamentario, las que tienen que ver con la disciplina, las relativas a la administración del Parlamento y, por último, las que se ejercen en representación de la Cámara.

En relación con la organización de los trabajos parlamentarios, el Reglamento de 1810 establecía que el presidente abría y cerraba las sesiones, las convocaba y determinaba los asuntos a tratar, recibía la comunicación de la imposibilidad de un diputado para participar en la sesión, ordenaba los debates concediendo la palabra a los diputados que la solicitasen, consultaba a la Cámara cuándo un asunto estaba suficientemente discutido, regulaba las votaciones y nombraba a los miembros de las comisiones.

En relación con el mantenimiento del orden en la Cámara, el presidente recibía a través de los secretarios las quejas de los dipu-

⁶ La elección de su presidente por la propia Asamblea arranca desde la Convención Constitucional de los Estados Unidos (1787) y se convierte en una constante en el parlamentarismo contemporáneo (Mackay, 2010, p. 130).

⁷ En el periodo 1810-1814 se celebran 43 elecciones a la Presidencia de las Cortes, que ocupan 41 personas. Es decir, las repeticiones en el cargo son poco frecuentes en este periodo.

⁸ He profundizado en esta cuestión (Urquijo, 2021b).

tados por las proposiciones de otros para proceder a la deliberación por parte de la Cámara, llamaba al orden a los diputados para que guardasen silencio en los debates o para que se atuviesen a la cuestión, podía ordenar la expulsión del público en caso de que lo considerase necesario y tenía autoridad sobre el jefe de la guardia militar del edificio.

El desarrollo de estos trabajos parlamentarios puso de manifiesto la necesidad de la creación de una Administración parlamentaria que les diera soporte para desarrollar las labores de secretaría, elaborar las actas, gestionar la biblioteca, etc. El presidente, en el Reglamento de 1810, no aparece mencionado en relación con la administración del Parlamento (Gómez, 2002, pp. 91-102 y 121-124). Aunque participará en esta labor como responsable último del funcionamiento de la Cámara, al igual que sucedía en Francia (Daudet, 1965, p. 28).

Por último, la proyección exterior del Parlamento también se canalizaba a través de su Presidencia. En primer lugar, el presidente representaba a las Cortes ante los otros órganos del Estado y ante los ciudadanos. En segundo lugar, velaba por el cumplimiento de los acuerdos de las Cámaras y firmaba junto a los secretarios los proyectos de ley y decretos aprobados, el borrador del acta de la sesión diaria y el oficio para comunicar a la Regencia la prolongación de las sesiones más allá de lo previsto.

El Reglamento de 1813 mantenía un contenido muy similar al de 1810, aunque introducía alguna modificación y detallaba algunas cuestiones que en el anterior se trataban de manera más genérica.

En relación con la organización y dirección de los trabajos parlamentarios, el presidente debía contar con el acuerdo de los secretarios de la Cámara para decidir cuándo una sesión debía ser secreta y para el nombramiento de los miembros de las comisiones. Una función de la Presidencia que se incluye en 1813 en el Reglamento es la de velar por el cumplimiento del mismo, que también se podía considerar implícita en el Reglamento anterior, pero que a partir de este momento será una constante en sucesivos reglamentos.

En el ámbito disciplinario se incluía la responsabilidad del mantenimiento del orden en la sede del Parlamento y la potestad de hacer guardar el orden al público asistente a la sesión. Estas funciones

se podían considerar implícitas en el Reglamento de 1810 ya que se le facultaba para expulsar al público en caso de alteración del orden, por lo que resulta lógico considerar que era responsable del mantenimiento del orden.

En relación con la administración parlamentaria se creaba la Comisión de Gobierno Interior, encabezada por el presidente, que será el órgano responsable del gobierno interior del edificio y de gestionar el personal de la Cámara (RC1813, cap. XVIII). Este modelo de dirección colectiva de la Administración parlamentaria es el que se impondrá a partir de este momento en España y en otros países de nuestro entorno (Urquijo, 2021b, p. 328).

Una última cuestión a tener en cuenta sería el estatuto de la Presidencia de las Cortes. Una constante de los reglamentos parlamentarios en España ha sido considerar al presidente como un diputado más, sin un estatuto especial: no tiene voto de calidad, sino que es el mismo que cualquier otro diputado, no tiene un fuero especial y su participación en los debates es similar a la del resto de los diputados (Jiménez, 2004, pp. 37-39).

Tras resaltar las funciones de la Presidencia, a continuación vamos a observar el proceso de elección de la Presidencia en los tres periodos en los que estuvo vigente la Constitución de 1812 y en el periodo de su elaboración (1810-1812). Son los años que van de 1810 a 1814, de 1820 a 1823 y de 1836 a 1837.

Para el análisis del proceso de votación para la elección del presidente entre 1810 y 1814 contamos con una información incompleta. El Diario de Sesiones de este periodo no reproduce literalmente las intervenciones dado que no se elaboraba a partir de las transcripciones taquigráficas sino que se hacía a partir de las actas, por lo que la información que nos ofrece es escasa y no tenemos la certeza de que sea completa (Alguacil *et al.*, 1996, pp. 37-38). A partir de 1820 la información es más completa, lo que nos permite obtener una información más detallada (Alguacil *et al.*, 1996, p. 38).

En primer lugar vamos a ver si la elección se realizó en la primera votación o fueron necesarias más de una.

Tabla 1. Número de votaciones para la elección del presidente (1810-1814, 1820-1823, 1836-1837)

	1810-1814	1820-1823	1836-1837	Total
1.^a votación	41	19	14	74
2.^a votación	1	5	0	6
3.^a votación	1	3	0	4
Total	43	27	14	84

Fuente: Elaboración propia a partir del Diario de Sesiones del Congreso (1810-1837).

Como podemos ver en la Tabla 1, en el 88 % de las votaciones para la elección de la Presidencia celebradas entre 1810 y 1837 solo fue necesaria una votación, lo que nos lleva a pensar que no resultaba difícil configurar una mayoría suficiente para esta elección.

A continuación veremos el volumen de esta mayoría. Para ello tenemos una cierta dificultad para determinar el número de votos. En ninguna de las elecciones de las Cortes de Cádiz el Diario de Sesiones ofrece el número total de votos emitidos, por lo que resulta difícil estimar el porcentaje de apoyo de los electos. A partir de 1820 la información es más completa, aunque no ofrece todos los datos que tendremos para periodos posteriores.

Tabla 2. Votos obtenidos en la elección para la Presidencia de las Cortes (1810-1814, 1820-1823, 1836-1837)

	1810-1814	1820-1823	1836-1837	Total
>80%	1	1	5	7
70% - 79%	1	2	2	5
60% - 69%	0	1	3	4
50% - 59%	7	9	4	20
s. d.	34	14	0	48
Total	43	27	14	84

Fuente: Elaboración propia a partir del Diario de Sesiones del Congreso (1810-1837).

Como podemos ver en la Tabla 2 carecemos de datos de las votaciones en más del 50 % de las elecciones celebradas, por lo que las conclusiones que planteamos para este periodo deben ser tomadas con cautela.

En los casos en los que contamos con datos podemos ver que las elecciones tendían a ser competidas porque el porcentaje de votos obtenidos por el elegido en muchas de las elecciones no superaba el 60 %, lo que indica que no había candidatos con un apoyo mayoritario. Aunque también se puede observar que el grado de competencia se reduce a medida que avanza el tiempo, ya que los elegidos contaban con un apoyo mayor que superaba el 80 % en un tercio de las elecciones del último periodo analizado. En este periodo ha avanzado la configuración de las facciones parlamentarias, lo que se plasma en el incremento del control de la Cámara y la configuración de mayorías parlamentarias algo más estables.

En este punto debemos tener en cuenta que esta competencia se puede explicar por los diferentes posicionamientos políticos entre liberales y absolutistas o entre los diferentes grupos liberales o por los desacuerdos entre las facciones parlamentarias dentro de los diferentes partidos representados. Hay que tener en cuenta que en las Cortes de Cádiz la adscripción ideológica de los diputados no era muy clara y que en bastantes ocasiones el voto se modificaba en función de los temas a debate. Por tanto, no podemos considerar que en este periodo se hayan configurado agrupaciones de parlamentarios cohesionadas y duraderas.

Por otra parte, la limitación de las funciones de la Presidencia y la brevedad del periodo en el que se desempeñaba también son elementos para justificar que no fuese una cuestión que suscitase un gran debate entre las diferentes facciones de la Cámara.

Por tanto, el inicio del proceso de configuración de la Presidencia no muestra un presidente de consenso, por encima de las diferentes posturas ideológicas representadas en la Cámara, sino que se comienza a manifestar un modelo de Presidencia que representa a la mayoría.

Una última consideración a tener en cuenta, si volvemos a fijarnos en el Diario de Sesiones, es que la renovación de la Presidencia no parece que revistiese una gran importancia en el seno de los

trabajos parlamentarios. Aparece reflejada en el Diario de Sesiones como un punto sin especial relevancia, ni siquiera se realiza al inicio de la sesión. En la mayoría de los casos no consta el número de votos por el que es elegido el presidente, ni siquiera el número de votantes totales o si algún otro candidato también recibe votos.

En conclusión, en el periodo en el que estuvo vigente la Constitución de 1812 la elección de la Presidencia de las Cortes fue una elección competida, en la que se imponía el candidato de la mayoría. También debemos destacar que la elección no revestía la importancia que tendría en el futuro dada la poca relevancia que se le concede en el Diario de Sesiones.

Un contrapunto interesante al modelo de Presidencia de este periodo es el que se plantea con el Estatuto Real (1834-1836) tras el fallecimiento de Fernando VII. Tras un nuevo paréntesis absolutista (1823-1833), al morir el rey se inicia un periodo de transformación del sistema político español que supone la creación de una monarquía liberal. El primer paso en esta dirección se produce con la promulgación del Estatuto Real (1834) y la convocatoria de un nuevo Parlamento, en este caso bicameral, rompiendo con la tradición *gaditana* e imitando al modelo francés de la Restauración (Giménez, 2017, pp. 97 y ss.). También se establece el modelo de doble confianza para el Gobierno, es decir, la designación por la Corona y la confianza de la Cámara, que es lo que permite desarrollar la acción de gobierno.

En esta nueva Asamblea se ensaya un nuevo modelo de elección de los presidentes de las Cámaras, que rompía con el modelo anterior.

De acuerdo con el Estatuto Real la reina nombrará a los presidentes de ambas Cámaras. En el caso del Estamento de Próceres elegirá libremente al presidente entre los próceres del Reino (CE1834, art. 12). En el del Estamento de Procuradores la reina elegirá al presidente entre los cinco procuradores propuestos por el Estamento tras ser aprobados los poderes de sus miembros (CE1834, art. 21, y RC1834, arts. 28-32).

Si analizamos las funciones de la Presidencia del Estamento de Procuradores observamos algunas variaciones.

En relación con la dirección de los trabajos parlamentarios se mantenían las funciones anteriores, con pequeñas modificaciones. En

primer lugar, debía contar con la colaboración de los secretarios para considerar las cuestiones que debían ser tratadas en sesión secreta, regular las votaciones, la designación de las comisiones y nombrar la comisión encargada de elaborar el borrador de respuesta al discurso de la Corona. Por otra parte, en este Reglamento desaparecía la mención a la función de garante del Reglamento, aunque continuó ejerciéndola pero normalmente consultando a la Cámara.

En relación con las potestades disciplinarias también se mantenían las funciones anteriores, aunque desaparecía la mención a su facultad para mandar al jefe de la guardia del Palacio de las Cortes.

El Reglamento no hace mención a la administración interna de la Cámara, aunque podemos suponer que sería el presidente el responsable último de la misma.

Respecto a las funciones de representación y relación con otros organismos del Estado no se producían modificaciones, así como en la regulación del estatuto presidencial.

En el periodo que analizamos todos los presidentes de la Cámara Baja nombrados por la reina fueron los más votados por los procuradores, a pesar de que no estaba obligada a ello. Si revisamos las elecciones que se celebran la primera observación es que la participación no es muy elevada, no llega a dos tercios de los miembros de la Cámara. El número de votos emitidos se corresponde con el de procuradores *ministeriales* (Araque, 2008, pp. 37-87), por lo que parece que la oposición no participaba en la elección o lo hacía en un número escaso. El porcentaje de sufragios obtenidos por el candidato más votado variaba desde el 57% de los votos emitidos al 98%, pero siempre con una participación que no superaba el 60% de los miembros de la Cámara.

En este periodo no parece tan claro que la elección de la Presidencia del Estamento de Procuradores fuese una competencia clara entre diferentes facciones parlamentarias, como sí lo había sido en el periodo anterior.

Dado el sistema censitario de elección los procuradores procedían de un grupo social muy reducido. Por ello, es lógico pensar que la pluralidad política era menor que en otros periodos con un sistema más abierto.

En el caso del Estamento de Próceres, en cada periodo de sesiones, la reina nombraba libremente a su presidente entre los próceres, que también había nombrado ella.

En el periodo de 1834 a 1836 la Presidencia de ambas Cámaras del Parlamento estuvo sometida a la voluntad real, restringiendo la autonomía del Parlamento. No parece que existiese una competencia clara entre las facciones políticas para ocuparla, también porque la diversidad de opiniones políticas presente en las Asambleas era menor, dado el sistema de conformación de ambos Estamentos. Uno nombrado por la reina, y por tanto leal a la soberana y a su Gobierno, el otro elegido con un sistema de sufragio restringido que también limitaba la diversidad de opiniones políticas.

Entre 1810 y 1837 encontramos definidos los dos sistemas de nombramiento de la Presidencia de las Cámaras parlamentarias que se alternarán en la historia parlamentaria española: elección por la Cámara, el más habitual para la Cámara Baja, o nombramiento por la Corona, el usual para la Cámara Alta hasta el periodo democrático actual.

Por otra parte, en todos los años analizados observamos que la participación de los parlamentarios en la elección fue reducida. A pesar de ello observamos la Presidencia como fruto de la mayoría parlamentaria, aunque esta no sea muy estable en este periodo.

III. EL MODELO DE PRESIDENCIA DE MAYORÍA GUBERNAMENTAL (1837-1923)

Tras la aprobación de la Constitución de 1837, en España se mantiene un Parlamento bicameral hasta 1923 (Giménez, 2017; pp. 127 y ss., 157 y ss., 241 y ss.), salvo en tres momentos: 1854-1856 (Giménez, 2017, pp. 187 y ss.), 1869-1871 y 1873-1874 (Giménez, 2017, pp. 207 y ss.), en los que será monocameral.

En cuanto a las funciones de la Presidencia del Congreso de los Diputados, el Reglamento de 1838 las concretó y fue la base para los reglamentos posteriores. En el caso del Senado se establecía una regulación muy similar a la de la Cámara Baja.

La regulación que realizaba el nuevo Reglamento sobre el papel de la Presidencia en la ordenación y dirección de los trabajos

del Congreso de los Diputados era similar a la de los reglamentos anteriores. Se producen algunas modificaciones en sus competencias, que pasan a ser desempeñadas junto con el conjunto de la Cámara. Era el Pleno quien decidía si una sesión debía ser secreta, a propuesta de la Presidencia o de otros diputados. Pasaba a ser competencia de las secciones el nombramiento de los componentes de las comisiones, mientras el presidente únicamente designaba alguna comisión de ceremonial. Y, por último, debía velar por el cumplimiento del Reglamento, pero debiendo consultar a la Cámara en muchos de los casos.

En relación con las funciones disciplinarias, las de representación y el estatuto de la Presidencia no hay grandes variaciones. En el ámbito de la gestión de la Administración parlamentaria, este Reglamento consolida la dirección colectiva de la Administración parlamentaria establecida en 1813, que perdurará en los futuros reglamentos.

En los reglamentos de 1847 del Congreso y del Senado las funciones de la Presidencia tienen escasas variaciones, ya que dan continuidad al modelo de Presidencia establecido en 1838. En 1867 los nuevos reglamentos del Congreso y del Senado desarrollaban y concretaban las funciones de la Presidencia con una regulación más detallada. En estos reglamentos podemos considerar que se refuerza el papel de la Presidencia, especialmente en cuanto a la disciplina, dado que se concretan sus atribuciones. Por otra parte, en la dirección de los trabajos parlamentarios se profundiza en la vía abierta por el Reglamento de 1838 de compartir parte de ellas con el Pleno de la Cámara, limitando su capacidad individual, aunque reconociéndole el liderazgo para proponer diferentes cuestiones relacionadas con los debates. En la Restauración se restablece el Reglamento de 1847, aunque será modificado en diferentes ocasiones. A pesar de ello las funciones de la Presidencia no sufrieron grandes cambios.

Aunque hay variaciones en muchos aspectos de la organización del Parlamento, el modo de elección de la Presidencia de las Cámaras parlamentarias se mantiene de la misma manera a lo largo de estas ocho décadas.

En este periodo de Parlamento bicameral se establece un doble sistema de elección de la Presidencia del Parlamento. En la Cámara Baja su presidente era elegido por los diputados (CE1837, art. 30,

CE1845, art. 29, CE1869, art. 45.3, CE1876, art. 35) y en la Cámara Alta lo nombraba la Corona entre los senadores (CE1837, art. 31, CE1845, art. 30, CE1876, art. 36), salvo en el periodo 1871-1873, en que era elegido por los propios senadores (CE1869, art. 45.3) como sucedía en la Cámara Baja. Un cambio muy importante respecto al periodo de la Constitución de 1812 es que los presidentes eran elegidos para todo el periodo de sesiones⁹, pero podían repetir en el cargo en el periodo siguiente. Con esta modificación la Presidencia se hace más estable y duradera, permitiendo la consolidación de figuras de mayor relevancia política.

Tabla 3. Repetición en la Presidencia del Congreso (1837-1923)

	1837-1844	1845-1868	1869-1874	1876-1923
Número de veces	2,4	3,4	2,08	3,36

Fuente: Elaboración propia a partir del Diario de Sesiones del Congreso (1837-1923).

En los sucesivos reglamentos que se fueron aprobando se establecía el procedimiento de elección, que era el utilizado en las Cortes de Cádiz, es decir, la votación por mayoría a varias vueltas si resultaba necesario (RC1838, arts. 11 y 135, RC1847, art. 33, RC1854, arts. 4-6, RS1871, arts. 213-215).

En este largo periodo que analizamos a continuación, observamos como la competencia real entre diferentes candidatos se va reduciendo a medida que se consolida el sistema y que el Gobierno consigue un mayor control de la Cámara, por el mayor control de las elecciones. El proceso electoral era controlado a través de los representantes del Estado en todo el territorio con la ayuda de los caciques locales, lo que permitía conformar amplias mayorías gubernamentales, que refrendaban al Gobierno (Varela, 2001). Con este control de la Cámara la Presidencia siempre recaía en el candidato del Gobierno.

⁹ Utilizamos la terminología actual. El periodo de sesiones es el periodo en el que está reunido el Parlamento entre los periodos de vacaciones parlamentarias. La legislatura es el periodo entre dos elecciones, que puede estar compuesta por varios periodos de sesiones.

Tabla 4. Votos obtenidos en la elección para la Presidencia del Congreso (1837-1923)

	1837-1844	1845-1868	1869-1874	1876-1923	Total
>80 %	2	12	4	42	60
70 % - 79 %	2	3	1	3	9
60 % - 69 %	6	4	4	5	19
50 % - 59 %	5	8	3	0	16
s. d.	4	0	0	0	4
Total	19	27	12	50	108

Fuente: Elaboración propia a partir del Diario de Sesiones del Congreso (1837-1923).

En el primer periodo analizado, el que va de 1837 a 1844, vemos una participación desigual de los diputados en la elección de su presidente, que va del 38 % al 63 % de los diputados, lo que evidencia que el interés por la elección de la Presidencia seguía siendo escaso. Si observamos en la Tabla 4 los resultados de las elecciones de la Presidencia del Congreso entre 1837 y 1844, muestran como en la mayoría de los casos se produjo una competición entre varios candidatos y el vencedor no superó el 70% de los sufragios. Si contrastamos estos datos con los que nos ofrece Natividad Araque (2008, pp. 133-361) sobre la composición de la Cámara en este periodo, observamos que en ninguna de las elecciones votan más de 150 diputados, sobre un total de 241 escaños. Este dato nos plantea la duda de si solo votaban los diputados de la mayoría o si había un número elevado de parlamentarios que no participaban en esta votación, tanto en la mayoría gubernamental como en la oposición. Si contrastamos el resultado de las elecciones de la Presidencia del Congreso con la composición que nos ofrece Araque en su obra, observamos que en bastantes casos la cifra de diputados de la mayoría gubernamental se aproxima a la de los votos obtenidos por los elegidos para la Presidencia. Teniendo en cuenta los datos de participación, la composición de la Cámara y la adscripción política de los presidentes elegidos, se puede deducir que los presidentes respondían a la mayoría gubernamental, dentro de las fluctuaciones que se producían por la débil consistencia de las facciones parlamentarias.

Para realizar el análisis de las elecciones entre 1845 y 1868 debemos partir del nivel de participación en las mismas. En la primera década (1845-1854) oscila entre el 41 % y el 85 % de los diputados, en el Bienio Progresista (1854-1856) entre 57 % y el 73 % y en el último periodo entre el 32 % y el 87 %. Es decir, que la participación es muy variable, por lo que no resulta fácil establecer la relación entre los votos de las diferentes facciones parlamentarias y los candidatos propuestos.

En las 27 elecciones celebradas hubo más de un candidato, aunque el grado de competencia fue variable. A pesar de que las mayorías parlamentarias eran elevadas¹⁰, los resultados de la votación para la elección del presidente no respondían exactamente a estas mayorías. Como hemos indicado la participación era muy variable y eso probablemente producía que los diputados ausentes fuesen miembros de la mayoría gubernamental y de la oposición, aunque no resulta sencillo cuantificarlo. Por otra parte, la disciplina de voto en este periodo era difícil de mantener, por lo que en cualquier votación podían manifestarse discrepancias dentro de cada facción parlamentaria. En cualquier caso, sí se puede constatar que en el último periodo se redujo la competencia entre los candidatos, ya que más de la mitad de los presidentes obtuvieron más del 70 % de los votos emitidos.

En el Bienio Progresista (1854-1856), en los veintidós meses que duraron estas Cortes hubo cuatro presidentes. Tres de ellos por breves periodos que no superaron los dos meses. En los dos primeros casos se puede decir que prácticamente no hubo competencia en su elección, dado que el primero obtuvo el 82 % de los votos y el segundo el 93 %. En los otros dos, los resultados fueron del 55,7 % frente al 43,7 % y del 57 % frente al 38 %. Podemos concluir que en estos casos hubo competencia, especialmente en la Presidencia que más tiempo duró, y que responde a un modelo de Presidencia de la mayoría.

Si a estos datos añadimos que la adscripción política, que hemos podido establecer, se correspondía con la mayoría de un partido u otro, de acuerdo con los datos que nos ofrece Araque, podemos concluir que la Presidencia del Congreso respondía a la mayoría de la Cámara, como afirma J. I. Marcuello en sus diferentes publicaciones sobre el Parlamento del periodo isabelino.

¹⁰ Superaban el 70 % de los escaños, y en bastantes ocasiones el 80 % (Araque, 2008, pp. 327-622).

En el Sexenio Democrático (1869-1874), la elección de la Presidencia continuaba en manos de los diputados. En este periodo se produce un cambio en el Senado entre 1871 y 1873, que es cuando existe esta Cámara. La nueva Constitución democrática de 1869 establecía que el presidente del Senado era elegido por los senadores (CE1869, art. 45.3), rompiendo con el modelo que había perdurado entre 1837 y 1868.

Si analizamos los procesos para la elección del presidente, también en este periodo la participación en la elección del presidente de la Cámara Baja y de las Cámaras unicamerales no fue muy elevada. El 9 de septiembre de 1873, en las Cortes constituyentes de la I República, se produjo la participación más reducida, 122 votos (el 31,20% de los votos) a favor del presidente, en una Cámara con 391 escaños. Y el 4 de abril de 1871, en el Congreso de los Diputados de la monarquía, se alcanzó el máximo, 280 votos (el 71,61% de los votos), lejos de los 391 diputados que componían la Cámara. En el caso del Senado la participación tampoco alcanzó el 50% de los senadores, ya que la votación que mayor participación consiguió fue de 80 senadores de los 196 electos. Nuevamente, constatamos que la elección de la Presidencia no era una cuestión que movilizase a la participación a los parlamentarios.

En el caso de los doce periodos de Presidencia de las Cortes constituyentes de 1869 y 1873 y del Congreso de los Diputados de 1871 y las dos legislaturas de 1872, podemos observar diferentes grados de competencia electoral. En tres ocasiones el candidato elegido obtuvo entre el 50% y el 59% de los votos emitidos, en cuatro entre el 60% y el 69%, en una entre el 70% y el 79% y en otras cuatro más del 80%. Encontramos estos presidentes que superaron el 80% de los votos en momentos críticos como las dos elecciones anteriores a la proclamación de la república, en las que parece que se aunaron los votos de los partidarios del Gobierno y la mayor parte de la oposición no participó. También en la constitución de las Cortes constituyentes de 1873, en las que se eligió un hombre de consenso entre los republicanos, y en la última presidencia de esta Asamblea, antes de su disolución. Teniendo en cuenta todo ello, podemos suponer que nos encontramos con un presidente de la mayoría cercano al Gobierno, que en algunas situaciones especialmente críticas incrementa su ma-

yoría porque aún la voluntad de gran parte de la Cámara o porque la oposición no participa en la elección. En cualquier caso resulta llamativo que ni siquiera todos los diputados que podemos considerar de la mayoría gubernamental avalasen a su candidato (Martínez, 1969, I, pp. 81-83, 110, 139, 169-201) en muchas de las elecciones.

En el caso del Senado entre 1871 y 1873 se sucedieron tres periodos de presidencia que ocuparon dos personas. En este caso la competencia electoral fue menor dado que el que menos votos obtuvo recibió el 81 % de los emitidos. Teniendo en cuenta los resultados del Congreso podemos suponer que la mayoría parlamentaria era mayor en esta segunda Cámara.

Por último, si analizamos la elección de los cincuenta presidentes que se sucedieron en el Congreso de los Diputados entre 1876 y 1923, nuevamente destaca la reducida participación de los diputados. El mínimo, en 1880, es de 154 votos emitidos (el 67 % de los votos) en una Cámara con 392 diputados y el máximo, en 1889, es 355 votos (el 88 % de los votos) sobre 402 escaños. Únicamente en 5 elecciones se superaron los 300 votos, en 35 ocasiones el número de votos emitidos estuvo entre 200 y 300, y en 10 no superó los 200 votos. Por tanto, no parece que la elección del presidente de la Cámara consiguiera movilizar a los diputados de la misma manera que lo hace hoy en día.

Por otra parte, si observamos los votos obtenidos por los elegidos los datos son bastante concluyentes. En cuarenta de las elecciones el elegido supera el 90 % de los votos emitidos y en dos el 80 %. Únicamente en tres ocasiones el candidato elegido recibe entre el 70 % y el 79 % de los votos, aunque en dos de estas votaciones supera el 79 % por algunas décimas. Y finalmente en cinco ocasiones el elegido recibe entre el 60 % y el 69 % de los votos. Nunca menos del 60 % de los votos. Podemos concluir que el candidato elegido es fruto de una mayoría parlamentaria (Cabrera, 1998) clara que responde al esquema del sistema canovista del *turno de partidos* y de la alternancia en el Gobierno y en la Presidencia del Congreso (Martínez, 1969, I, pp. 225, 251, 272, 294, 313, II, pp. 543, 565, 584, 603, 641, 673, 699, 716, 738, 764, 781, 795, 807-808, 823, 832, 835 y 847).

Un elemento también a destacar es que para los cincuenta periodos de Presidencia de la etapa entre 1876 y 1923 encontramos veintiuna personas diferentes, lo que muestra la consolidación de

un cambio en la Presidencia, que ya se anunciaba desde la década moderada (1845-1854), con una mayor permanencia en el cargo. También podemos ver que el nivel de repetición no es uniforme: siete personas ocupan una vez la Presidencia, seis dos veces, cuatro tres veces, dos cuatro veces, una cinco veces y otra seis veces.

En el caso del Senado, salvo en el periodo de 1871 a 1873, la Presidencia era nombrada por la Corona (CE1837, art. 31, CE1845, art. 30, CE1876, art. 36). Por tanto, no tiene sentido centrarse en la participación o en los resultados en la votación de elección del presidente de la Cámara. Aquí veremos la permanencia y la repetición en el cargo como factores a tener en cuenta para ver su relación con el Gobierno.

En este periodo hay cuatro modalidades de Senado. Entre 1837 y 1844 los senadores eran nombrados por la Corona entre los elegidos, por sufragio censitario, en las diferentes circunscripciones. Entre 1845 y 1868, salvo en 1854 a 1856, el Senado estaba compuesto por senadores vitalicios de nombramiento real. Entre 1871 y 1873 el Senado era electivo. Y, por último, entre 1876 y 1923 el Senado estaba compuesto por senadores electivos, senadores vitalicios de nombramiento real y por derecho propio. En todos los casos, salvo en el periodo de 1871 a 1873, el presidente del Senado era nombrado por la Corona.

Tabla 5. Permanencia en la Presidencia del Senado (1837-1923)

	Periodos de sesiones	Número de personas que ocupan la Presidencia	Índice de repetición
1837-1844	10	4	2,5
1845-1868	21	7	3
1876-1923	41	16	2,5
Total	72	27	2,6

Fuente: Elaboración propia a partir de la información de la página web del Senado.

Si observamos la Tabla 5 comprobamos que la repetición en la Presidencia del Senado es importante. Los presidentes permanecen 2,6 periodos de sesiones en el cargo de media, con una permanencia

algo mayor en el periodo 1845-1868. Si contrastamos este dato con los cambios en los Gobiernos comprobamos que se ajusta en gran manera a los mismos. Es decir, que la Presidencia del Senado también responde al modelo de presidente de la mayoría, en este caso porque la Corona nombra al candidato del Gobierno.

A pesar de lo prolongado del periodo analizado, 86 años, observamos importantes elementos comunes en la elección de la Presidencia del Parlamento.

Se va consolidando un sistema político en el que el Gobierno controla el proceso electoral que le concede la mayoría en el Parlamento. En este desarrollo del sistema político la Presidencia del Parlamento adquiere importancia para el Gobierno porque tiene funciones relevantes en la dirección de sus trabajos y por tanto en la acción de gobierno. Por una parte, el Parlamento concede la confianza al Gobierno y, por otra, es el responsable del desarrollo de su programa legislativo. Por tanto, la sintonía entre el presidente de la Cámara o de las Cámaras y el Gobierno resultaba fundamental, ya que el presidente dirige las labores del Parlamento.

A título de ejemplo podemos indicar que la mayor parte de las leyes aprobadas por el Parlamento eran iniciativas del Gobierno y en mucha menor medida del Parlamento. Entre 1845 y 1854 el 93 % de las leyes aprobadas en el Parlamento español lo fueron por iniciativa gubernamental (Marcuello, 1995; p. 27). Por ello, durante el periodo del reinado de Isabel II la elección de la Presidencia del Congreso en cada periodo de sesiones se convirtió en una «cuestión de gabinete», por lo que el rechazo del candidato gubernamental suponía la pérdida de confianza de la Cámara (Marcuello, 1985, pp. 165-166). Esta práctica de convertir la elección de la Presidencia de la Cámara en una *cuestión de confianza* para conocer la tendencia de la mayoría de la Cámara también era habitual en la III República francesa (Joly, 2015; pp. 113-124) y en la nueva monarquía italiana¹¹.

Esta tendencia hacia una Presidencia de la Cámara ligada al Gobierno se mantuvo, e incluso podemos decir que se intensificó, en el periodo 1876-1923. J. Sánchez Guerra afirmaba que el presidente

¹¹ La elección de Benedetto Cairoli, en 1878, como presidente de la Cámara supuso la dimisión del Gabinete Depretis (Furlani *et al.*, 1988, pp. 44-47).

del Congreso español no tenía nada que ver con el Speaker de los Comunes británico:

El Presidente español: designado, apoyado, pudiera decir que elegido por el Gobierno; miembro activo y caracterizado de un partido político, y dada la constitución feudal de nuestros modernos partidos, jefe de grupo en la mayor parte de los casos, sin que cuando esta calidad le falta, a ello contribuya la voluntad del interesado, es imposible suponerle, las más de las veces, el desapasionamiento que las funciones piden (1896, p. 18).

La Presidencia del Congreso se convertía en un paso previo al acceso a la Presidencia del Gobierno. De los 21 presidentes del Congreso que hubo en el periodo 1876-1923, 10 ocuparon la Presidencia del Gobierno tras cesar en el cargo y 3 antes de ocuparlo.

En este periodo observamos la existencia de una Presidencia ligada a la mayoría gubernamental. Por otra parte, resulta llamativa la reducida participación en la elección.

IV. LA EVOLUCIÓN DE LA PRESIDENCIA DE MAYORÍA GUBERNAMENTAL COMO PARTE DEL ÓRGANO COLECTIVO DE DIRECCIÓN DEL PARLAMENTO (1931-1939)

Tras el fin de la dictadura de Primo de Rivera (1923-1931) y la proclamación de la II República, se recuperó el sistema parlamentario en la forma de unas Cortes constituyentes unicamerales (Giménez, 2017, pp. 303 y ss.). En estas Cortes el Reglamento provisional volvía a reconocer la capacidad de las mismas para elegir a su presidente. Se retornó al sistema de elección anterior: elección por mayoría absoluta con papeletas. En el caso de empate se procedería a repetir la votación entre los más votados y, en caso de nuevo empate, quedaría elegido el que hubiese recibido más votos en su elección como diputado (RC1931, arts. 5 y 6). En el Reglamento definitivo, aprobado en 1934, se mantuvo el procedimiento para la elección del presidente (RC1934, arts. 4-6).

En relación con las funciones de la Presidencia como órgano individual, en 1931, podemos observar continuidad con la regulación de reglamentos anteriores, aunque con algunas variaciones como la

capacidad de interpretar y suplir el Reglamento de manera individual; dado que esta potestad no debía ser consultada con la Cámara, podemos considerar que supuso un reforzamiento sustancial del poder presidencial. Pero será en 1934, con el nuevo Reglamento, cuando se refuercen las funciones de la Presidencia.

En 1934 se suman a las funciones del presidente, recogidas en el Reglamento de 1931, la capacidad de convocar a la Diputación Permanente (RC1934, art. 30.2), la obligatoriedad de disolver las Cortes una vez aprobada la reforma de la Constitución (RC1934, art. 134.2) y la capacidad de presidir cualquier comisión de las Cortes (RC1934, art. 34.3). En relación con sus funciones disciplinarias el Reglamento de 1934 concedía al presidente amplias facultades, algunas compartidas con el Pleno. Otra innovación de este Reglamento es la previsión de la sustitución del presidente de la República por el presidente de las Cortes en caso de impedimento temporal, ausencia o si el puesto quedara vacante (art. 74, CE1931).

Pero el cambio más importante en las funciones de la Presidencia fue que pasa a compartir una parte de ellas con la Mesa de la Cámara a partir de 1931¹². Posteriormente, en el Reglamento de 1934, se mantienen estas funciones y se amplían¹³ con competencias relativas al estatuto de los diputados, a la tramitación de propuestas y a los procesos contra miembros de otras instituciones del Estado.

En el periodo de la II República la Presidencia de las Cortes duraba toda la legislatura, es decir, el periodo entre dos elecciones. Por tanto, hubo tres presidentes que corresponden a las tres legislaturas. Hay que tener en cuenta que la constitución definitiva de las Cortes, y también la elección definitiva de la Mesa, se realizaba cuando habían

¹² En el RC1931 se establecen como funciones de la Mesa la aceptación de los grupos parlamentarios (art. 11), la ampliación del tiempo de los debates (art. 21.5), la decisión de someter a votación un proyecto de ley (art. 24), la creación de comisiones especiales (art. 35), la tramitación de las solicitudes de información al Gobierno (art. 37.4), o las interpelaciones (art. 40.3), la decisión sobre las sesiones secretas (art. 41) y la organización de las discusiones (art. 44).

¹³ Además de las anteriores el RC1934 atribuye la función de supervisar las actas (art. 14), declarar el cese de un diputado por incompatibilidad (art. 20), conceder licencia a los diputados (art. 43.1), recibir las propuestas de ley de los diputados y las enmiendas presentadas (arts. 65 y 73.2), escuchar a los diputados a los que se propone sancionar (art. 93.1) y participar en los procesos contra miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales o de los Gobiernos autonómicos (arts. 114 y 126).

sido admitidos 236 diputados, según el Reglamento de 1931 (título v), o el 50 % de los diputados, es decir, 237, según el Reglamento de 1934 (título v). Por tanto, cuando se procedió a elegir al presidente no participaron todos los diputados, sino solo los admitidos hasta ese momento. En 1931 en la elección del presidente votaron el 69 % del total de los miembros de la Cámara y el 75,59 % de los admitidos, en 1933 votaron el 49,26 % del de los miembros de la Cámara y el 62,8 % de los admitidos y en 1936 votaron el 61,31 % del de los miembros de la Cámara y el 66,05 % de los admitidos. Si tenemos en cuenta el porcentaje de votación de los admitidos observamos que la participación es desigual y similar a la del periodo de la Restauración, aunque no comparable a lo que sucede en la actualidad.

En los tres casos, los presidentes son elegidos por una mayoría casi absoluta: el 98,19 %, el 92,7 % y el 98,96 % de los votos emitidos. Si revisamos el Diario de Sesiones comprobamos que no hay competencia entre diferentes candidatos porque solo se presenta el elegido. Por otra parte, estos resultados confirman el apoyo al candidato único de la mayoría, pero también la no participación en la votación de la minoría. Teniendo en cuenta la relevancia que adquiere la Mesa en la dirección de los trabajos parlamentarios y el resultado de la elección que hemos mencionado, parece necesario contemplar su elección como un todo. Es decir, tener en cuenta no solo la elección de su presidente, sino también la de los vicepresidentes y secretarios, ya que se negocian en conjunto.

Si observamos la composición de la Mesa de las Cortes entre 1931 y 1936 y los resultados de su elección, comprobamos como la Presidencia es el resultado de un acuerdo entre diferentes partidos y que afecta al apoyo al Gobierno. En 1931 hay miembros de seis partidos políticos diferentes en la Mesa, en 1933 de siete y en 1936 de seis. Si tenemos en cuenta los escaños obtenidos por el partido de la persona que ocupa la Presidencia y los votos que obtiene esta persona en su elección, confirmamos esta afirmación. En 1931 y 1933 el elegido obtiene más del doble de votos que los escaños de su partido¹⁴ y en 1936 los votos del presidente, Diego Martínez Barrio,

¹⁴ En 1931 Julián Besteiro fue elegido por 326 votos y su partido, el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), tenía 115 escaños en las Cortes. En 1933 Santiago Alba Bonifaz fue elegido por 216 votos y su partido, el Republicano Radical, tenía 102 escaños.

multiplican por siete los escaños obtenidos por su partido, la Unión Republicana.

Teniendo en cuenta que prácticamente no hay candidatos alternativos a los elegidos, el resultado de las votaciones y la composición de los Gobiernos, podemos afirmar que la Presidencia del Parlamento sigue siendo un reflejo de la mayoría gubernamental, aunque no siempre el elegido sea militante del mismo partido que el presidente del Gobierno dado que era un cargo que se negociaba entre las diferentes fuerzas políticas que configuraban la mayoría gubernamental.

V. LA CONSOLIDACIÓN DE LA PRESIDENCIA DE MAYORÍA GUBERNAMENTAL COMO PARTE DEL ÓRGANO COLECTIVO DE DIRECCIÓN DEL PARLAMENTO (1977-2021)

El retorno a la democracia tras la muerte de Franco supuso la recuperación del Parlamento elegido por los ciudadanos, de manera similar a los países europeos de nuestro entorno (Giménez, 2017, pp. 367 y ss.). El nuevo Parlamento democrático estaba compuesto de dos Cámaras, el Congreso de los Diputados y el Senado, que aspiraba a convertirse en una Cámara de representación territorial. A partir de 1977, podemos distinguir dos momentos. El de las Cortes constituyentes, originadas a partir de la Ley para la Reforma Política, y el de las Cortes basadas en la nueva Constitución de 1978, elegidas a partir de 1979.

En el Parlamento a partir de 1977 se recupera el papel de la Mesa de las Cámaras como órgano de dirección colectiva de los trabajos del Parlamento, que se complementa con las funciones que ejerce la Presidencia como órgano individual. Esto tendrá su repercusión en la elección de la Presidencia como sucedió en la II República.

Para el análisis de sus funciones (Belda, 2003, pp. 69-158) vamos a seguir el esquema que hemos aplicado en los periodos anteriores: la dirección de los trabajos parlamentarios, las funciones disciplinarias, la administración de la Cámara y la representación externa de la misma.

En relación con la dirección de los trabajos parlamentarios continúa con las funciones habituales en los anteriores reglamentos parlamentarios. Las modificaciones más relevantes se producen por la existencia de la Mesa y la Junta de Portavoces. El presidente dirige

y coordina la acción de la Mesa, preside la Junta de Portavoces, convoca las reuniones de ambos órganos, recibe las comunicaciones de los grupos parlamentarios sobre la composición de las comisiones u otras cuestiones que deban ser tratadas en la Mesa u otro órgano de la Cámara, custodia las actas de las sesiones secretas y elabora el orden del día de acuerdo con la Junta de Portavoces.

Ligada a la dirección de la labor de la Cámara podemos considerar las funciones disciplinarias entre las que encontramos las habituales como llamar al orden o a la cuestión a los parlamentarios, o garantizar que se guarde el respeto debido a los parlamentarios en las intervenciones. Si un orador no atendiese a los requerimientos de la Presidencia tres veces le podrá retirar el uso de la palabra e incluso expulsar de la sala. Para otro tipo de sanciones deberá contar con la deliberación de la Mesa o el Pleno.

El presidente debe garantizar el mantenimiento del orden en la Cámara, para lo que está facultado para expulsar al público presente si no respeta el Reglamento e incluso ponerlo a disposición de los tribunales. Para el desarrollo de estas funciones actúa como la máxima autoridad sobre el personal de la Cámara y el personal de seguridad, dado que las fuerzas de policía adscritas a la protección del Parlamento están a sus órdenes (Aguiló, 1996, pp. 482-483).

La labor de dirección de los trabajos parlamentarios también va ligada a una de las funciones más relevantes de la Presidencia. El presidente debe cumplir, hacer cumplir e interpretar el Reglamento. Cuando se pretenda dictar una resolución de carácter general deberá contar con la intervención de la Mesa y de la Junta de Portavoces. Por tanto, el presidente interpreta el Reglamento para los casos concretos que se suscitan en los debates, pero cuando se pretende realizar una interpretación con carácter permanente debe realizarla en el ámbito de los órganos colectivos: Mesa y Junta de Portavoces.

Como establecían los reglamentos parlamentarios desde 1810 el presidente es responsable de la dirección de la actividad administrativa de la Cámara, como la contratación, pagos, gestión de los medios humanos y materiales, etc., aunque desde 1813 se realicen a través de la Comisión de Gobierno Interior, función que en la actualidad desempeña la Mesa, con la colaboración de los servicios de la propia Cámara (Aguiló, 1996, p. 483).

Por último, la función de representación sigue siendo relevante en la Presidencia de las Cámaras actuales. Los presidentes de ambas Cámaras ejercen la representación de las mismas ante otros órganos o instituciones, comunican a otras instituciones las resoluciones de las Cámaras, solicitan la información necesaria para el desarrollo de su labor e invitan a participar a quienes sea necesario para el desarrollo del trabajo parlamentario. El presidente da fe de la voluntad de la Asamblea a través de las actas de las sesiones y de las certificaciones que sea necesario expedir.

En el caso del presidente del Congreso, participa en el proceso de elección del presidente del Gobierno cuando comunica al rey los partidos representados en la Cámara para realizar las consultas y cuando recibe la comunicación del rey con la propuesta del candidato para que sea presentada en el Congreso de los Diputados. Refrenda los actos regios en los casos en los que el presidente del Gobierno no puede hacerlo, como en el proceso de su elección o en la disolución de las Cámaras ante la imposibilidad de elección del presidente del Gobierno.

El estatuto del presidente del Congreso (Belda, 2003, pp. 159-206) y también el del Senado es similar al del resto de los componentes de la Cámara.

La consolidación de la Mesa y la Junta de Portavoces como órganos de gobierno de la Cámara ha supuesto una modificación de las funciones de la Presidencia como órgano individual. A pesar de ello, este órgano ha mantenido una parte de sus funciones tradicionales, como la dirección de los debates. En palabras de G. Ferrara «Il presidente di assemblea finiva con l'assumere il ruolo di «tecnico della discussione», di esecutore delle disposizioni regolamentari e dei precedenti, di moderatori dei dibattiti» (Ferrara, 1965, p. 3).

En las Cortes de 1977 encontramos una variación importante en la Presidencia, respecto a los periodos anteriores. El artículo segundo de la Ley para la Reforma Política habla del presidente de las Cortes, nombrado por el rey, y de los presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado, nombrados por sus respectivas Cámaras. Por primera vez, en la historia parlamentaria española encontramos esta Presidencia trina, con un presidente de las Cortes además de los presidentes de las Cámaras.

La Presidencia de las Cortes fue ocupada por Antonio Hernández Gil por designación del rey en la legislatura constituyente, lo que resultaba una pervivencia de la legislación franquista, en la que el presidente de las Cortes era nombrado por el jefe del Estado¹⁵. Pero los presidentes de ambas Cámaras, el Congreso de los Diputados y el Senado, eran elegidos por los miembros de las mismas.

En el Reglamento provisional del Congreso de los Diputados (1977) se recuperó el sistema de elección del presidente por mayoría absoluta de votos por papeletas. En caso de no alcanzarse la mayoría se repetiría la votación entre los dos candidatos más votados; en caso de nuevos empates se repetiría la votación hasta que un candidato obtuviese más votos (RC1977, arts. 5, 6 y 14). El Reglamento definitivo del Congreso mantuvo el sistema de elección del presidente (RC1982, art. 37). La elección de los miembros de la Mesa se realiza en diferentes votaciones (Presidencia, Vicepresidencias y Secretarías) con voto limitado. De este modo se garantiza una presencia más plural en el órgano de gobierno de la Cámara.

Un país de nuestro entorno con el que contrasta el sistema español es Italia. En el caso de la Cámara de Diputados italiana, la idea de contar con un presidente con un amplio apoyo y no tanto un hombre de partido se plasma en la exigencia de dos tercios de los votos para la elección del presidente en las tres primeras votaciones, incluso en la primera estos dos tercios se calculan sobre el total de diputados y no de los votantes, y únicamente en la cuarta se puede completar la elección con mayoría absoluta de los votos (Traversa, 1989, p. 427).

En el Senado, el Reglamento provisional de 1977 reproducía el mismo procedimiento que en el Congreso (RS1977, arts. 4-6) y en 1982 se mantuvo en el nuevo Reglamento (RS1982, arts. 5-7).

¹⁵ Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942, art. 7.º, y Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942, modificada por la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, apartado v, art. 7.º.

Tabla 6. Votos obtenidos en la elección para la
Presidencia del Congreso y el Senado (1977-2021)

	Congreso	Senado
> 80 %	3	3
70 % - 79 %	0	1
60 % - 69 %	0	4
50 % - 59 %	7	9
< 50 %	5	1
Total	15	18

Fuente: Elaboración propia a partir del Diario de Sesiones del Congreso (1977-2021) y del Diario de Sesiones del Senado (1977-2021).

A continuación vamos a analizar la elección de la Presidencia de ambas Cámaras en el periodo democrático. Una gran diferencia con los periodos anteriores es que la participación en la elección es prácticamente del 100 % de los parlamentarios.

En este periodo, en la Cámara Baja, se han sucedido quince legislaturas y por tanto quince presidencias, ocupadas por doce personas, de las cuales tres han sido mujeres y el resto hombres. Únicamente hay dos casos de repetición en la Presidencia, el de Félix Pons, que lo hizo en tres legislaturas, y el de Meritxell Batet, en dos.

En tres ocasiones encontramos una amplia votación a favor de un candidato, que supera el 90 % de los votos, fruto de los acuerdos para la composición de la Mesa, por lo que distintos partidos votan al candidato de la mayoría gubernamental a cambio de su apoyo para las vicepresidencias o las secretarías. Esta elección del conjunto de la Mesa fruto del acuerdo de los grupos es algo habitual en el caso del Bundestag alemán, en el que los miembros de la Mesa, incluido su presidente, suelen recibir un apoyo de en torno al 80 % de los votos (Schulz, 2015, pp. 282-283), pero no siempre en España.

En la mayoría de los casos la persona elegida cuenta con un porcentaje de votos que no supera el 60 %, en ocasiones ni siquiera el 50 %, bien porque hay un candidato alternativo, bien porque la oposición vota en blanco. En definitiva, siempre se ha elegido a una persona que forma parte del partido del Gobierno, salvo en la

duodécima legislatura, en la que Patxi López (PSOE) fue elegido, en segunda votación, con el apoyo de varios grupos, aunque finalmente no se llegó a la formación de Gobierno y se procedió a la disolución anticipada de la Cámara, en la legislatura más breve de la democracia.

En la primera elección en el Senado, celebrada el 13 de julio de 1977, se produjo un debate sobre el procedimiento de elección de la Presidencia. El senador de designación real Carlos Ollero, con el apoyo de otros miembros de la Cámara, propuso dilatar el proceso de elección, para que los senadores independientes pudiesen discutir sobre esta elección (Diario de Sesiones del Senado, 13.7.1977). Tras esta proposición se puede interpretar que se buscaba una persona como presidente que

aunque brote de los partidos o de una de las formaciones políticas aquí representadas, debe asumir un consenso si no unánime, lo más próximo a lo unánime, y adquirir la necesaria independencia para la gestión de las deliberaciones y de los debates, y para la asunción de las funciones que la buena tradición parlamentaria atribuye a la Presidencia (Manuel Villar Arregui, Diario de Sesiones del Senado, 13.7.1977, p. 6).

Desde la constitución del Senado en 1977 se han sucedido quince legislaturas, con dieciocho presidencias, dado que en tres casos las personas elegidas no han finalizado la legislatura. Las dieciocho presidencias han sido ocupadas por doce personas diferentes, de las cuales únicamente dos son mujeres. La repetición en el cargo ha sido más frecuente que en el Congreso; cuatro personas han sido elegidas en dos ocasiones y otra en tres.

En el Senado encontramos tres elecciones en que la votación para la Presidencia ofrece un resultado superior al 90 % de los votos, fruto del acuerdo entre los diversos partidos presentes en la Cámara para configurar la Mesa. En el resto de los casos el resultado ha sido variable entre el 49 % y el 72 % de los votos emitidos a favor del candidato elegido. En nueve ocasiones ha habido candidatos alternativos y en otras nueve la oposición ha optado por el voto en blanco. En todos los casos la persona elegida para ocupar la Presidencia ha sido un miembro del partido del Gobierno.

El modelo de Presidencia que se ha configurado en el periodo democrático continúa siendo el de la *Presidencia de mayoría*, en ocasiones con acuerdo entre diferentes partidos para configurar la Mesa y en otras en una simple competencia sin acuerdos.

VI. LA PRESIDENCIA DE LA ASAMBLEA COMO DELEGACIÓN DEL GOBIERNO (1927-1930 Y 1942-1977)

En las dictaduras españolas del siglo xx, la del general Primo de Rivera (1923-1930) y la del general Franco (1939-1975), se crea una Asamblea corporativa, que responde al modelo de otras dictaduras europeas (Giménez, 2012, pp. 66-72).

Estas Asambleas no pueden ser consideradas un Parlamento en el sentido liberal o democrático del término, por su composición, elección, funciones y supeditación a la autoridad del dictador. Por tanto, no tiene sentido incluirlas como una parte de la historia parlamentaria española. Pero sí resultan de interés como contraste con el modelo de parlamentarismo anterior y posterior a las mismas, y en este trabajo como contraste con el modelo de Presidencia de la Cámara.

En estas Asambleas la Presidencia asume funciones que refuerzan su poder. Se configura como un verdadero órgano unipersonal de dirección de la Asamblea, con un peso reducido de la Mesa de la Cámara, algo que contrasta enormemente con las funciones que tendrán los órganos colectivos de los Parlamentos en los sistemas democráticos de la segunda mitad del siglo xx.

Entre las funciones que desempeñaba el presidente observamos un fortalecimiento de las mismas, especialmente en la dirección de los trabajos parlamentarios. Algunos ejemplos serían su facultad de nombrar a los miembros de las comisiones y a sus presidentes, su participación en el proceso de tramitación de las iniciativas o la capacidad de interpretar el Reglamento. Este control de la labor del Parlamento por la Presidencia garantizaba una absoluta sintonía con la voluntad del Gobierno y de sus políticas (Urquijo, 2021a, pp. 819-824).

En el primer caso, el de la dictadura de Primo de Rivera, la Asamblea se creó en 1927 (Giménez, 2017, pp. 275 y ss.), cuatro años después del golpe de Estado. Esta Asamblea estaba formada por representantes del Estado, de las provincias y de los municipios,

academias, y de universidades, sindicatos y asociaciones, y tenía unos poderes limitados frente al Gobierno.

Siguiendo el modelo de otras Asambleas similares su presidente era nombrado por el Gobierno¹⁶, lo que rompía con el modelo tradicional de presidente elegido por los diputados, consolidado en la tradición parlamentaria europea, y lo convertía en un delegado del Ejecutivo para controlar la Asamblea. Se buscaba una persona de confianza del Gobierno para garantizar esta labor. En este periodo únicamente ejerció el cargo de presidente de la Asamblea una persona.

Tras el periodo democrático de la II República española y la Guerra Civil (1931-1939), se instauró una nueva dictadura, que clausuró el Parlamento. Pasados unos años del inicio de la dictadura, como sucedió en la dictadura anterior, en 1942 se creó una Asamblea corporativa (Giménez, 2017, pp. 339 y ss.; Giménez, 2012), aunque ni por su manera de elección ni por sus funciones puede ser considerada un Parlamento comparable al de los países de Europa occidental. Esta Asamblea estaba compuesta por miembros designados directamente por Franco, representantes de los sindicatos, del Movimiento, de los municipios, de los colegios profesionales, de altas instituciones del Estado, de las universidades y academias. Posteriormente se modificó su composición con representantes de corporaciones locales, pero la mayor modificación fue la introducción de representantes de las familias, elegidos por sufragio directo, aunque controlado por el Ejecutivo.

En este caso su presidente era nombrado por el jefe del Estado, sin participación de la Cámara¹⁷. Nuevamente se abandona el modelo tradicional de presidente elegido por los diputados, consolidado en la tradición parlamentaria europea, y se pasa al del delegado del Ejecutivo para controlar la Asamblea. Se buscaba una persona de confianza del Gobierno para garantizar esta labor. De los cuatro presidentes que ocuparon el cargo durante la dictadura, tres habían sido ministros en los Gobiernos de Franco antes de ocupar la Presidencia.

¹⁶ Real Decreto-ley, de 12 de septiembre de 1927, de Creación de la Asamblea Nacional, art. 11.

¹⁷ Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942, art. 7.º, y Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942, modificada por la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, apartado v, art. 7.º.

En relación con el nombramiento de estos presidentes únicamente se puede decir que fueron elegidos por el dictador entre personas de su confianza, con un modelo similar al de la Cámara del fascismo en Italia (Furlani *et al.*, 1988, pp. 140 y ss.). El primero de ellos ocupó el cargo durante veintidós años, los dos siguientes lo hicieron durante cuatro y cinco años respectivamente. El último, ya nombrado por el rey Juan Carlos I, se mantuvo en el cargo durante año y medio, hasta la elección de unas nuevas Cortes en 1977.

VII. CONCLUSIONES

El análisis que hemos realizado en las páginas anteriores nos permite formular unas primeras conclusiones sobre la elección de la Presidencia del Parlamento en la España contemporánea.

En primer lugar, debemos indicar que en los primeros compases de nuestra historia parlamentaria esta elección tendría menos importancia simbólica que en los periodos posteriores. Como hemos indicado en el periodo de las Cortes de Cádiz la información que da el Diario de Sesiones sobre la misma es muy escasa y ni siquiera aparece como un punto destacado en sus páginas.

En segundo lugar, también contribuyen a esta menor relevancia los poderes más limitados de la Presidencia y la brevedad de su duración.

En tercer lugar, observamos que la participación de los parlamentarios en la elección de los presidentes de las Cámaras no es muy elevada. Sabemos que en el siglo XIX y buena parte del XX la participación en las labores parlamentarias no era tan elevada como en la actualidad, pero sorprende que en la elección de la Presidencia, que además se suele realizar en el inicio del periodo de sesiones, tampoco se produzca una participación mayor.

En cuarto lugar, parece que esta reducida participación no es única entre los parlamentarios de la oposición, sino que también se produce entre los gubernamentales. Probablemente esto es fruto del menor control de los parlamentarios por sus facciones políticas. Esto cambiará con la transformación de los partidos de notables en partidos de masas, con una mayor organización y la formalización de los grupos parlamentarios, a partir de 1931 y especialmente de

1977. En este último periodo podemos considerar que la elección de la Presidencia del Parlamento adquiere una gran relevancia como muestra la participación de todos los electos en la misma.

En quinto lugar, los resultados de las votaciones que hemos recopilado muestran como existe una competencia variable entre diferentes candidatos en una parte de las elecciones y ninguna en otras. El resultado es que ocupa la Presidencia del Parlamento el candidato gubernamental. Hasta 1931, el candidato del partido del Gobierno y, en la II República, el candidato de la coalición de gobierno, que no tiene por qué ser del mismo partido que el presidente del Gobierno.

En sexto lugar, la relevancia para el Gobierno de tener en la Presidencia del Parlamento a una persona de su confianza es absoluta, ya que sus funciones en la dirección de los trabajos parlamentarios pueden condicionar su programa legislativo.

En séptimo lugar, la relación entre la Presidencia del Gobierno y la del Parlamento también se muestra en que esta última es un paso más en la carrera política de los que la ocupan. El periodo donde es más evidente es entre 1876 y 1923, cuando 10 de los 21 presidentes del Congreso ocuparon la Presidencia del Gobierno tras cesar en la Presidencia del Congreso.

En octavo lugar, cuando observamos el Senado podemos confirmar la dependencia de su presidente del Gobierno. Bien porque el presidente es elegido por los senadores que responden a la mayoría del Gobierno (1871-1873 y 1977-2021), bien porque era nombrado directamente por la Corona. En todos los casos es una persona próxima al Gobierno.

En noveno lugar, todo lo dicho para los periodos de parlamentarismo liberal y democrático contrasta con las Asambleas de las dictaduras. En los periodos analizados (1927-1930, 1942-1977) el presidente de la Asamblea era una persona nombrada directamente por el Gobierno sin participación de los miembros de la Cámara.

En décimo lugar, este modelo de Presidencia y de elección hacen que la Presidencia del Parlamento en España esté lejos del modelo de neutralidad partidista que toma como referencia al Speaker de los Comunes británico y se pueda considerar como un presidente de partido. En 1876 lo indicaba con claridad Francesco Crispi, para Italia, aunque también podemos aplicarlo a España:

Sarebbe necessario terminare quel sistema mezzo francese, col quale fu ritenuto che la nomina del nostro presidente fosse un atto politico. La presidenza della Camera deve essere una magistratura neutrale, nella quale si concentri tutta l'autorità del Parlamento (cit. in Furlani *et al.*, 1988, p. 43).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ LUCÍA, L. (1996). Status y atribuciones de las presidencias de los parlamentos. *Anuario Jurídico de La Rioja*, 2, pp. 467-486.
- ALGUACIL PRIETO, M. L., MACIÁ, M., y MARTÍNEZ CAÑAVATE, J. R. (1996). *El diario de sesiones del Congreso de los Diputados (1810-1977)*. Congreso de los Diputados.
- ARAQUE HONTANGAS, N. (2008). *Las elecciones en el reinado de Isabel II: la Cámara baja*. Congreso de los Diputados.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. (2003). *La presidencia del Congreso de los Diputados: perfil de su actuación constitucional*. Congreso de los Diputados.
- CABRERA, M. (1998). Vida parlamentaria. En M. CABRERA (coord.), *Con luz y taquígrafos: el Parlamento en la Restauración (1913-1923)* (pp. 151-161). Taurus.
- DAUDET, Y. (1965). *La Présidence des Assemblées parlementaires françaises*. Presses Universitaires de France.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I. (2012). *Reglamentos parlamentarios (1810-1977)*. Iustel.
- FERRARA, G. (1965). *Il Presidente di Assemblea parlamentare*. Giuffrè editore.
- FURLANI, S. et alii. (1988). *I Presidenti della Camera*. Editalia.
- GIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. Á. (2012). *Las Cortes españolas en el régimen de Franco. Nacimiento, desarrollo y extinción de una Cámara Orgánica*. Congreso de los Diputados.
- GIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. Á. (2017). *Historia del parlamentarismo español*. CEPCE.
- GÓMEZ RIVAS, J. V. (2002). *La Administración parlamentaria española. Creación y consolidación*. Congreso de los Diputados.
- JERÓNIMO SÁNCHEZ-BEATO, E. (2006). *La Presidencia del Congreso de los Diputados en el sistema constitucional español de 1978*. Ayuntamiento de Málaga.
- JERÓNIMO SÁNCHEZ-BEATO, E. y MORALES PAYÁN, M. Á. (2004). *La presidencia de las Cortes en el constitucionalismo histórico español*. Universidad de Almería.
- JOLY, B. (2015). La signification politique de l'élection des présidents à la fin du XIX^e siècle. En J. GARRIGUES (dir.), *Les Présidents de l'Assemblée nationale de 1789 à nos jours* (pp. 113-124). Classiques Garnier.
- MACKAY, Sir W. (2010). Nothing Could Exceed the Badness of His Character Even in This Bad Age. En P. SEAWARD (ed.), *Speakers and the Speakers-*

- hip. Presiding Officers and the Management of Business from the Middle Ages to the 21st Century* (pp. 129-135). Parliamentary History.
- MARCUELLO BENEDICTO, J. I. (1985). Los reglamentos de Cortes en la época de Isabel II. *Revista de las Cortes Generales*, 4, pp. 165-166.
- MARCUELLO BENEDICTO, J. I. (1995). Cortes y proceso político en la monarquía constitucional española: modelos liberales doceañista y moderado (1810-1868). *Hispania*, 189, pp. 11-36.
- MARTÍNEZ CUADRADO, M. (1969). *Elecciones y partidos políticos de España (1868-1931)*. Taurus, 2 vols.
- SÁNCHEZ GUERRA, J. (1896). La Presidencia del Congreso. *Estudios Políticos y Sociales*, pp. 15-25.
- SCHULZ, A. (2015). Préserver la dignité de la Haute Assemblée. Les présidents du Bundestag allemand 1949-2012. En J. GARRIGUES (dir.), *Les Présidents de l'Assemblée nationale de 1789 à nos jours* (pp. 281-303). Classiques Garnier.
- SEVILLA ANDRÉS, D. (1969). La Presidencia del Congreso de los Diputados (1810-1936). *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, 14, pp. 21-56.
- TRAVERSA, S. (1989). Il Presidente della Camera dei Deputati. En S. TRAVERSA, *Il Parlamento nella Costituzione e nella prassi (studi)* (pp. 425-433). Giuffrè editore.
- URQUIJO, M. (2020a). Models of parliamentary speakership in the nineteenth and twentieth centuries: France, Italy, Portugal and Spain. *Parliaments, Estates & Representation*, 3 (40), pp. 308-323.
- URQUIJO, M. (2020b). Parliamentary speakership: from individual speakership to the collective direction of parliamentary work. *Spanish Journal of Legislative Studies*, 2, artículo 3.
- URQUIJO, M. (2021a). La presidencia de las asambleas de las dictaduras en la Europa del sur. *Historia Constitucional*, 22, pp. 810-836.
- URQUIJO, M. (2021b). La Presidencia del Parlamento en el marco de las revoluciones liberales del sur de Europa. En V. MOREIRA y J. DOMINGUES (coords.), *Dois Séculos de Constitucionalismo Eleitoral (1820-2020): Atas da Conferência Internacional* (pp. 317-346). Universidade Lusíada Editora.
- VARELA ORTEGA, J. (dir.). (2001). *El poder de la influencia: geografía del caciquismo en España (1875-1923)*. Marcial Pons.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. (2012). *Constituciones y leyes fundamentales*. Iustel.

EL REPARTO DEL PODER LEGISLATIVO. EL CASO PORTUGUÉS*

THE SEPARATION OF THE LEGISLATIVE POWER. THE PORTUGUESE CASE

Ana VARGAS

Letrada de la Asamblea de la República de Portugal
<https://orcid.org/0000-0001-9574-8959>

Cláudia RIBEIRO

Letrada de la Asamblea de la República de Portugal
Asesora del Presidente de la República
<https://orcid.org/0000-0002-5596-454X>

Fecha de recepción del artículo: abril 2022

Fecha de aceptación y versión final: junio 2022

RESUMEN

Aunque han pasado más de dos siglos desde la publicación de la obra de Montesquieu De l'esprit des lois, en la que enuncia la teoría de la separación de poderes –legislativo, ejecutivo y judicial–, este sigue constituyendo el enfoque principal, mientras que los órganos continúan siendo identificados por su poder, como si lo tuvieran en exclusiva. Las elecciones parlamentarias se pueden denominar también como elecciones legislativas. Y si en Portugal, así como en otros países, en términos constitucionales, el Parlamento mantiene la primacía de la competencia legislativa, esta está fuertemente condicionada, externamente, en particular por la integración europea¹, e, internamente, por el Gobierno y las

* Las autoras agradecen a Valeria Vides, Susana Fazenda y José Manuel Araújo la ayuda y las sugerencias prestadas en la confección de este artículo.

La Revista de las Cortes Generales agradece al personal de la Dirección Estudios, Análisis y Publicaciones la labor realizada en la adaptación de este artículo para facilitar su comprensión al lector español.

¹ Hay ámbitos en los que la Unión Europea (UE) tiene competencia exclusiva (como la unión aduanera y las normas de competencia), y en otros tiene competencias compartidas

*entidades reguladoras*².

*En este artículo proponemos analizar cómo el Gobierno y el Parlamento se relacionan con la actividad legislativa, además de cómo las mayorías parlamentarias y la composición del Gobierno influyen en el reparto de ese poder*³.

Palabras clave: Parlamento, Gobierno, ley, decreto-ley, competencia legislativa.

ABSTRACT

More than two centuries have passed since the publication of Montesquieu's masterpiece - De l'esprit des lois -, in which he enunciates the theory of separation of powers: legislative, executive and judiciary. However, nowadays, this approach continues to be applied and the organs of sovereignty are still identified by the respective power, as if they hold it exclusively, which is allegedly not the case. Parliamentary elections could be called also as legislative elections. And if in Portugal, as in other countries, in constitutional terms, Parliament maintains the primacy of legislative competence, this competence is strongly conditioned, externally, by the European Union and by other international institutions, and, internally, by the Government and by regulatory authorities.

In this article we propose to examine how Government and Parliament relate and interact in matters of legislative activity, as well as how parliamentary

con los Estados miembros, en cuyo caso los Estados solo pueden legislar si la UE no ha presentado iniciativas legislativas.

² Por lo que se refiere a las entidades reguladoras, cabe mencionar el caso del sector bancario, ya que a nivel legislativo y reglamentario intervienen organismos internacionales, europeos y nacionales.

³ Según António Filipe: «Cuando el Gobierno tiene mayoría absoluta en el Parlamento, hay una mayor gubernamentalización del sistema político y una supresión del papel de la Asamblea de la República en el ejercicio de la función legislativa. Los Gobiernos hacen mucho más uso de la autorización legislativa; la influencia de la oposición en la conformación de la voluntad del legislador se limita al consentimiento de la propia mayoría; la facultad del Parlamento de modificar los decretos gubernamentales también depende únicamente de la voluntad de la mayoría; se hace hincapié en el poder de la mayoría para controlar la actividad parlamentaria. [...] En el caso de un Gobierno en minoría, la situación cambia considerablemente a varios niveles. [...] Los proyectos de ley gubernamentales y los proyectos de ley de la "mayoría" pueden ser rechazados y los decretos gubernamentales pueden ser rechazados o modificados por voluntad parlamentaria» (2006, pp. 279 y 280).

majorities and the composition of the government influence the sharing of this power.

Keywords: Parliament, Government, law, decree law, legislative power.

SUMARIO: I. DE LA ASAMBLEA NACIONAL A LA ASAMBLEA DE LA REPÚBLICA. II. LA INFLUENCIA DE LA REPRESENTATIVIDAD DE LOS PARTIDOS EN EL PROCESO LEGISLATIVO PARLAMENTARIO. III. LEYES *FRENTE A* DECRETOS-LEYES. IV. AUTORIZACIONES LEGISLATIVAS. V. EVALUACIONES PARLAMENTARIAS DE LOS DECRETOS-LEYES. VI. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. DE LA ASAMBLEA NACIONAL A LA ASAMBLEA DE LA REPÚBLICA

En 2022, el régimen democrático establecido en Portugal después del 25 de abril de 1974 celebra 48 años, los mismos años que el régimen autoritario, en el que, a pesar de la existencia de un Parlamento –entre 1935 y 1974–, este tenía un estatus de «insignificancia política»⁴, ya que todos los diputados pertenecían a la misma fuerza política, las elecciones no eran libres y existían censura y policía política –la Policía Internacional y de Defensa del Estado/ Dirección General de Seguridad (PIDE/DGS)–. El Parlamento, entonces llamado Asamblea Nacional, era unicameral, pero disponía de una Cámara Corporativa no electa, que tenía carácter representativo y poderes consultivos, y ejercía una función de asesoramiento tanto al Parlamento como al Gobierno.

A pesar de que los diputados disponían de poderes legislativos, a través de la presentación de proyectos de ley, era el Gobierno el que, mediante la presentación de propuestas legislativas, determinaba el programa y garantizaba su aprobación desde el principio. Como curiosidad, hay un fragmento de una carta enviada en 1949 por el entonces presidente de la Asamblea Nacional, Albino dos Reis, al presidente del Consejo (equivalente al primer ministro), Oliveira Salazar, en la que aducía que después de la aprobación de la ley de medios no habría nada para «entretener en la Asamblea», por lo que hubiera sido oportuno si el Gobierno hubiese dado a los diputados «algunos textos normativos que les ocuparan la actividad»⁵.

La Revolución del 25 de abril de 1974 estableció un régimen democrático en Portugal. Al año siguiente, en las primeras elecciones libres y universales celebradas en Portugal, se eligió la Asamblea constituyente para redactar y aprobar una nueva Constitución.

La Constitución de la República Portuguesa fue aprobada el 2 de abril de 1976 y el 25 de abril de 1976 se celebraron las elecciones para elegir a los diputados de la Asamblea de la República (AR).

⁴ Esta expresión fue utilizada por los electores democráticamente elegidos que asumieron querer cambiar este estatus, que es uno de los fundamentos para la elección del sistema semipresidencial de gobierno.

⁵ En Nuno Estêvão Figueiredo Miranda Ferreira, doctorado en Ciencias Sociales, Especialidad en Sociología Política (2009, p. 478).

A pesar de la ruptura acontecida con la revolución y el consiguiente establecimiento del sistema democrático, hay rastros de la Constitución de 1933 en la Constitución actual, que todavía continúan a pesar de las revisiones a las que ha sido sometida, en particular la atribución de poderes legislativos al Gobierno y la forma en que se distribuye la competencia legislativa entre la Asamblea de la República y el Gobierno (Rebelo de Sousa, 1991a), salvaguardando, sin embargo, un núcleo esencial, que es de reserva parlamentaria absoluta.

El Gobierno desempeña un rol importante en la función legislativa, ya sea porque presenta iniciativas –a través de propuestas de ley *ex* artículo 197.1, letra d) de la Constitución– al Parlamento, o porque puede pedirle autorización para legislar en asuntos que son de la competencia legislativa reservada de la Asamblea de la República, o porque tiene competencia propia y compartida en algunas áreas.

El hecho de que se siga atribuyendo a cada órgano un poder determinado, sin tener en cuenta su participación, justifica que la Constitución regule en detalle el proceso legislativo parlamentario, y, en cambio, sea muy parca en relación con el proceso legislativo gubernamental (Rebelo de Sousa, 1991a).

Además de las disposiciones constitucionales, la composición de la Asamblea de la República y la forma en que este órgano soberano se relaciona con el Gobierno son dos variables fundamentales para comprender el reparto de competencias legislativas entre estos dos órganos soberanos.

II. LA INFLUENCIA DE LA REPRESENTATIVIDAD DE LOS PARTIDOS EN EL PROCESO LEGISLATIVO PARLAMENTARIO

El sistema de partidos es una de las variables que condicionan el funcionamiento del Parlamento y la propia actividad legislativa. En el caso del Parlamento portugués, la bipolarización en la formación de mayorías parlamentarias y, en consecuencia, en el Gobierno ha sido la regla. Desde el inicio del régimen democrático –1974– dos partidos han alternado la mayor representación en la Asamblea de la República y las responsabilidades de formar Gobierno: el Partido Socialista (PS) y el Partido Socialdemócrata (PSD), solos o en coalición. En las elecciones parlamentarias de 2019, los votos del 64,1 % de los

portugueses se concentraron en estos dos partidos y, lo que es más importante, en términos de traducir estos votos en escaños parlamentarios, estos dos partidos obtuvieron el 81,3 % de los diputados, como resultado del sistema electoral⁶. En las recientes elecciones parlamentarias de enero de 2022, el PS logró una mayoría absoluta en el Parlamento, con el 41,5 % de los votos, y el PSD continúa siendo el partido más representado de la oposición, con el 27,8 % de los votos. La bipolarización se mantiene, pero la representación parlamentaria está mostrando cada vez más signos de cambio.

Hasta hace poco, el Parlamento portugués presentaba una relativa estabilidad en términos de representación partidista. El número de partidos con representación parlamentaria, típicamente, fluctuó entre cinco y siete. Los partidos tradicionales, como el Partido Comunista Portugués (PCP) y el Centro Democrático Social-Partido Popular (CDS-PP), pudieron, hasta hace poco, resistir la pérdida de influencia que sufrieron a partidos similares en Europa e incluso llevó a la extinción de algunos de ellos. Aunque actualmente hay veintitrés partidos políticos registrados en Portugal, la correlación entre partidos y fuerzas de izquierda-derecha también se ha mantenido más o menos constante. Sin embargo, en las elecciones parlamentarias celebradas en los últimos años se han producido variaciones significativas. En 1999 surgieron las primeras señales de cambio, con la entrada en la Asamblea de la República de un nuevo partido de izquierda, el Bloco de Esquerda (BE). En 2015, fue el turno de un partido de ideología animalista –Personas, Animales, Naturaleza (PAN)–, que se presenta como un partido de causas, no enmarcado en los conceptos de izquierda o derecha. Fueron principalmente las elecciones de 2019 las que cambiaron la representación parlamentaria, con la entrada de tres nuevas fuerzas políticas: el Partido Livre (L),

⁶ Al igual que en España, el sistema electoral proporcional portugués utiliza el método de la media más alta de d'Hondt, pero, a diferencia de España, la Constitución portuguesa prohíbe la existencia de un umbral electoral explícito que impida la entrada en el Parlamento de partidos que no obtengan un número mínimo de votos. Por lo tanto, el sistema portugués privilegia la representatividad, en detrimento de la gobernanza, lo que no ha limitado el creciente número de voces que piden la revisión del sistema electoral, ya sea para dar a los votantes una mayor capacidad de intervención en la elección de los candidatos, o como una forma de mejorar (todavía más) la representatividad, lo que puede incluir la introducción del voto preferencial y la reducción del tamaño de las circunscripciones.

de izquierda, ecologista y europeísta; el partido de derecha Iniciativa Liberal (IL), que defiende el liberalismo social, económico y político, pero ha votado con los grupos de izquierda en iniciativas legislativas sobre cuestiones de objeción de conciencia, como la eutanasia o la procreación médicamente asistida, y el Chega (CH), el primer partido de extrema derecha en Portugal.

La XIV legislatura (2019-2022) contó con la representación de diez partidos⁷ (la más elevada en la historia constitucional de Portugal), a la que, sin embargo, solo correspondían siete grupos parlamentarios, puesto que tres de ellos solo tenían un diputado, por lo que no constituyeron grupo parlamentario.

Las elecciones legislativas de enero de 2022 trajeron nuevos cambios, con una mayoría absoluta del PS⁸, ocho partidos políticos representados en el Parlamento, pero dos de ellos con solo un diputado cada uno, es decir, sin un grupo parlamentario (el PAN⁹ y el Partido Libre). Dos de los partidos políticos que siempre habían tenido grupo parlamentario en democracia no lograron siquiera conseguir un escaño (Los Verdes, partido de izquierda, y el CDS-PP, que incluso había estado en el Gobierno, en coalición, ya fuese con el PSD o con el PS).

La fragmentación partidaria ha obligado al Parlamento a establecer nuevas normas y procedimientos y en 2020 se llevó a cabo una revisión del Reglamento interno de la Asamblea de la República que

⁷ En 2020, dos miembros de los Diputados Únicos Representantes de Partidos (del Livre y del PAN) se convirtieron en «diputadas no inscritas» debido a desacuerdos con los partidos políticos por los cuales habían sido elegidas, lo que agravó aún más el ya difícil funcionamiento de los distintos órganos parlamentarios, sobre todo porque, a diferencia de lo que pasa en el Parlamento español, no existe la figura del grupo parlamentario mixto.

⁸ Tras las elecciones parlamentarias de enero de 2022, por un total de 230 escaños parlamentarios, el PS se mantuvo con 120 diputados (41,37 % de los votos), el PSD con 72 diputados (27,67 % de los votos), el CH con 12 diputados (7,18 % de los votos), el IL con 8 diputados (4,91 % de los votos), el BE con 5 diputados (4,40 % de los votos), el PCP con 6 diputados (4,30 %) y el PAN y el Libre cada uno con un solo diputado.

⁹ La situación de los dos partidos es muy diferente. El PAN perdió a tres de los cuatro diputados que había logrado obtener en las anteriores elecciones parlamentarias, que habían tenido lugar dos años antes, convirtiéndose en el octavo partido más votado y obteniendo solo una diputada con 88 127 votos, lo que corresponde al 1,58 %, mientras que Libre repitió la elección de un diputado, con 71 196 votos, lo que corresponde al 1,28 % de los votos emitidos. Esta disminución significativa en el voto a favor del PAN también puede ser el resultado de la mencionada titularidad de los temas de los partidos animalistas por parte de los demás partidos, tanto en términos legislativos como en términos de supervisión política.

pretendía incluir más derechos para los Diputados Únicos Representantes de Partidos (DURP). En particular, estos pasaron a poder hacer cinco declaraciones políticas en el Pleno por período de sesiones¹⁰, a tener tiempo asignado en varios debates y a poder integrar un máximo de tres comisiones parlamentarias. Dichos derechos, sin embargo, no dejan de ser residuales frente a los que ostentan los grupos parlamentarios, y esto lleva a que la doctrina considere a la Asamblea de la República como un «parlamento de partidos» (Pasquino, 2010).

La excepción, teniendo en cuenta los escasos derechos de los diputados individuales (hayan sido elegidos bien como DURP, bien en un grupo y después hayan abandonado dicho grupo, pasando a ejercer el mandato como no inscritos hasta el final de la legislatura), es precisamente la posibilidad de presentar iniciativas legislativas, junto con la presentación de preguntas y peticiones al Gobierno y a las entidades públicas. Por lo tanto, no es sorprendente que el número de iniciativas legislativas presentadas y tomadas en consideración haya aumentado considerablemente en las últimas legislaturas¹¹, y que la gama de cuestiones tratadas sea cada vez más amplia y compleja, pudiendo requerir replantearse la organización misma del Parlamento y el apoyo al proceso legislativo.

Es cierto que el aumento exponencial de las iniciativas presentadas no se corresponde, como es natural, con un aumento proporcional del número de leyes aprobadas, ya que, por un lado, las mayorías parlamentarias existentes impiden tal aprobación y, por el otro, muchos grupos pequeños y diputados únicos tienen (en la presentación de iniciativas) una forma de llamar la atención sobre su agenda y justificar su presencia en la Asamblea de la República¹² a los votantes y a los medios de comunicación. Pero el hecho de que estas

¹⁰ Se trata aquí de las declaraciones políticas *ex* artículo 71 del Reglamento. El período de sesiones tiene duración de un año, como indica el artículo 49.1 de la misma norma.

¹¹ Si comparamos las legislaturas completas, se puede ver que, en la XIII legislatura, se presentaron 1248 proyectos de ley, casi el doble de los presentados en las legislaturas VI y VII, que fueron 599 y 693 respectivamente. En efecto, la presentación de iniciativas legislativas ha mostrado un aumento constante en las últimas legislaturas (910 en la X legislatura y 1050 en la XII legislatura).

¹² Al final de cada año parlamentario, los medios de comunicación siempre realizan un ejercicio estadístico del número de iniciativas legislativas presentadas por grupo parlamentario o diputado, vinculando a menudo (vínculo no siempre justificado) un gran número de iniciativas y la productividad de sus proponentes.

iniciativas acaben por no ser aprobadas no significa que el Parlamento no tenga que invertir recursos (técnicos y políticos) en su tramitación, sino que tienen que ser admitidas, sometidas a la apreciación pública y tramitadas en comisión y en el Pleno hasta su eventual rechazo.

De hecho, muchas de estas iniciativas, aunque previsiblemente se rechacen en función de las mayorías parlamentarias existentes, reciben, paradójicamente, una enorme atención de los medios de comunicación, incluso en los casos en que no corresponden ni siquiera a un pensamiento estructurado sobre la necesidad de legislar en una determinada materia, sino más bien a una reacción a cuestiones suscitadas por los medios de comunicación y que causan eco junto con la opinión pública.

Aun así, la presencia de nuevos grupos parlamentarios tiene consecuencias, no solo cuantitativas en términos de producción legislativa, sino también cualitativas en el proceso legislativo parlamentario, dado que la agenda legislativa ha pasado a tener cada vez más temas que hasta entonces estaban alejados de la arena parlamentaria y de los que acaban por apropiarse también los grupos parlamentarios más «tradicionales», en particular en el ámbito de los derechos individuales y sociales, del medio ambiente y de la protección de los animales.

Considérese que cada vez más partidos compiten en las elecciones generales (veintiún partidos compitieron en las elecciones legislativas de 2022) y son también más los partidos que logran la representación parlamentaria, aunque en las elecciones de 2022, en comparación con las elecciones de 2019, esta tendencia de crecimiento cambió, ya que la representación parlamentaria disminuyó de diez a ocho partidos, con modificaciones significativas en la distribución de escaños, debido a la desaparición de dos grupos parlamentarios que siempre habían existido en los 48 años de la democracia portuguesa. Esta fragmentación del Parlamento se corresponde, como ya hemos mencionado, con un mayor número de iniciativas y, sobre todo, con la introducción de nuevos temas en la agenda parlamentaria, que a menudo son presentados por los nuevos grupos; pero de los que, en algunos casos, se apropian rápidamente las diversas áreas políticas, cuando no solo son ideológicos sino que corresponden a nuevas necesidades sociales.

En la tabla que figura a continuación se establece un paralelismo entre el número de iniciativas presentadas y aprobadas durante las cuatro últimas legislaturas, teniendo en cuenta los temas tratados por ellas. Esto nos permite darnos cuenta de que hay algunos temas que hace poco que han comenzado a formar parte de la agenda parlamentaria –especialmente desde 2015, inicio de la XIII legislatura– en el proceso legislativo, es decir, hay una coincidencia entre la extensión de la representatividad parlamentaria y la ampliación del proceso legislativo parlamentario a nuevos ámbitos. Es cierto que la innovación en cuestiones legislativas no se debe solo a la representación de nuevos partidos políticos, siendo también el resultado de las diferentes necesidades de la sociedad en términos regulatorios. Tampoco cabe duda de que los nuevos temas legislativos surgen principalmente en el Parlamento (aunque de algunos de ellos posteriormente se apropie el Ejecutivo) y que no se suelen llevar a debate por los dos partidos tradicionalmente representados en el ámbito de la gobernanza, que tienden a ser más conservadores en materia legislativa, sino por los nuevos partidos con representación parlamentaria, que introducen cambios significativos en la agenda legislativa.

Temas	Número de iniciativas presentadas por legislatura			
	XI legislatura	XII legislatura	XIII legislatura	XIV legislatura
Cuestiones relacionadas con el cambio climático	0	0	3	10
Autodeterminación de género	0	0	3	11
Organismos modificados genéticamente	0	4	12	1
Eutanasia	0	0	2	5
Procreación Médicamente Asistida (PMA)	0	9	13	6
Protección contra el acoso	0	1	6	2

Temas	Número de iniciativas presentadas por legislatura			
	XI legislatura	XII legislatura	XIII legislatura	XIV legislatura
Protección de los consumidores	5	10	17	20
Energía renovable	0	2	2	3
Alimentación saludable	0	0	5	2
Protección de los animales	0	0	19	11

A partir de los datos presentados, vemos que temas como la eutanasia, la procreación con asistencia médica, las cuestiones climáticas o la protección de los consumidores se han vuelto cada vez más importantes en el Parlamento y motivan la presentación de iniciativas legislativas por parte de diversos grupos parlamentarios. En la última legislatura (xiv) hubo cinco iniciativas legislativas sobre la eutanasia, y se aprobó una ley con los votos de los partidos de derecha, de los liberales, de varios diputados del PSD¹³ y con votos de la izquierda (ley que fue vetada por el presidente de la República), frente a dos iniciativas sobre el mismo tema presentadas en la xiii legislatura y ninguna en las legislaturas xii y xi.

También es significativo que en la xiii legislatura se presentaron diecinueve iniciativas legislativas acerca de protección animal, que coincidieron con la entrada del partido animalista (PAN) en el Parlamento, y que incluso en la última legislatura (xiv) todavía hubo once iniciativas legislativas sobre el mismo tema, mientras que en la xii y xi legislaturas no se habían introducido iniciativas sobre la materia.

La preocupación por garantizar una alimentación más sana y sostenible en los comedores públicos, el uso de productos agrícolas locales y ecológicos y las cuestiones de protección en materia de acoso (sexual o laboral) son también preocupaciones relativamente

¹³ Normalmente, en asuntos en los que se considera que hay mucha división de opiniones, como la eutanasia o la PMA, algunos grupos parlamentarios dan a sus miembros libertad de voto.

recientes del legislador. Por otro lado, temas como la lucha contra la corrupción, que figuran en el orden del día de todos los partidos políticos, han estado presentes en iniciativas legislativas de todos los sectores políticos desde hace mucho tiempo, a pesar de que ha habido un aumento significativo en la última legislatura: en la XI legislatura se presentaron quince iniciativas sobre este tema, en comparación con doce en la XII, seis en la XIII y veinte en la XIV legislatura.

En cuanto a las dificultades que se derivan de la creciente complejidad del objeto de las normas, la aprobación de la nueva ley de la gestación subrogada, a finales de 2021, es un ejemplo interesante. La ley tenía la entrada en vigor fijada para principios de 2022, pero estaba sujeta a regulación por parte del Ministerio de Salud. Sin embargo, el Gobierno asumió finalmente que se trataba de una cuestión de considerable complejidad técnica, con repercusiones en las exigencias de coherencia y unidad jurídica, y fue necesario crear un comité de expertos para apoyar a dicho ministerio en la elaboración de la reglamentación, que no se presentará antes del 30 de junio de este año. Esto debería hacernos reflexionar una vez más sobre las estructuras de apoyo al proceso legislativo y sobre la necesidad de coordinación entre los dos órganos con capacidad legislativa: Gobierno y Parlamento.

Aparte del procedimiento legislativo ordinario, también en los procedimientos legislativos especiales y, más concretamente, en el procedimiento legislativo de evaluación del presupuesto del Estado¹⁴, la fragmentación de los partidos, por una parte, ha contribuido a aumentar la complejidad del proceso legislativo (lo que se refleja en el cada vez mayor número de enmiendas presentadas por los distintos grupos parlamentarios) y, por otra, ha dado lugar a la aprobación de conceptos, en la ley de presupuestos del Estado, que no han tenido la respectiva evaluación de impacto presupuestario y que terminan siendo de difícil aplicación por el Poder Ejecutivo.

¹⁴ El proyecto de ley de presupuestos del Estado es el único con potestad de iniciativa exclusiva del Gobierno y es presentado a la Asamblea de la República, por el Ejecutivo, el 10 de octubre de cada año. La votación sobre la propuesta tendrá lugar en un plazo de 50 días a partir de la fecha de su admisión por la Asamblea de la República y seguirá un procedimiento específico previsto en el Reglamento de la Asamblea de la República y en la Ley Marco Presupuestaria.

En cuanto al incremento del número de enmiendas propuestas al proyecto de ley sobre los presupuestos del Estado, la siguiente tabla muestra que existe una relación directa entre el aumento del número de partidos políticos con representación parlamentaria y el incremento del número de enmiendas presentadas. En los últimos seis presupuestos estatales, correspondientes a los años en que, como hemos mencionado, la fragmentación de los partidos en la Asamblea de la República ha ido en aumento, el número de enmiendas presentadas también ha aumentado exponencialmente. Por otra parte, es interesante señalar que la tasa de aprobación de las enmiendas, en términos porcentuales, se ha reducido incluso en los años en que el Ejecutivo estaba en minoría y otra mayoría del Parlamento hubiera podido aprobarlas, en particular mediante coaliciones de votos de grupos de la oposición (las llamadas «coaliciones negativas»).

	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Enmiendas presentadas	249	510	707	991	1333	1547
Enmiendas aprobadas	143	213	217	234	288	291
Porcentaje de aprobación de las enmiendas	57 %	42 %	31 %	24 %	22 %	19 %

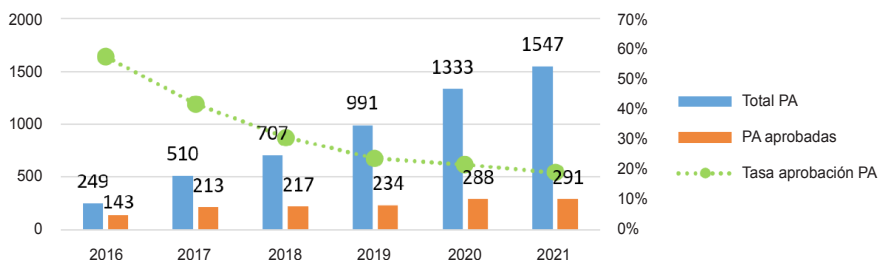
Fuente: Asesoramiento a la Comisión Parlamentaria de Presupuesto y Finanzas –datos extraídos de la base de datos del proceso presupuestario que están disponibles en un portal temático del sitio web de la Asamblea de la República (AR@PLOE)–.

El siguiente gráfico muestra de manera más intuitiva los datos de la tabla anterior, poniendo de manifiesto que en las dos últimas legislaturas (XIII y XIV, que abarcan los seis años mencionados) existe una tendencia constante a la baja en el porcentaje de aprobación de las propuestas de modificación.

Por otra parte, si comparamos estos datos con el número de leyes aprobadas y los respectivos proponentes, se observa que la situación que se produce en relación con la evaluación del presupuesto del Estado no es transferible al procedimiento legislativo común. En este último, la proporción de iniciativas legislativas de la oposición que son aprobadas ha ido aumentando durante el período del Gobierno

minoritario del Partido Socialista, especialmente a través de coaliciones negativas de los grupos parlamentarios de la oposición. El hecho de que no sea así en los presupuestos del Estado parece explicarse por que los dos grupos en el ámbito de la gobernanza (PS y PSD) tienen posiciones políticas más cercanas en términos de finanzas públicas y respeto por las normas europeas sobre déficit y deuda, mientras que los grupos a izquierda y derecha del llamado «bloque central» tienen más dificultades para acordar cambios en las normas fiscales, dada su posición ideológica.

Propuesta de ley del presupuesto del Estado -
N.º de propuestas de alteración (PA) y tasa de aprobación



De hecho, la tasa de aprobación de las enmiendas presentadas a la ley de presupuestos del Estado muestra una tendencia a la baja, que es aún más interesante dado que, entre 2015 y 2019 (XIII legislatura), el PS fue minoritario y solo pudo gobernar mediante un acuerdo parlamentario con los grupos de izquierda¹⁵ y, a partir de octubre de 2019

¹⁵ Tras las elecciones parlamentarias de 2015, la coalición de derecha que ganó las elecciones (Portugal al Frente, constituida por el PSD y el CDS-PP) terminó permaneciendo solo 27 días en el Gobierno, como resultado del rechazo de su Programa de Gobierno en la Asamblea de la República, por no tener una mayoría parlamentaria de apoyo. El PS, que fue el segundo más votado en las elecciones, finalmente reunió una mayoría de apoyo parlamentario con los grupos de su izquierda (el BE, el PCP y Los Verdes), sobre la base de acuerdos bilaterales (a pesar de la existencia de grandes diferencias programáticas, como la pertenencia a la Unión Europea y los compromisos europeos), en una solución que fue conocida popularmente como *geringonça* y que permitió al Partido Socialista gobernar. Los partidos que apoyaban al PS rechazaron el presupuesto estatal presentado por el Partido Socialista para 2021, lo que llevó al presidente de la República a disolver el Parlamento y a celebrar nuevas elecciones, para enero de 2022, que finalmente dieron la mayoría absoluta al PS.

(xiv legislatura), a pesar de ser el partido más votado, siempre tuvo que negociar con los diversos grupos parlamentarios la aprobación de medidas legislativas, ya que la oposición en conjunto englobaba a la mayoría absoluta de la Cámara.

En efecto, no solo en el ámbito de los presupuestos del Estado, sino también en el resto de la legislación sobre las finanzas públicas, la oposición tiene particular interés en la aprobación de enmiendas que podrían ser contrarias a la política del Ejecutivo y, más aún, a las políticas europeas y sus instrumentos de gobernanza económica, que cuentan con el apoyo incondicional de las dos partes que se han alternado en el Gobierno y que respaldan plenamente el proyecto europeo. Ha sido más difícil, no solo para el Ejecutivo, sino también para el principal grupo de la oposición, llegar a un consenso con los grupos de izquierda, algunos de los cuales incluso están abiertamente en contra de las normas europeas, especialmente las relativas al déficit y la deuda pública.

Tras analizar las principales variables que influyen en la producción legislativa parlamentaria, veremos cómo se ha compartido la competencia legislativa entre el Gobierno y el Parlamento.

III. LEYES *FRENTE A* DECRETOS-LEYES

Según la Constitución, las leyes, los decretos-leyes y los decretos legislativos regionales son actos legislativos¹⁶. Las leyes son aprobadas por la Asamblea de la República, los decretos-leyes por el Gobierno y los decretos legislativos regionales por las Asambleas Legislativas regionales¹⁷, sin existir una relación jerárquica entre estos actos legislativos. Así, una ley puede modificar o revocar un decreto-ley, tal y como un decreto-ley puede modificar o derogar una ley, excepto las leyes de valor reforzado o que forman parte de la reserva absoluta de competencia legislativa de la Asamblea de la República. El Gobierno tiene poder legislativo autónomo y normal

¹⁶ Los decretos legislativos regionales son aprobados por las Asambleas Legislativas de las regiones autónomas de las Azores y Madeira.

¹⁷ Los decretos legislativos tienen un alcance regional y se ocupan de las cuestiones establecidas en el estatuto político y administrativo de la respectiva región autónoma que no estén reservadas a los órganos soberanos.

(y no solo en casos excepcionales o urgentes) (Gomes Canotilho y Moreira, 2007-2010, p. 479).

La Asamblea de la República podrá examinar un decreto-ley, con una previa solicitud firmada por diez diputados, dentro de los 30 días siguientes a su publicación –con excepción de los períodos de suspensión del funcionamiento de la Asamblea de la República–, y, en consecuencia, decidir la terminación de su vigencia o su modificación. Si se requiere la consideración de un decreto-ley redactado en el marco de una autorización legislativa¹⁸, y en caso de que se presenten enmiendas, la Asamblea podrá suspender, total o parcialmente, su validez hasta la publicación de la ley que lo modifique o hasta el rechazo de todas esas propuestas. La suspensión expirará después de diez sesiones plenarias sin que el Parlamento se haya pronunciado¹⁹.

La Asamblea de la República tiene una reserva absoluta de competencia para legislar sobre un conjunto de materias, que incluyen las que tradicionalmente están integradas en las funciones de soberanía, destacándose: el sistema electoral; las asociaciones y partidos políticos; la defensa nacional; la adquisición, pérdida y readquisición de la ciudadanía portuguesa; los fundamentos del sistema educativo; la creación, extinción y modificación de las autoridades locales y su régimen, y el régimen del sistema de información de la República y del secreto de Estado.

A esta lista de poderes se añaden los temas incluidos en la reserva relativa a las competencias de la Asamblea de la República, sobre las cuales puede autorizar al Gobierno a legislar. La reserva relativa de los poderes legislativos incluye cuestiones tales como: el estado y la capacidad de las personas; los derechos, las libertades

¹⁸ En virtud del artículo 198.1 letra a) de la Constitución, se trata de todas las materias reservadas a la Asamblea de la República.

¹⁹ No es baladí recordar que –diferentemente de su funcionamiento en España– la Constitución portuguesa establece en su artículo 169.1 que «Los decretos-leyes, salvo los aprobados en el ejercicio de la competencia legislativa exclusiva del Gobierno, *pueden* ser sometidos a conocimiento de la Asamblea de la República, al objeto de cese de su vigencia o de enmienda, a requerimiento de diez diputados en los 30 días siguientes a su publicación, de los que se descontarán los períodos de suspensión». Estos decretos-leyes, asimismo, cuando afecten a materias reservadas a la Asamblea de la República, deberán recibir autorización de la misma. Con excepción de las legislaturas I (1976-1980) y VII (1995-1999), han expirado en todas las restantes más del 75 % de las consideraciones de los decretos-leyes presentados.

y las garantías; la definición de delitos y medidas de seguridad; los fundamentos del sistema de seguridad social y del servicio nacional de salud; la creación de impuestos y el sistema tributario, el sistema general de tasas y otras contribuciones financieras a favor de las entidades públicas, y la definición de los sectores de propiedad de los medios de producción.

La reserva absoluta de poderes legislativos significa que, en los asuntos que forman parte de ella, solo la Asamblea de la República puede elaborar leyes, interpretarlas, suspenderlas, enmendarlas, derogarlas, renovarlas o codificarlas (Rebelo de Sousa, 1991a, p. 310).

Cabe señalar, sin embargo, que existe una limitación al poder legislativo parlamentario, la norma constitucional denominada «Ley freno», ya que los diputados no pueden presentar iniciativas legislativas que reduzcan los ingresos o aumenten los gastos previstos en el presupuesto del Estado para el año en curso. En la práctica, sin embargo, no se impide a los diputados legislar sobre la materia, ya que utilizan un procedimiento legislativo para eludir la prohibición del freno: la ley que incrementa los gastos o reduce los ingresos del Estado incluye una norma sobre la producción de efectos que remite su aplicación (al menos en cuanto a las normas que tienen implicación en los ingresos o en el gasto) solo al año presupuestario siguiente.

El Gobierno tiene competencia legislativa exclusiva con respecto a su propia organización y funcionamiento. Además está facultado para adoptar decretos-leyes en materias no reservadas a la Asamblea de la República, para el desarrollo de los principios o bases generales de los regímenes jurídicos contenidos en las leyes y, con la autorización de la Asamblea, en materia de reservas parlamentarias relativas. En estos dos últimos casos, por precepto constitucional habrá de invocarse expresamente la ley de autorización legislativa o la ley de bases a cuyo amparo hayan sido aprobados.

Además del programa del Gobierno, que se ejecuta, entre otros medios, mediante modificaciones legislativas o la presentación de propuestas al Parlamento, existen otros factores que pueden conducir a una mayor intervención del Gobierno en asuntos legislativos, como ocurrió entre 2011 y 2014, durante la ejecución del Programa de Asistencia Económica y Financiera (entre las autoridades portuguesas, la Unión Europea y el Fondo Monetario Internacional [FMI]), que

estableció un conjunto de medidas y acciones que debían adoptar las autoridades nacionales, incluido el perfeccionamiento de medidas legislativas dentro de plazos determinados; o, más recientemente, la pandemia de COVID-19.

Aparte de la facultad de aprobar actos y normas con fuerza de ley, ha de mencionarse la potestad de iniciativa legislativa ante la Asamblea de la República, que es compartida por los diputados y el Gobierno²⁰, así como, en el caso de las regiones autónomas, por sus Asambleas Legislativas y también por grupos de ciudadanos electores²¹.

En este contexto, es indiscutible la capacidad del Gobierno de marcar la agenda y garantizar la aprobación de gran parte de las iniciativas legislativas que presenta. Con la excepción de la legislatura II (que tuvo lugar entre 1980 y 1983), en la que la coalición de gobierno coincidía con los grupos que formaban la mayoría parlamentaria (PSD, CDS y Partido Popular Monárquico) y en la cual solo el 43 % de los proyectos de ley presentados por el Gobierno dieron lugar a leyes, en todas las demás, el porcentaje de iniciativas presentadas por el Gobierno que fueron aprobadas fue de más del 50 %, y en situaciones de Gobiernos en mayoría superó el 80 % (casos de la V, VI, X y XII legislaturas).

Aunque las iniciativas legislativas presentadas por los parlamentarios son mucho mayores en número respecto a las iniciativas gubernamentales, no lo son en términos de leyes aprobadas, especialmente en situaciones de Gobiernos en mayoría, como se ha mencionado anteriormente.

Otro factor que habría que considerar es el tiempo de aprobación de las leyes y, en general, que los proyectos de ley presentados por el Gobierno se aprueban aproximadamente en la mitad del tiempo

²⁰ El Gobierno tiene competencia exclusiva para presentar iniciativas legislativas relacionadas con el plan y presupuesto del Estado, así como propuestas para una ley de autorización legislativa. Cabe señalar a este respecto que el «Gobierno tiene un poder de iniciativa legislativa original dentro de la Asamblea de la República que abarca todas las materias sobre las que puede legislar, excepto el pequeño núcleo reservado a las Asambleas Legislativas Regionales» (Valle, 2004, p. 111).

²¹ El derecho de iniciativa legislativa de los ciudadanos se ejerce mediante la presentación de proyectos de ley firmados por al menos 20 000 electores a la Asamblea de la República.

en que se aprueban las iniciativas legislativas presentadas por los diputados. Entre los proyectos de ley cuya aprobación es más rápida, destacan los cambios fiscales o los cambios en los códigos fiscales²².

Sin embargo, como evidenciado arriba, el peso de los grupos parlamentarios y el hecho de que la coalición de gobierno coincida con la mayoría parlamentaria no son los únicos factores que condicionan la agenda parlamentaria. Ya habíamos precisado que la elección de diputados de nuevos partidos políticos o que no habían tenido representación parlamentaria hasta entonces (como la elección de un miembro del PAN en la XIII legislatura y, más recientemente, de diputados de tres nuevas fuerzas políticas, CH, IL y Libre), trajo a debate temas menos comunes hasta el momento. La ampliación de la representación, en particular en el primer caso, afectó mucho en este aspecto.

Los ciudadanos también han logrado incluir determinados temas en el orden del día mediante la presentación de peticiones o iniciativas legislativas, como la muerte médicamente asistida²³, que condujo a la creación de un grupo de trabajo para debatir y escuchar a expertos en la materia, y posteriormente a la presentación de iniciativas al respecto por diversos grupos parlamentarios²⁴. Más recientemente, una petición sobre luto parental, lanzada por la Asociación Acreditar (Creer)-Asociación de Padres y Amigos de Niños con Cáncer, cuyo objetivo era ampliar de 5 a 20 días el período de duelo en caso de pérdida de un hijo, antes de ser presentada a la Asamblea de la República, dio lugar a la presentación de diversas iniciativas por parte de los grupos parlamentarios y a la aprobación de una ley casi por unanimidad; o el caso de una petición que tuvo el efecto de modificar las normas de procreación médicamente asistida, para ser permitida después de la muerte del donante, en casos de proyectos parentales expresamente consentidos. Estos cambios fueron resultado de iniciativas individuales o colectivas fuera de la Asamblea, pero se

²² En Ficha Información-Tiempo medio de aprobación de las leyes de la Asamblea de la República, División de Información Legislativa y Parlamentaria, actualizada en abril de 2022.

²³ Petición del movimiento cívico Derecho a Morir con Dignidad, que reunió 8428 firmas.

²⁴ La última versión fue vetada por el presidente de la República y el mensaje fue leído en la sesión plenaria del 9.12.2021.

centraron en situaciones que rápidamente generaron consenso en la opinión pública y en los medios de comunicación, encontrando una inmediata recepción parlamentaria y dando lugar, finalmente, a leyes.

El análisis de la producción legislativa, únicamente desde el punto de vista aritmético, nos llevaría a concluir que la Asamblea de la República tiene poco peso a nivel cuantitativo o hasta incluso a cuestionar su relevancia en el ámbito legislativo, ya que el número de leyes publicadas al año es muy inferior al de decretos-leyes publicados en el mismo período (Vargas y Lopes Costa, 2008). De hecho, la comparación entre el número de leyes y decretos-leyes publicados entre 2000 y 2020²⁵ muestra que, solo en siete años, las leyes fueron más de la mitad de los decretos-leyes, y cinco de estos años son posteriores a 2015. Este cambio es el resultado de una reducción del número de textos aprobados por el Gobierno en un intento de racionalizar la producción legislativa²⁶. A pesar de las cifras, la importancia de la Asamblea de la República en materia legislativa es incuestionable, dado que los poderes del Gobierno y de las Asambleas Legislativas regionales se definen excluyendo los poderes legislativos parlamentarios, con la excepción de la adopción de leyes relativas a la organización y funcionamiento de la propia institución, y las de desarrollo de los principios o las bases generales de los regímenes jurídicos contenidos en leyes que a ellos se circunscriban²⁷.

IV. AUTORIZACIONES LEGISLATIVAS

Los poderes legislativos de la Asamblea de la República se reforzaron en sucesivas revisiones de la Constitución y, ya en la

²⁵ Datos del Observatorio de la Legislación Portuguesa.

²⁶ Entre otras medidas adoptadas por el Gobierno, el programa SIMPLEGIS del 18.º Gobierno constitucional y ejecutado entre mayo de 2010 y junio de 2011, que asumió un objetivo inicial de simplificación legislativa con un principio de moderación en la actividad legislativa del Gobierno (Ettner y Tiago Silveira, 2014).

²⁷ «La creciente tecnificación de la legislación y el uso continuado por parte del Gobierno de su poder normativo (aunque reducido en contenido normativo, pero numeroso en cuanto a la cantidad de actos), a diferencia del poder de la Asamblea de la República de legislar de manera orgánica –por naturaleza menos volátil a las variaciones coyunturales y más exigente en términos de obtención de acuerdos en un órgano con voluntad plural–, son factores que pueden justificar la diferencia registrada» (Lopes Costa y Monte Cid, 2019).

primera, aprobada en 1982, dentro de la reserva de competencia legislativa de la Asamblea, se introdujo la distinción entre la reserva absoluta, cuyas materias no pueden en ningún caso ser objeto de autorización legislativa en favor del Gobierno, y la relativa, en la que las materias incluidas en misma pueden estar sujetas a autorización legislativa.

La autorización legislativa ya estaba prevista en la Constitución de 1933 y existe en otros ordenamientos jurídicos, como los de España, Francia e Italia. En Portugal, el Gobierno presenta una propuesta de ley de autorización legislativa cuando quiere legislar sobre asuntos incluidos en la reserva parlamentaria relativa, dado que en este caso la competencia de iniciativa del Ejecutivo es exclusiva²⁸. Así, un núcleo de materias que el legislador constituyente ha querido reservar a la Asamblea de la República, como órgano legislativo por excelencia, puede ser delegado al Gobierno con autorización parlamentaria previa, que, sin embargo, debe definir el objeto, significado, alcance y duración de la autorización²⁹.

Las normas aplicables a la autorización legislativa también han cambiado significativamente. La versión original de la Constitución disponía que el Parlamento podía autorizar al Gobierno a dictar decretos-leyes sobre asuntos de su competencia exclusiva, debiendo definir el objeto y la extensión de la autorización, así como su duración, que podría prorrogarse. La revisión constitucional adoptada en 1982 limita las autorizaciones legislativas a las materias incluidas en la reserva relativa, como se ha mencionado anteriormente, exigiendo la definición no solo del objeto, el alcance y la duración, sino también del significado³⁰. En la revisión constitucional de 1989 se añadió una

²⁸ Esta competencia se regula en el artículo 172 del Reglamento interno de la Asamblea de la República.

²⁹ «[...] si las autorizaciones legislativas no quieren limitarse a cheques en blanco, es necesario especificar el objeto de la autorización, y no simplemente indicar de manera vaga, genérica y fluctuante [...] los asuntos que serán objeto de decretos-leyes delegados (principio de especialidad de las autorizaciones legislativas). Como se establece en la ley de los Estados Unidos, la ley de autorización debe contener los principios básicos de la política (*basic policy standards*) y no solo normas vagas (*great standards*)» (Gomes Canotilho, 1998, p. 672).

³⁰ Como se destaca en la Sentencia n.º 107/88 del Tribunal Constitucional, el significado de la autorización legislativa es «esencial para determinar las líneas generales de las modificaciones que deben introducirse en un determinado asunto legislativo». El decre-

disposición en la que se establece que las autorizaciones concedidas al Gobierno en la ley de presupuestos se ajustarán a las mismas normas que las demás autorizaciones legislativas y, cuando sean relativas a cuestiones fiscales, expirarán al final del ejercicio económico al que se refieran.

El Reglamento interno de la Asamblea de la República, asimismo, aumenta los requisitos necesarios para las autorizaciones legislativas, exigiendo que las propuestas de leyes de autorización vayan acompañadas del anteproyecto del decreto-ley que vaya a autorizarse³¹ y, si se han celebrado consultas públicas sobre un anteproyecto de decreto-ley, los resultados de la consulta deben enviarse junto con el proyecto de ley.

De acuerdo con el Reglamento de la Asamblea de la República –y esta ha sido la práctica–, en las autorizaciones legislativas la iniciativa original es competencia exclusiva del Gobierno³², pero esto no es el resultado de la mencionada disposición constitucional. Téngase en cuenta que el Gobierno no está obligado a utilizar una autorización legislativa, ya que, una vez otorgada la delegación por el Parlamento, puede decidir no ejercer dicha potestad normativa.

to-ley que debe presentar el Gobierno, en la medida en que se refiere a materias que forman parte de la reserva parlamentaria, debe ajustarse al sentido de la autorización legislativa.

³¹ Esto no se deriva de la Constitución, ni de la ley, sin embargo, el Gobierno ha respetado esta exigencia reglamentaria. Cabe señalar que, aun cuando el Gobierno haga acompañar la propuesta de ley por la que se autorice un anteproyecto de decreto-ley que deba aprobarse, la verdad es que el mismo «no [queda] vinculado simplemente a reproducir el texto presentado» (Miranda, 2010, p. 343).

³² En este contexto, cabe señalar, en particular, que –según doctrina del Tribunal Constitucional ya citada– no debe considerarse constitucionalmente ilegítima la posibilidad de que la AR tome por sí misma la iniciativa de conceder al Gobierno autorizaciones legislativas; por otra parte, no podrá negarse a la Asamblea su facultad para proceder, en primera línea, a la interpretación de las normas constitucionales que delimitan el ámbito de su reserva legislativa, precisamente al efecto de juzgar sobre la necesidad (y la conveniencia) o no de la concesión de una autorización legislativa al Gobierno. Sin embargo, el acuerdo de la Asamblea no es vinculante como tal ni para los tribunales ni para el Gobierno, que, por supuesto, tiene una facultad interpretativa idéntica de la Constitución y, en particular, de sus normas relativas a su competencia legislativa. Por ello, del mismo modo que el Gobierno no está obligado a seguir solicitudes parlamentarias o «requerimientos» de legislación, tampoco está obligado a utilizar una autorización legislativa que considere innecesaria y a observar [en un decreto-ley promulgado en virtud del artículo 201, apartado 1, letra a), de la Constitución] los límites establecidos por la Constitución (Sentencia 461/87, de 15 de enero).

Hasta la VII legislatura, el porcentaje de proyectos de ley para delegaciones legislativas sobre el número total de proyectos de ley era superior al 30 %, y en las legislaturas I, III, V y VI superó el 40 %, lo que contribuyó a la percepción que había (y hay) de la baja importancia del Parlamento en el ejercicio de los poderes legislativos (Leston Bandeira, 2002, p. 119).

Cabe destacar también que en la V y VI legislaturas se registraron mayorías absolutas monocolor, ambas del PSD. El porcentaje de autorizaciones legislativas relativas a las propuestas de ley cayó a menos de la mitad en las legislaturas siguientes, con mayorías relativas del PS, aumentando de nuevo en la IX legislatura, en que volvió a haber un Gobierno mayoritario, compuesto por el PSD y el CDS-PP. En la X legislatura, el PS tuvo mayoría absoluta, pero el número de autorizaciones legislativas y el porcentaje en relación con las propuestas de ley disminuyó drásticamente, al igual que en la XII legislatura, en que el Gobierno se encontraba sostenido por una mayoría parlamentaria, esta vez del PSD y el CDS-PP.

Legislatura	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X	XI	XII	XIII
Porcentaje de autorizaciones legislativas para proyectos de ley	41	35	42	30	44	47	21	18	31	15	6	5	10

Si bien es incuestionable que el Parlamento adquiere mayor centralidad en la situación de Gobiernos minoritarios, con una reducción en el número de autorizaciones legislativas concedidas al Ejecutivo, en la situación inversa, de partidos en el Gobierno que coinciden con mayorías parlamentarias, el número de autorizaciones legislativas no aumenta automáticamente. En una situación de Gobierno con apoyo parlamentario mayoritario, se podría concluir que una autorización legislativa no es necesaria, ya que el Gobierno logrará más fácilmente la aprobación de una propuesta de ley que someta a la Asamblea de la República, prescindiendo así de la tramitación de la misma norma en dos actos separados: ley de autorización y decreto-ley autorizado. Pero no es indiferente –en cuanto al resultado final– que un texto sea aprobado por la Asamblea de la República o por el Gobierno con su autorización, incluso cuando la

autorización sea muy detallada³³. El proceso legislativo parlamentario es transparente y puede ser seguido por los ciudadanos que, en directo o en diferido, pueden conocer el *iter cognoscitivo*, a través de la lectura de los informes y opiniones, internos o resultantes del proceso de consulta y escucha de las principales partes interesadas, así como del debate celebrado en el Pleno y en las comisiones parlamentarias correspondientes. Incluso si el proyecto de ley sobre la autorización legislativa es objeto de debate parlamentario, este es menor y más rápido que el debate sobre las demás iniciativas que regulan la materia en cuestión.

Conviene hacer una alusión especial a las autorizaciones legislativas en el marco de los presupuestos del Estado, que, como se ha mencionado anteriormente, tienen alcance constitucional desde la reforma de 1989. En la última década, el número de delegaciones contenidas en las leyes de presupuestos del Estado ha oscilado entre un mínimo de tres (2012, 2015 y 2017) y un máximo de dieciséis (2016), no exclusivamente en materia fiscal. Una de las cuestiones que se ha planteado, teniendo en cuenta la disposición del Reglamento de la Asamblea que determina que la iniciativa original de las autorizaciones legislativas es competencia exclusiva del Gobierno, es si los diputados pueden presentar propuestas de modificación de las propuestas de autorización legislativa presentadas por el Gobierno, ya sea de forma autónoma o incluidas en el proyecto de ley de presupuestos del Estado. A esta cuestión, la Comisión de Asuntos Constitucionales, Derechos, Libertades y Garantías, en una opinión deliberada en 2018, respondió afirmativamente, considerando que no existe ninguna disposición constitucional o reglamentaria que limite el poder de los diputados para presentar propuestas de enmiendas a

³³ Véase la evaluación realizada por la profesora Teresa Belez sobre el Código Penal aún vigente: «Pero está claro que la discusión parlamentaria fue extrañamente limitada y circunscrita y el consenso curiosamente casi unánime –si bien recuerdo, se discutió prácticamente la cuestión de la interrupción del embarazo y la posibilidad de criminalizar el impago de los salarios a los trabajadores–. En cuanto a las cuestiones fundamentales, la llamada “filosofía penal”, especialmente la cuestión crucial de los llamados “fines de las penas”, como es costumbre nada dijeron. O más bien, todos dijeron: toda la Asamblea consideró que el proyecto que se debatió –hay que recordar que era una solicitud de autorización legislativa del Gobierno– era técnicamente excelente y todo (o casi todo) estaba muy bien».

las iniciativas legislativas gubernamentales (Bernardo y Cipriano, 2019). En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional portugués ha dictaminado recientemente³⁴ que, en

lo que respecta al proyecto de Ley de Presupuestos del Estado que el Gobierno presenta anualmente a la Asamblea de la República, los diputados y los grupos parlamentarios no están limitados por la regla del freno (que se refiere únicamente al presupuesto que se está ejecutando) pudiendo libremente, a la luz del principio de representación democrática que desde hace tiempo es un principio rector en materia fiscal y de crédito, no solo rechazar total o parcialmente la iniciativa del Gobierno, sino también modificar profundamente su propuesta de ley, añadiendo, aumentando o reduciendo los ingresos y gastos consignados en ella, incluso si ello implica su desnaturalización.

Como refiere Nazaré Costa Cabral³⁵, al aprobar los presupuestos del Estado, el sistema portugués vigente incluye una «posibilidad casi ilimitada de modificar el marco presupuestario», lo que conlleva riesgos de aprobación de alteraciones legislativas «insuficientemente cuantificadas» y mal justificadas, con pérdidas en la calidad legislativa del texto final de la ley de presupuestos del Estado.

V. EVALUACIONES PARLAMENTARIAS DE LOS DECRETOS-LEYES³⁶

La Constitución portuguesa estableció un sistema de gobierno semipresidencial que tiene, como característica específica, una doble responsabilidad del Gobierno con respecto al presidente de la República y al Parlamento. La posibilidad de que la Asamblea de la República plantee el escrutinio parlamentario de los decretos-leyes del Gobierno³⁷, con el fin de suspender su aplicación o modificarlos,

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 545/2021.

³⁵ Presidente del Consejo de Hacienda Pública y autor de *A 'lei-travão' e o direito de emenda parlamentar no domínio orçamental: relações entre estas duas matérias* (2020).

³⁶ La remisión ha de hacerse a las consideraciones o evaluaciones parlamentarias de los actos legislativos configuradas en Constitución en el artículo 169.

³⁷ Se considera relevante subrayar aquí que en Portugal es típico el uso de expresiones como «decretos del Gobierno», en contraposición con los «decretos de la Asamblea», dado que en virtud del artículo 159 del Reglamento se denominan «decretos» todos los textos

es un importante poder de supervisión del Parlamento, que en última instancia limita significativamente la capacidad legislativa del Poder Ejecutivo y que se basa en la idea de la supremacía legislativa del Parlamento.

De conformidad con el artículo 162 de la Constitución, el Parlamento puede solicitar la evaluación de todos los decretos-leyes, excepto los dictados en el ejercicio de la competencia legislativa exclusiva del Gobierno, es decir, aquellos que afecten a la organización y funcionamiento del propio Gobierno.

Dicha instancia se formaliza mediante una solicitud presentada por un mínimo de diez diputados, dentro de los 30 días siguientes a la publicación del decreto-ley, descontando los plazos de suspensión del funcionamiento de la Asamblea de la República. De la evaluación del decreto-ley puede resultar la terminación de vigencia de ese acto legislativo –lo que implica que el Parlamento analice si la disposición derogada por ese decreto-ley cuya vigencia había cesado debe ser restablecida, a fin de evitar que se cree un vacío jurídico– o su modificación, mediante la publicación de una ley en sentido diferente.

Teniendo en cuenta un decreto-ley aprobado en virtud de una autorización legislativa concedida al Gobierno por el Parlamento, si las enmiendas son presentadas por diputados o grupos parlamentarios, la Asamblea podrá suspender, total o parcialmente, la validez del decreto-ley hasta la publicación de la ley que lo modifique o hasta que se rechacen todas las enmiendas propuestas. Sin embargo, como es natural, esta suspensión también tiene un plazo límite y caduca pasadas diez sesiones plenarias sin que el Parlamento haya emitido su dictamen.

No obstante, si se aprueba el cese de vigencia del decreto-ley, este dejará de estar en vigor cuando se publique en el diario oficial la resolución que determina el fin de sus efectos jurídicos y el Gobierno no podrá publicar el mismo decreto-ley durante el período de sesiones en curso, lo que constituye una importante limitación al poder legislativo del Ejecutivo. En caso de que la Asamblea no se haya pronunciado o de que, tras haber decidido introducir modificaciones,

legislativos (proyectos y proposiciones de ley) aprobados por el Parlamento que tienen que ser enviados al presidente de la República para su promulgación.

no haya votado sobre la ley a lo largo del período de sesiones en curso, y siempre que hayan transcurrido quince reuniones plenarias, se considerará que el procedimiento ha caducado.

Es interesante observar cómo, si el examen parlamentario conduce a la aprobación de una ley por la que se modifica un decreto-ley, el proceso legislativo, aunque con las especialidades resultantes de la función de control parlamentaria, reproduce las diversas etapas del *iter legis*, incluida la promulgación. Ahora bien, no ocurre lo mismo si la Asamblea de la República se limita a poner fin a su validez. En ese caso, aunque se refiere a un decreto-ley promulgado por el presidente de la República, este ya no tiene ninguna intervención en el procedimiento.

El mecanismo de revisión parlamentaria de los decretos-leyes es particularmente relevante en el caso de los Gobiernos minoritarios, ya que en última instancia puede permitir al Parlamento, en el ejercicio de un poder legislativo y de supervisión, condicionar las políticas gubernamentales. Cuando el Gobierno no tiene mayoría en el Parlamento, como ocurrió por ejemplo entre 2015 y 2021 (xiii y xiv legislaturas), este instrumento puede condicionar la acción gubernamental, a través de coaliciones negativas, en las que toda la oposición o parte de ella se une para enmendar los actos legislativos del Ejecutivo.

La siguiente tabla muestra el número de evaluaciones parlamentarias presentadas por legislatura en los últimos 46 años. El análisis de los datos revela que se trata de un instrumento que ha sido utilizado repetida y sistemáticamente por la Asamblea de la República, y las legislaturas en las que se presenta un número menor de evaluaciones parlamentarias corresponden, por regla general, a mandatos ejecutivos que no llegaron a su fin y en los que, por lo tanto, se interrumpe la supervisión. A lo largo de estos años de democracia parlamentaria, solo cinco Gobiernos han completado sus mandatos³⁸.

³⁸ Los Gobiernos que completaron sus mandatos fueron los de los primeros ministros Cavaco Silva (1987-1991), António Guterres (1995-1999), José Sócrates (2005-2009), Pedro Passos Coelho (2011-2015) y António Costa (2015-2019).

Evaluaciones parlamentarias (EP) de los decretos-leyes					
Legislatura	Entradas de EP	EP rechazadas	Retiradas	Caducadas/ sin progreso	Aprobadas/ finalizadas
I	334	0	136	121	77
II	240	0	0	218	22
III	174	0	0	165	9
IV	160	0	0	118	42
V	191	22	0	162	7
VI	152	0	5	126	21
VII	113	1	1	69	42
VIII	58	0	1	45	12
IX	84	1	0	79	4
X	126	1	1	116	8
XI	100	1	1	77	21
XII	150	13	1	131	5
XIII	147	4	0	117	26
XIV	53	1	0	30	22
Total	2082	44	146	1574	318

Fuente: División de Información Legislativa y Parlamentaria (DILP), febrero 2022.

El mayor número de revisiones parlamentarias se presentó en la I legislatura (334), pero los respectivos proponentes finalmente desistieron de casi la mitad de estas evaluaciones, lo que puede explicarse por el hecho de que se estaban dando los primeros pasos en el régimen democrático y el uso de herramientas de control era todavía incipiente. Por otra parte, el análisis de algunas de las consideraciones parlamentarias de los actos legislativos aprobadas durante ese período³⁹ demuestra que el Parlamento comprendió rápidamente la pertinencia del instrumento en materia de competencia legislativa

³⁹ Como fue el caso del Decreto-ley n.º 701-B/76, de 29/9, por el que se establecía el régimen electoral para la elección de los órganos de las autoridades locales, o la adopción de la Ley n.º 4/77, de 29/1, que modificó, tras una revisión parlamentaria, el Decreto-ley n.º 781-A/76, de 28/10, por el que se establecía la gestión democrática de las instituciones de enseñanza superior.

compartida y que todos los grupos parlamentarios de la oposición hicieron uso de este instituto.

Por el contrario, aunque el menor número de revisiones parlamentarias de los decretos-leyes se presentó en la última legislatura (53), ninguna de esas evaluaciones se retiró y se aprobaron 22, lo que terminó suponiendo la mayor tasa de aprobación de todas las legislaturas. Por otra parte, fue una legislatura finalizada con antelación, por la disolución de la Asamblea de la República, siendo probable que el número de evaluaciones parlamentarias hubiera aumentado significativamente si la legislatura hubiera llegado a su fin, en particular, como consecuencia de una mayor fragmentación parlamentaria (que, además de un aumento en la presentación de iniciativas legislativas, ocasiona un aumento en el uso de los instrumentos de control).

También es relevante considerar que, en la XIV legislatura, el Gobierno no era apoyado por una mayoría absoluta, por lo que la oposición pudo aprobar, en algunos casos a través de coaliciones negativas, enmiendas muy significativas a los decretos-leyes ejecutivos que, en la práctica, si se incorporaban al texto, suponían cambios en el ámbito de las políticas públicas. Un ejemplo concreto es la aprobación por la Asamblea de la Ley n.º 10/2022, de 12 de enero, que modificó el Decreto-ley n.º 30/2021, de 7 de mayo, que regulaba la Ley n.º 54/2015, de 22 de junio, en lo que respecta a los yacimientos minerales. De hecho, esta reforma de la ley mencionada supuso un cambio de paradigma en la adjudicación de licencias de nuevas concesiones mineras, constituyendo un gran desafío para el Gobierno. Así, se espera que un nuevo Gobierno, esta vez con mayoría absoluta, después de las elecciones del 30 de enero de 2022, vuelva a reformar esa ley, sin que esta vez una mayoría parlamentaria diferente a la que apoya al Gobierno pueda modificar el sentido de la misma a través del mecanismo de consideración parlamentaria. Esto es una clara muestra de la influencia de la representatividad de los grupos parlamentarios en el procedimiento legislativo.

El siguiente gráfico analiza la tasa de aprobación de las revisiones parlamentarias de los decretos-leyes por legislatura, mostrando que, incluso en las legislaturas en las que hay una mayoría absoluta del grupo que apoya al Gobierno, existen casos en los que la oposi-

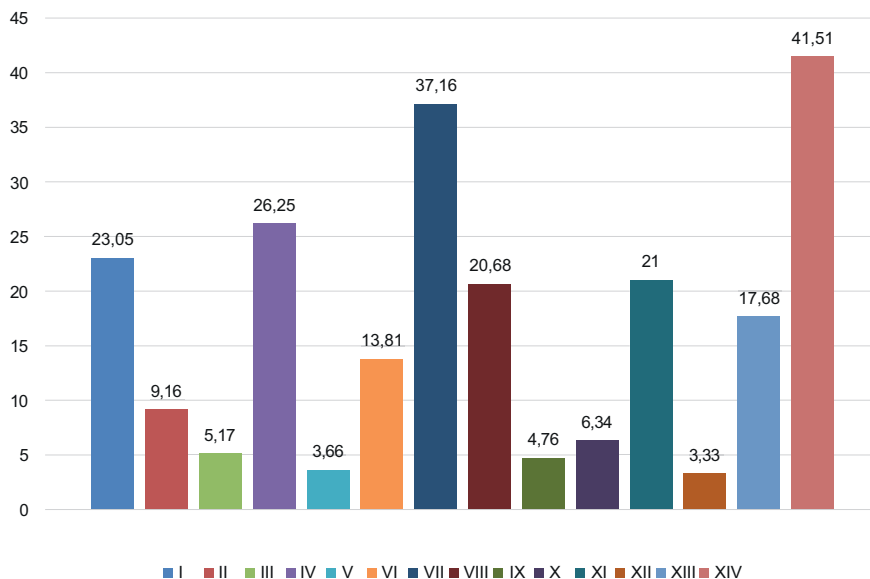
ción, incluso en minoría, puede aprobar, mediante las evaluaciones parlamentarias aquí descritas, enmiendas a los decretos-leyes.

Un caso muy mediático tuvo lugar en 2014: una revisión parlamentaria de un decreto-ley gubernamental⁴⁰ sobre los estatutos de las instituciones particulares de solidaridad social dio lugar a una modificación de la ley actual, y las enmiendas fueron aprobadas por todos los grupos (con el BE absteniéndose), incluidos los que apoyaban al Gobierno.

Es menester recordar que las evaluaciones parlamentarias también pueden ser respaldadas por diputados del grupo parlamentario que apoya al Gobierno, sobre todo porque este respaldo puede resultar de la necesidad real de corregir determinadas normas o de un desacuerdo. Este, por ejemplo, podría estar relacionado con la defensa de los intereses locales: los elegidos por una circunscripción determinada podrían primar lo que consideran los intereses de esos votantes por encima de las orientaciones partidistas. En este aspecto, las evaluaciones parlamentarias de los decretos-leyes también pueden entenderse como una herramienta para valorar el mandato individual.

⁴⁰ Era un Gobierno de coalición con el PSD y el CDS.

Tasa de aprobación de las evaluaciones parlamentarias de los decretos-leyes por legislatura



Fuente: División de Información Legislativa y Parlamentaria (DILP), febrero 2022.

Del análisis del gráfico se desprende que, después de la XIV legislatura, la mayor tasa de aprobación de evaluaciones parlamentarias de los decretos-leyes se alcanzó en la VII legislatura (1995-1999), período en el que estaba también entonces en el Gobierno el PS, sin una mayoría absoluta en el Parlamento (tenía 112 diputados de 230), lo que permitió a la oposición unirse para aprobar leyes con enmiendas a los decretos-leyes del Ejecutivo.

En cualquier caso, la XIV legislatura, además de tener la tasa más alta de aprobación de evaluaciones parlamentarias, también destacó por el hecho de que el primer ministro pidió al Tribunal Constitucional que declarara la inconstitucionalidad, con fuerza obligatoria general, de las normas contenidas en una ley aprobada por la Asamblea de la República, tras la aprobación de una revisión parlamentaria. Se trata de la Ley n.º 16/2021, de 7 de abril, por la que se modifica el Decreto-ley n.º 8-B/2021, de 22 de enero, en la que se establecía un conjunto de medidas de apoyo en el marco de la suspensión de las actividades lectivas y no lectivas presenciales,

incluida en el conjunto de medidas excepcionales y temporales de carácter social y adoptadas en el marco de la lucha contra la pandemia de COVID-19. El Gobierno consideró que las nuevas normas entrañaban gastos públicos adicionales que no estaban presupuestados y que, por lo tanto, violaban la norma constitucional de la llamada «ley freno»⁴¹ y la reserva de administración del Gobierno, mediante leyes de iniciativa parlamentaria que creaban un aumento del gasto público. Adicionalmente, argumentó que las normas adoptadas también violaban el principio constitucional de igualdad al introducir diferencias en las medidas extraordinarias de apoyo a los trabajadores dependientes y a los diversos tipos de trabajadores independientes. Asimismo, aducía la posibilidad de que implicara la modificación de otras normas ya consolidadas en el ordenamiento jurídico.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia n.º 545/2021⁴², dio parcialmente la razón al Gobierno al considerar que la ley de presupuestos del Estado es una ley de mayor valor, por lo que declaró la inconstitucionalidad de algunos de los nuevos gastos, pero tuvo cuidado de limitar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad con el fin de proteger las situaciones específicas que se habían constituido a la sombra de las normas derogadas del ordenamiento jurídico. En este sentido, el Tribunal estimó que la declaración de inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general solo tendría efecto a partir de la fecha de su publicación, es decir, no obligando a los beneficiarios de las ayudas ya recibidas a reembolsar, total o parcialmente, los importes percibidos que, «en un contexto de fragilidad económica, estaban destinados a satisfacer necesidades urgentes».

El hecho de que el Gobierno haya sentido la necesidad de recurrir al Tribunal Constitucional es ilustrativo de la importancia que han asumido las consideraciones parlamentarias de decretos-leyes y de los riesgos que entrañan en términos de calidad del proceso legislativo. Estos riesgos están, como hemos visto, equilibrados por el sistema de frenos y contrapesos existente en el ordenamiento portugués.

⁴¹ Esta impide que los diputados aprueben leyes que reduzcan los ingresos o aumenten los gastos en el año económico en curso.

⁴² <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210545.html.html>

VI. CONCLUSIÓN

Es muy común que la Ley Fundamental de cada país consagre al Parlamento como el órgano constitucional que tiene la primacía en la función legislativa y la Constitución portuguesa no es una excepción, ya sea porque considera a la Asamblea de la República como el principal órgano legislativo, reservándole el poder de aprobar las leyes fundamentales en materia política, ya sea determinando una competencia residual del Ejecutivo.

Sin embargo, en la práctica, cualquiera que sea el Parlamento e independientemente de si es un sistema político semipresidencial, como el portugués, o parlamentario, como el español, su relevancia legislativa siempre estará condicionada por la práctica política, las relaciones interinstitucionales e incluso por la posible autolimitación que pueda resultar de los acuerdos partidistas de gobierno.

En el caso de la Asamblea de la República, la aparente supremacía legislativa es, desde luego, desmentida por el análisis de la producción legislativa del Parlamento y del Gobierno. De hecho, una comparación entre el número de actos legislativos del Parlamento (leyes) y de actos y normas con fuerza de ley del Gobierno (decretos-leyes) publicados entre 2000 y 2020 muestra que, incluso en los años en que la Asamblea de la República más legisló, el número de leyes publicadas era poco más de la mitad del número de decretos-leyes. Y, de no ser por el hecho de que, en los últimos años, el Gobierno portugués ha realizado un esfuerzo significativo para aprobar menos textos, como parte de una política de simplificación legislativa, esa diferencia numérica sería aún mayor.

Por otra parte, incluso entre las leyes aprobadas por la Asamblea de la República, la gran mayoría es el resultado de iniciativas presentadas por el Gobierno en virtud del art. 197 de la Constitución y no de proyectos de ley de los diputados o grupos parlamentarios *ex arts.* 156 y 180 de la Constitución. De acuerdo con el análisis hecho, el porcentaje de leyes que resultaron de propuestas de ley del Gobierno fue superior al 50 %, mientras que en las legislaturas en que el Gobierno tuvo mayoría en el Parlamento ese porcentaje superó el 80 %.

Además, el Gobierno es capaz de controlar la agenda legislativa del Parlamento, como se observa en el dato de que el tiempo

de aprobación de las propuestas de ley presentadas por el Gobierno es de aproximadamente la mitad del tiempo en que se aprueban las iniciativas legislativas presentadas por los diputados. Sin embargo, la demostración de que el Gobierno es capaz de aprobar más actos o normas con rango de ley, o de que realmente influye en la agenda parlamentaria, no es suficiente en sí para concluir que el Parlamento tiene menos relevancia legislativa.

El análisis que hemos realizado también tiene necesariamente en cuenta elementos cualitativos y variables institucionales, que condicionan la producción legislativa y que apuntan en una dirección diferente.

En términos cualitativos, es importante considerar que las materias que son objeto de las leyes de la Asamblea de la República son la organización y funcionamiento del sistema político, ya sea la legislación electoral, la adquisición de la nacionalidad portuguesa, las elecciones y el estatuto de los titulares de los órganos soberanos, partidos políticos, el presupuesto del Estado o el régimen del sistema de información de la República, por citar solo algunos ejemplos.

Por otro lado, es sobre todo el Parlamento el que ha estado legislando sobre asuntos innovadores y altamente complejos, que, como hemos demostrado, tienen una conexión directa con el sistema de partidos y con la correspondiente representación parlamentaria. Aunque solo dos partidos políticos han logrado ganar elecciones en los 48 años de democracia portuguesa, la estabilidad de la representación de los partidos en la Asamblea de la República, que durante muchos años había sido característica del Parlamento portugués, ha dejado de ser una realidad. No solo ha aumentado el número de partidos con representación parlamentaria, sino que han sufrido cambios estructurales, trayendo a la arena parlamentaria temas nuevos que primero aparecen como propios de un determinado partido, pero que, en función del eventual éxito mediático, pueden acabar formando parte de la agenda de las diversas áreas políticas. De hecho, algunos de esos temas ni siquiera son posibles de ubicar en un determinado espacio ideológico, pudiendo ser transversales a partidos de izquierda o de derecha o incluso a partidos que no se encuadran en esta dicotomía. Esta realidad no es exclusiva del Parlamento portugués y ha dado lugar a formas innovadoras de organización parlamentaria. En algunos

Parlamentos, además de los grupos parlamentarios, se han creado otras vías institucionales para acomodar esta identidad legislativa entre diferentes partidos. Por ejemplo, los diputados brasileños han creado bancos temáticos, que son agrupaciones de parlamentarios procedentes de diferentes grupos que abogan por medidas legislativas (el banco ruralista, el banco ambientalista, el banco de agronegocios). En el Reino Unido existe la figura de los All-Party Groups (que además de a parlamentarios pueden reunir a personalidades de la sociedad civil). Uno de ellos ha ganado recientemente especial notoriedad por haber rechazado una enmienda a la legislación sanitaria que pretendía legalizar la eutanasia.

Como hemos visto, en el Parlamento portugués hay una serie de cuestiones que solo entraron en la agenda legislativa a partir de 2015, inicio de la XIII legislatura, que coincidió con la ampliación del abanico de partidos representados en el Parlamento.

Otra de las variables institucionales que tiene gran relevancia en el ejercicio de la función legislativa del Parlamento es la existencia o ausencia de Gobiernos minoritarios. En este último caso, hay una reducción en el número de autorizaciones legislativas concedidas al Gobierno y menos leyes aprobadas a raíz de propuestas gubernamentales, junto con mayores oportunidades para que la oposición apruebe sus iniciativas legislativas o incluso textos de sustitución (los preparados en las comisiones parlamentarias) de las iniciativas gubernamentales. Una conclusión interesante que surgió de nuestro análisis es que, incluso con Gobiernos minoritarios (en los que estos hacen acuerdos parlamentarios para poder gobernar), las leyes sobre los instrumentos de gobernanza económica no son objeto de las coaliciones negativas protagonizadas por la oposición para aprobar medidas contrarias a la voluntad del Gobierno. En estos asuntos, las dos partes en el ámbito de la gobernanza (PS y PSD), que respetan las normas europeas sobre déficit y deuda, tienden a adoptar conjuntamente estas leyes, incluso si se oponen a otra legislación.

En situaciones de gobierno en mayoría absoluta, la oposición no reduce la presentación de iniciativas legislativas, aunque la tasa de aprobación será significativamente menor y el Ejecutivo, o la mayoría parlamentaria que lo apoya, podrá aprobar sus iniciativas sin dificultad.

Por último, los propios instrumentos de supervisión política parlamentaria pueden condicionar la relación entre el Parlamento y el Gobierno y, en consecuencia, el ejercicio de las respectivas competencias legislativas. El caso de las evaluaciones parlamentarias de los decretos-leyes, que hemos analizado en detalle, es paradigmático. El Parlamento puede suspender la aplicación o modificar los decretos-leyes del Poder Ejecutivo, apoderándose, incluso, de la potestad de modificar las políticas públicas. Este instrumento se ha utilizado regularmente, ya sea en situaciones de mayoría absoluta o con Gobiernos minoritarios, y tiene una tasa de aprobación muy razonable, incluso en este último caso. Esto da argumentos adicionales a la preponderancia de la Asamblea de la República en términos legislativos.

En conclusión, la forma de convivencia entre los dos órganos soberanos, consideradas las variables institucionales, como el sistema de partidos y la representación parlamentaria, junto con el uso de los instrumentos de responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento, condicionan el uso práctico del poder legislativo, pero parece incuestionable que, aun cuando el Parlamento reduzca su centralidad legislativa en situaciones de Gobiernos con mayoría absoluta (casos poco frecuentes), la Asamblea de la República continúa siendo considerada, por las razones invocadas, el principal órgano legislativo.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR, J. *et al.* (1988). Sobre a democracia em Portugal: eleições, parlamento, partidos. *Análise Social*, 24 (100), pp. 59-161.
- ARANDA ÁLVAREZ, E. (2017). Parlamento abierto: una visión desde los principios de funcionamiento de las Cámaras Parlamentarias. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111, pp. 13-43.
- BERNARDO, A. P. y CIPRIANO, V. (2019). *O Orçamento do Estado - Como funciona o Parlamento*. Assembleia da República.
- BRAGA DA CRUZ, M. (1988). Sobre o parlamento português : partidarização parlamentar e parlamentarização partidária. *Análise Social*, xxiv (100), 1.º.
- COSTA CABRAL, N. (2020). A ‘lei-travão’ e o direito de emenda parlamentar no domínio orçamental: relações entre estas duas matérias. *Conselho das Finanças Públicas*, 1.
- ESTEVAO FERREIRA, N. (2009). *A Câmara Corporativa no Estado Novo: Composição, Funcionamento e Influência, Doutoramento em Ciências Sociais, Especialidade em Sociologia Política*. ICS-UL.
- ETTNER, D. y TIAGO SILVEIRA, J. (2014). Programas de Better Regulation em Portugal: O Simplegis. *E-Pública, Revista Electrónica de Direito Público*.
- FILIPPE, A. (2006). *As Oposições Parlamentares em Portugal, Práticas e Intervenções (1976-2000)*. Vega.
- GOMES CANOTILHO, J. J. (1998). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina.
- GOMES CANOTILHO, J. J. y MOREIRA, V. (2007-2010). *Constituição da República Anotada, Volume II*. Coimbra Editora.
- LESTON BANDEIRA, C. (1998). Relationship between parliament and government in Portugal: an expression of the maturation of the political system. En P. NORTON (org.), *Parliaments and Governments in Western Europe* (pp. 142-166). Frank Cass.
- LESTON BANDEIRA, C. (2002). *Da Legislação à Legitimação: o Papel do Parlamento Português*. ICS-UL.
- LIJPHART, A. (1994). *Electoral Systems and Party Systems. A Study of Twenty-Seven Democracies, 1945-1990*. Oxford.
- LOPES COSTA, L. y MONTE CID, N. (2019). *O Processo Legislativo Parlamentar – Como funciona o Parlamento*. Assembleia da República.
- MIRANDA, J. (2010). *Manual de Direito Constitucional*, tomo v. Coimbra Editora.
- PASQUINO, G. (2010). *Curso de Ciência Política*. Principia.

- REBELO DE SOUSA, M. (1987). A Coabitação Política em Portugal. *Estudos de Direito Público*, 14. Cognition.
- REBELO DE SOUSA, M. (1991a). A decisão de legislar. *Revista Legislação*, 1.
- REBELO DE SOUSA, M. (1991b). O Sistema de Governo Português antes e depois da revisão constitucional. *Cognition*, 19831.
- SHUGART, M. S. y CAREY, J. M. (1992). *Presidents and Assemblies: constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge University Press.
- VALLE, J. (2004). *A Participação do Governo no Exercício da Função Legislativa*. Coimbra Editora.
- VARGAS, A. y LOPES COSTA, L. (2008). *O Processo Legislativo no Parlamento Português - O Parlamento na Prática*. Assembleia da República.

¿INVESTIDURA POR CARAMBOLA? EL ELEMENTO TERRITORIAL DE LOS SISTEMAS ELECTORALES AUTONÓMICOS Y LA DESIGNACIÓN DE PRESIDENTES

INVESTITURE BY CHANCE? THE TERRITORIAL ELEMENT OF THE REGIONAL ELECTORAL SYSTEMS AND THE NOMINATION OF PRESIDENTS

Enrique ORTEA GARCÍA
Universidad Complutense de Madrid
<https://orcid.org/0000-0003-0291-7835>

Fecha de recepción del artículo: abril 2022
Fecha de aceptación y versión final: mayo 2022

RESUMEN

El régimen jurídico de la investidura en ciertas comunidades autónomas presenta problemas singulares de legitimidad democrática que evidencian la necesidad de coordinar el Derecho parlamentario con los estudios electorales. En concreto, el análisis de las normas sobre esta materia vigentes en el País Vasco, el Principado de Asturias y Castilla-La Mancha arroja preocupantes conclusiones que invitan a replantear al menos el modelo de estas dos últimas en aras de evitar eventuales crisis políticas e institucionales. El trabajo hace un repaso de las diferencias y paralelismos que concurren en una regulación caracterizada por el principio de homogeneidad, prestando especial atención a la configuración de la circunscripción, la cual sería la causa última de las disfunciones. Así pues, se estudian los resultados de los últimos comicios desde el marco del mandato del art. 152 CE y en conexión con la elección de los presidentes autonómicos. Todo ello puede servir de llamada de atención al legislador para no subestimar la necesidad de una visión holista en la configuración de estos pilares básicos del sistema constitucional.

Palabras clave: circunscripción, Estado de las autonomías, investidura parlamentaria, legitimidad democrática, parlamentarismo negativo, sistemas electorales.

ABSTRACT

The legal regime of the investiture in certain autonomous communities presents specific problems of democratic legitimacy that show the need to coordinate Parliamentary Law with Electoral Studies. Concretely, the analysis of the current regulations on this matter in the País Vasco, the Principado de Asturias and Castilla-La Mancha reveals worrying conclusions that invite us to rethink at least the model of the latter in order to avoid eventual political and institutional crises. This work reviews the differences and parallels that concur in a regulation marked by the “principle of homogeneity”, paying special attention to the configuration of the constituency, which would be the ultimate cause of the dysfunctions. Thus, the results of the last elections are studied from the framework of the mandate of art. 152 CE and in connection with the election of regional presidents. All this can serve as a wake-up call to the legislator so as not to underestimate the need for a holistic vision in the configuration of these basic pillars of the constitutional system.

Keywords: constituency, democratic legitimacy, electoral systems, negative parliamentarism, parliamentary investiture, State of autonomies.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II. HOMOGENEIDAD Y SINGULARIDADES EN LA INVESTIDURA DE LOS PRESIDENTES AUTONÓMICOS. 1. *El procedimiento de investidura.* 2. *Las consecuencias del fracaso de la investidura.* III. CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO ESPACIAL EN LOS SISTEMAS ELECTORALES AUTONÓMICOS. 1. *Panorámica general del régimen jurídico.* 2. *Singularidades.* 2.1. *País Vasco.* 2.2. *Principado de Asturias.* 2.3 *Castilla-La Mancha.* 3. *El cumplimiento del mandato constitucional: la tensión entre proporcionalidad y territorialidad.* 3.1. *Representación proporcional.* 3.2 *Representación de las diversas zonas del territorio.* 3.3. *Recapitulación.* IV. ESCENARIOS DE INVESTIDURA Y SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS. V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La lógica democrática más elemental, que no deja de estar presente en el ciudadano medio, pasa por entender que en unas elecciones la candidatura con más sufragios debe ser la que obtenga mayor representación. De este modo, en los sistemas parlamentarios (y más allá de la incomprensión que muchas veces se da respecto de su funcionamiento), el sentido común del votante se topa con ocasiones en las que el cargo unipersonal más relevante de todos cuantos indirectamente se dirimen en unos comicios recae, como si fuera por carambola, en el líder de un partido que no solo no cuenta con la confianza de la Cámara en sentido estricto, sino que tampoco ha obtenido el mayor número de los votos.

¿El mundo al revés? No; más bien los efectos de una regulación electoral y otra parlamentaria que van por caminos distintos. Aunque esta problemática no se ha mostrado con toda su crudeza en el ámbito estatal, es un fenómeno identificable fundamentalmente en tres comunidades autónomas (el País Vasco, el Principado de Asturias y Castilla-La Mancha) y que acaba siempre por encontrarse de un modo u otro vinculado al elemento espacial del sistema: la circunscripción en su magnitud o delimitación. Tratamos a continuación de entender por qué.

El punto de partida obligado es el art. 152 de la Constitución Española (CE). Sin entrar en sus previsiones a propósito de otras cuestiones, cabe apuntar que establece las directrices fundamentales o límites dentro de los cuales puede desarrollarse el poder de autogobierno de estos entes territoriales respecto de los dos poderes clásicos sobre los cuales pivota nuestro estudio:

- el legislativo: «una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio».
- el ejecutivo:

un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativa y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo

de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquélla. El Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la Asamblea.

Por otra parte, ha de advertirse que la literalidad del primer inciso del precepto señala que lo reseñado en el mismo se refiere a «los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior», esto es, a aquellos cuya norma autonómica básica se aprobó por la conocida doctrinalmente como vía rápida (Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía). Es por ello que se planteaba la cuestión de si sus disposiciones eran vinculantes también para las que lo hicieran por el procedimiento establecido en el art. 143 CE.

En este sentido, desde un inicio «la generalidad de la doctrina se rebeló contra esta posibilidad de unas comunidades de segundo nivel descafeinadas» (Rodríguez-Zapata Pérez, 1998, p. 403). En todo caso, la realidad era que el constituyente no había estipulado determinaciones para aquellas comunidades que optaron por la vía lenta, lo cual dio lugar a interpretaciones como la de Fernández Rodríguez (*apud* Peñaranda Ramos, 2018, p. 1533) según el cual

el establecimiento de tales previsiones, que solo se fijan para las comunidades de autonomía plena, no perseguía restringir su nivel de autogobierno, sino, más bien lo contrario, esto es, precisar que solo estas comunidades tenían verdadero sentido político, en tanto que las restantes se movían en el nivel secundario de la simple descentralización administrativa.

En la práctica, los acuerdos autonómicos entre la Unión de Centro Democrático y el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) de 31 de julio de 1981 consagraron la decisión de que todas las comunidades compartiesen una estructura institucional básica, confirmando así el carácter político de su autonomía. Finalmente, el Tribunal Constitucional dio la razón a la corriente mayoritaria en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 225/1998, de 25 de noviembre (sobre el sistema electoral canario y que incluye un interesante voto particular de Cruz Villalón), configurándose como marco fundamental de la problemática que aquí se aborda el principio de homogeneidad (*Homogenitätsprinzip*).

II. HOMOGENEIDAD Y SINGULARIDADES EN LA INVESTIDURA DE LOS PRESIDENTES AUTONÓMICOS

En coherencia con el planteamiento esbozado, corresponde en primer lugar ofrecer una panorámica del régimen jurídico de la investidura de los presidentes autonómicos. Así pues, el art. 152 CE, a pesar de la importancia que en la organización territorial del Estado tiene el cargo (o precisamente por ella), reconoce un margen de actuación a las comunidades que da lugar a la configuración de una regulación no totalmente uniforme, sino plagada de particularidades. Estas pueden resumirse en torno a dos cuestiones como son el procedimiento de investidura y las consecuencias de su fracaso.

1. *El procedimiento de investidura*

Por una parte, respecto de los pasos a seguir en la actividad parlamentaria a los efectos de elegir de entre los diputados al presidente del ejecutivo, pueden distinguirse *grosso modo* dos soluciones:

- la más extendida, inspirada en la del presidente del Gobierno (art. 99 CE), en la cual solo hay una candidatura. La idea fundamental es que, de modo parejo a como ocurre en la esfera estatal con el Rey (salvando las evidentes distancias), el presidente de la Asamblea Legislativa formula una propuesta, siendo esta la que se vota en una sesión en la que los diputados pueden pronunciarse en sentido favorable o contrario, así como abstenerse. Para resultar investido será necesario obtener mayoría absoluta en la primera votación o mayoría simple en una segunda, que se celebrará bien 24 horas después (en Galicia, Aragón y Navarra) bien «a los dos días» o «48 horas» (en el resto, excepto Castilla y León, en la que se señala que corresponde fijar la fecha a «la Mesa de las Cortes, oída la Junta de Portavoces»). Más allá de estos rasgos medulares, existirán diversos niveles de concreción normativa, en concreto, a propósito de las consultas, el papel de la Mesa y los grupos parlamentarios, la necesidad de ciertos apoyos previos, los supuestos de imposibilidad de propuesta o, en fin, el término dentro del cual esta ha de formularse (acto jurídico distinto de la convocatoria de la sesión de investidura).

- la menos extendida, que permite que se presenten varios candidatos. Se da únicamente en el País Vasco y el Principado de Asturias y se caracteriza por la ausencia de propuesta del presidente de la Cámara, así como, por tanto, de consultas. La garantía de que quienes se someten al debate y votación de investidura cuentan con unos mínimos apoyos se deriva que estos sean propuestos «por los Grupos Políticos con representación parlamentaria» en el caso vasco («a través del respectivo grupo parlamentario», concreta el Reglamento) y «como tales ante la Mesa por, al menos, cinco miembros de la Cámara» en el asturiano. Se mantiene la idea general de que se otorga la confianza en primera votación si se logra el respaldo de la mayoría absoluta de la Asamblea y, si no, de la simple en una segunda celebrada a las 24 horas (País Vasco) o a las 48 (Principado de Asturias)¹. Sin embargo, deben tenerse en cuenta tres puntualizaciones:
 - si se presentan dos candidatos, en ambas comunidades los diputados votarán por llamamiento y a viva voz, manifestando el nombre de uno de ellos o su abstención².
 - en el Principado de Asturias la segunda votación únicamente se desarrollará entre los dos candidatos más votados, mientras que en el País Vasco concurrirán a ella todos los que se hubieran sometido a la primera salvo que hubiera habido un

¹ Bastida Freijedo (2001, pp. 55-56) distinguía entre el modelo de investidura, en el que el objeto es el otorgamiento expreso de la confianza del Parlamento a un candidato, y el de elección, en el que se elegía simplemente quién de los candidatos debía ser Presidente. Ello le permitía entender que en todas las comunidades se prevé el primero para la fase inicial (mayoría absoluta) y que el segundo se daría en la siguiente solamente en algunas (hoy, en el País Vasco y el Principado de Asturias).

² Debe señalarse que, para el caso de que hubiera un solo candidato, mientras que en la Junta General del Principado se ha mantenido siempre este sistema, en el Parlamento Vasco se procedía (de acuerdo con la *Resolución General de la Presidencia relativa a la votación de investidura del Lehendakari* de 30 de abril de 2009) conforme a las previsiones para la votación por llamamiento nominal del art. 95.2 del Reglamento de la Asamblea Legislativa autonómica y, en consecuencia, se podía dar un voto positivo, negativo o de abstención. Esta situación cambió con la unificación del régimen jurídico de investidura operada por la *Resolución General de la Presidencia relativa al procedimiento de votación de designación de Lehendakari* de 30 de noviembre de 2012, si bien desde entonces dicho supuesto aún no se ha dado en la práctica.

empate entre las dos con más apoyos, procediéndose entonces del mismo modo que en la Junta General.

- el hecho de que no pueda formularse un voto negativo y que en segunda votación no se requiere la mayoría absoluta facilita enormemente la elección de Presidente. Sin embargo, la configuración no ha estado exenta de críticas, reseñando Arce Janáriz (2021, p. 98) que

impide verificar el requisito estatutario y, de hecho, permite sortearlo: si el candidato es único, basta con que el nombre del candidato sea dicho por un solo Diputado para que salga elegido Presidente y, si hubiera varios candidatos, saldrá elegido aquel cuyo nombre sea dicho por más Diputados que el de los demás, con independencia de que el número de Diputados que pronuncien su nombre sea exiguo o amplio; es decir, se sustituye a la mayoría simple del EA por una mayoría relativa.

2. Las consecuencias del fracaso de la investidura

Por otra parte, ya Loewenstein (1965, p. 338) reseñaba que la elección no debería «ocasionar el establecimiento de unos detentadores del poder que, posteriormente, se sujetarían y paralizarían entre sí de forma insoluble». Así pues, el legislador se ve abocado a prever qué ocurre cuando en un concreto plazo de tiempo no se produzca la investidura. De este modo, más allá de que se establezca la posibilidad de plantear sucesivas propuestas o votaciones en el supuesto de que la primera fracase (o lo hagan las siguientes), cabe advertir que las soluciones arbitradas en las diferentes comunidades autónomas respecto de este extremo también serán dispares:

- la disolución de la Asamblea Legislativa y la convocatoria de nuevas elecciones (de forma análoga al art. 99.5 CE): se establecen diferentes plazos cuyo transcurso en dicha situación de *impasse* obligaría a «volver a la casilla de salida», concurriendo tres cuestiones problemáticas:
- la determinación del *dies a quo*, dándose opciones diferentes: el de la celebración de elecciones (Navarra), el de la constitución de la Asamblea (Principado de Asturias, Aragón), el de

- la convocatoria del Parlamento para efectuar la votación (País Vasco) o el de la primera votación de investidura (Cataluña, Andalucía, Cantabria, La Rioja, Murcia, Comunidad Valenciana, Canarias, Extremadura, Illes Balears, Comunidad de Madrid, Castilla y León y Galicia).
- la imposibilidad de disolver en determinadas circunstancias, fundamentalmente «cuando el plazo de dos meses concluya el último año de la legislatura» (Cantabria³).
 - la clarificación de la duración del mandato de la nueva Asamblea, que se incluye explícitamente en los Estatutos de algunas autonomías en dos sentidos: «hasta el término natural de la legislatura originaria» (Principado de Asturias, La Rioja, Murcia y Comunidad de Madrid; por Reglamento parlamentario, Extremadura) y «tendrá un mandato completo por un período de cuatro años» (Navarra).
- la automática designación del candidato del partido que tenga un mayor número de escaños cuando, tras dos meses de trámite de propuestas de investidura, no se haya aprobado ninguna. Este sistema únicamente operaría en el caso de Castilla-La Mancha y se encuentra recogido en el Estatuto desde su redacción original, erigiéndose como un caso de lo que ha venido en denominarse por la doctrina *parlamentarismo racionalizado*, no siendo posible decir en estos casos que el Gobierno goza de la confianza de la Asamblea. Sobre esta salida al bloqueo institucional proceden dos apuntes:
- originariamente (hasta 2001), en Navarra se preveía un procedimiento subsidiario para la elección de presidente de la Diputación Foral en los mismos términos (o también, entre otros, en Andalucía hasta época tan reciente como 2007). Sin embargo, este mostró su gran problematicidad en 1983 en una serie de acontecimientos sobre los que acabaría pronunciándose la STC 16/1984, de 6 de febrero (véase también el Informe del Consejo de Estado de 10 de diciembre de 1983). A grandes

³ Una previsión similar se mantiene en el art. 135.9 del Reglamento de las Cortes de Castilla y León, aunque la dicción actual del Estatuto de Autonomía (tras la LO 14/2007, de 30 de noviembre) obliga a considerarla derogada y sin efecto.

rasgos, la disputa versaba acerca de la validez de la propuesta como presidente de un candidato que, no habiendo obtenido la confianza en la investidura ni el mayor número de escaños, era el único que había sometido su candidatura a votación del Pleno (tras haber rechazado esta posibilidad el perteneciente al grupo más numeroso).

- este mecanismo para la elección de presidente autonómico se acomoda a una cierta analogía (salvando la cuestión del plazo para la formulación de sucesivas propuestas) con el previsto para la del Alcalde en el art. 196.c de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (y, con una diferencia mínima, para el Alcalde-Presidente en Ceuta y en Melilla) en el caso de que ningún concejal obtenga la mayoría absoluta: «es proclamado Alcalde el Concejal que encabece la lista que haya obtenido mayor número de votos populares en el correspondiente municipio. En caso de empate se resolverá por sorteo». Así pues, aunque allí se hable de «número de votos populares», cabe ya apuntar que, mientras que en aquellas comunidades en las que únicamente existe una circunscripción el resultado estará acompasado entre votos y escaños, ello no ocurrirá necesariamente cuando haya varios distritos. Asimismo, puede entenderse que la redacción vigente en Castilla-La Mancha también comporta un desafío en aquellos supuestos en los que exista empate en número de escaños entre al menos dos grupos parlamentarios y haya habido candidatos propuestos a la investidura pertenecientes a ambos.

En suma, puede concluirse que las especialidades en la regulación de la investidura de los presidentes de tres comunidades determinan que dicho nombramiento pueda darse sin la necesaria concurrencia de lo que en puridad sería considerado como confianza de la Cámara. O sea, en tales supuestos bastaría una mayoría únicamente relativa y no absoluta, con lo que la fuerza de las diferentes candidaturas en el Parlamento cobraría una importancia mayor: País Vasco, Principado de Asturias y Castilla-La Mancha. Así pues, tendrá especial relevancia atender al modo en el que electoralmente se configuran dichas mayorías en las referidas comunidades, tarea que emprendemos a continuación.

III. CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO ESPACIAL EN LOS SISTEMAS ELECTORALES AUTONÓMICOS

Una vez que se han presentado los rasgos generales del régimen jurídico de la investidura en las comunidades autónomas y se ha puesto de manifiesto que algunas de ellas la facilitan a través de una configuración normativa que dista bastante del modelo común inspirado en el art. 99 CE, cabe reparar en la cuestión medular de este artículo: cómo se determina la composición de las Asambleas legislativas encargadas de desarrollar tal función. En nuestro análisis, el protagonismo principal lo acaparará el elemento espacial de los sistemas electorales, cuyos componentes son determinantes para el cromatismo final de los hemiciclos.

Preliminarmente, advertimos que en el estudio de los métodos que transforman votos (*inputs*) en la composición de un órgano (*output*) tendrá una importancia capital el contexto en el que el proceso se desarrolla y los objetivos o criterios (o sea, las demandas funcionales) que guiaron el establecimiento de los mecanismos que la hacen posible. Siguiendo a Nohlen (2015, p. 107), «las condiciones socio-estructurales y las experiencias histórico-políticas de los países o grupos de países configuran el perfil específico de exigencias en el diseño de un sistema electoral». Todo ello conlleva la necesidad de que la discusión acerca de estos elementos fundamentales del engranaje político aterrice siempre en la concreta atmósfera en la cual se conciben, so pena de que la obsesión por los conceptos considerados en abstracto haga que el analista se tope de bruces con el fondo de un pozo similar a aquel en el que dicese que Tales acabó estrellado por andar absorto en la contemplación del firmamento. El alumbramiento de un sistema electoral no deja de ser una obra humana iluminada por unos u otros objetivos, siendo perentorio que sus autores definan, en primer lugar, cuáles sean aquellos componentes teniendo en cuenta el peso de cada uno y el hecho de que, en su conjunción, no están exentos de juegos de equilibrio y *trade-off* (Pérez-Moneo *et al.*, 2019, p. 122).

1. Panorámica general del régimen jurídico

En el ámbito autonómico español se dará una dispar concreción de los diferentes elementos de los sistemas electorales⁴, toda vez que su definición estricta queda a expensas del legislador autonómico, frente a lo que ocurre en materia de derecho de sufragio y organización del proceso electoral, donde el margen para la innovación es más limitado y, todo sea dicho, escasamente aprovechado (Pajares Montolío, 2021, p. 3).

Atendiendo estrictamente a aquellos ingredientes de tipo espacial, destaca la circunscripción en su triple configuración: delimitación, magnitud y prorrateo. Esta será un «elemento de enorme relevancia para el funcionamiento de los sistemas electorales y [cuya] configuración legal incide directamente en la garantía de igualdad del sufragio» (Garrote de Marcos, 2007, p. 264). La regulación sobre este particular contenida en los correspondientes Estatutos de Autonomía y leyes electorales se presenta en la Tabla 1⁵.

En concreto, respecto de la magnitud de la circunscripción y atendiendo a su relevancia para la proporcionalidad (*ceteris paribus*, esta se incrementará cuanto mayor sea el distrito), cabe reseñar que, más allá de la división entre uninominales (*single-member districts*) y plurinominales (*multimember districts*), con Nohlen (2015, p. 24) podría establecerse dentro de esta última una subclasificación entre las pequeñas (de dos a cinco escaños), medianas (de seis a diez escaños) y grandes (más de diez escaños). Para las elecciones autonómicas, tal y como se observa en la Tabla 2, del total de diputados elegidos en las diferentes circunscripciones (61): el 89,52% lo fueron en grandes (41), el 8,17% en medianas (13), el 2,23% en pequeñas (6) y el 0,08% en uninominales (1).

⁴ Una presentación bastante actualizada de los mismos puede obtenerse, entre otros, en Oliver Araujo (2011), Pajares Montolío (2021) o Pérez-Moneo et al. (2019, pp. 154-160).

⁵ Aclaración metodológica: todos los datos que figuran en este estudio se refieren a las últimas elecciones autonómicas celebradas a fecha de abril de 2022. Los datos poblacionales se corresponden con los del Instituto Nacional de Estadística de 2019 (cuando tuvieron lugar la mayoría de las convocatorias), toda vez que el interés del trabajo no es lograr una precisión cuantitativa absoluta sino proporcionar una panorámica de la cuestión principal.

Tabla 1. Régimen jurídico de la circunscripción autonómica: delimitación, magnitud y prorrateo

	Delimitación	Magnitud y prorrateo
País Vasco	Territorio Histórico	Número igual, 25/Territorio Histórico
Cataluña	Provincia	Barcelona, 85; Gerona, 17; Lérida, 15; Tarragona, 18
Galicia	Provincia	Mínimo de 10/provincia, 35 según población
Andalucía	Provincia	Con limitaciones (ninguna más del doble que otra): mínimo de 8/provincia, 45 según población
Principado de Asturias	Agrupación de municipios	Mínimo de 2/agrupación de municipios, 39 por población
Cantabria	Comunidad Autónoma	35 diputados
La Rioja	Comunidad Autónoma	33 diputados
Región de Murcia	Comunidad Autónoma	45 diputados
Comunidad Valenciana	Provincia	Con limitaciones (ninguna más que el triple que otra): mínimo de 20/provincia, 39 por población
Aragón	Provincia	Con limitaciones (ninguna más de 2,5 que otra): mínimo de 13, 28 por población
Castilla-La Mancha	Provincia	Mínimo de 3/provincia, 18 por población
Canarias	Comunidad Autónoma Isla	Con limitaciones (ninguna puede tener menos diputados que otra con menos población de derecho).
Comunidad Foral de Navarra	Comunidad Autónoma	50 diputados
Extremadura	Provincia	Mínimo de 20

Tabla 1. Continuación

	Delimitación	Magnitud y prorrateo
Illes Balears	Isla	Mallorca, 33; Menorca, 13; Ibiza, 12; Formentera, 1 ⁶
Comunidad de Madrid	Comunidad Autónoma	1 por cada 50.000 habitantes o fracción superior a 25.000
Castilla y León	Provincia	Mínimo de 3/provincia, resto 1 por cada 45.000 habitantes o fracción de 22.500

Tabla 2. Clasificación de las circunscripciones para las elecciones autonómicas según su magnitud

Grandes (+10)	89,52% (1085)	136, Madrid; 85, Barcelona; 50, Comunidad Foral de Navarra; 45, Región de Murcia; 40, Valencia; 36, Badajoz; 35, Alicante, Cantabria y Zaragoza; 34, Asturias Centro; 33, La Rioja y Mallorca; 29, Cáceres; 25, Álava, Guipúzcoa, La Coruña y Vizcaya; 24, Castellón; 22, Pontevedra; 18, Huesca, Sevilla y Tarragona; 17, Gerona y Málaga; 15, Cádiz, Gran Canaria, Lérida, Tenerife y Valladolid; 14, Lugo, Orense y Teruel; 13, Granada, León y Menorca; 12, Almería, Córdoba, Ibiza; 11, Burgos, Huelva y Jaén.
Medianas (6-10)	8,17% (99)	10: Salamanca 9: Canarias Archipiélago y Toledo 8: Fuerteventura, La Palma y Lanzarote 7: Albacete, Ávila, Ciudad Real, Palencia y Zamora 6: Asturias Occidente y Segovia
Pequeñas (2-5)	2,23% (27)	5: Asturias Oriente, Cuenca, Guadalajara y Soria 4: La Gomera 3: El Hierro
Uninominal	0,08% (1)	Formentera

⁶ No deben desatenderse las consideraciones planteadas por Fernández Esquer (2016, pp. 337-345) en relación con las paradojas del prorrateo que se han producido en la práctica y que se siguen dando, en 2021, entre Menorca e Ibiza.

También debe apuntarse que, como advertía López Nieto (2016, p. 80) «la distribución de escaños por distritos se debe a factores complejos y ha cambiado en algunas comunidades autónomas a lo largo del tiempo»: pueden contraponerse los 1.164 parlamentarios autonómicos de los primeros comicios a este nivel subestatal con los 1.212 que suman los electos en las últimas convocatorias.

Para obtener una visión global de la cuestión puede atenderse a la Tabla 3, que presenta para cada una de ellas la media del tamaño de los distritos y la desviación típica ordenadas de acuerdo con el primero de estos datos (y teniendo en cuenta también el promedio de todas las autonomías). De ella se deriva que las Asambleas de las comunidades con un solo distrito, todas ellas uniprovinciales, son más grandes que las magnitudes medias de las circunscripciones de aquellas con más de una (con la sola excepción de La Rioja, superada por Cataluña en 0,75 como consecuencia del gran número de escaños de Barcelona). Asimismo, llama la atención que Castilla-La Mancha presenta la magnitud media del distrito más baja (6,33), así como la menor desviación típica (1,63). Su Asamblea cuenta con 33 integrantes, los mismos que La Rioja (con aproximadamente 6,5 veces menos habitantes).

Tabla 3. Tamaño de las Asambleas legislativas autonómicas:
distritos y magnitud media

Asamblea legislativa	Tamaño	Distritos	Magnitud media del distrito	Desviación típica
Comunidad de Madrid	136	1	136	0
Comunidad Foral de Navarra	50	1	50	0
Región de Murcia	45	1	45	0
Cantabria	35	1	35	0
Cataluña	135	4	33,75	34,19
La Rioja	33	1	33	0
Comunidad Valenciana	99	3	33	8,19

Tabla 3. Continuación

Asamblea legislativa	Tamaño	Distritos	Magnitud media del distrito	Desviación típica
Extremadura	65	2	32,5	4,95
Media	71,29	3,59	31,28	29,88
País Vasco	75	3	25	0
Aragón	67	3	22,33	11,15
Galicia	75	4	18,75	5,62
Principado de Asturias	45	3	15	16,46
Illes Balears	59	4	14,75	13,33
Andalucía	109	8	13,63	2,72
Castilla y León	81	9	9	3,428
Canarias	70	8	8,75	4,4
Castilla-La Mancha	33	5	6,33	1,63

2. Singularidades

Sin embargo, al igual que ocurría para la investidura del presidente, también en la configuración de la circunscripción se hacen notar especificidades. Exponemos seguidamente aquellas que no responden al hecho insular y que se vinculan con las autonomías respecto de las cuales nuestra atención se va enfocando.

2.1. País Vasco

En primer lugar, la única comunidad que plantea un número igual de parlamentarios para cada circunscripción es el País Vasco, siendo que a esta previsión ha prestado especial atención la doctrina por su carácter cuando menos chocante, toda vez que la población de las diferentes provincias es verdaderamente dispar (Vizcaya, la que tiene un mayor número de habitantes, cuenta con una demografía hasta 3,5 veces superior a la de Álava). Uno de los autores que más referencia ha hecho a esta cuestión es Rodríguez-Zapata Pérez (1998) al tiempo de comentar los rasgos principales del art. 152 CE. Así, se-

ñalaba que «el silencio del artículo 26.1 del Estatuto de Autonomía del País Vasco sobre la igualdad del voto es suficientemente expresivo de lo que opinaron sus redactores sobre la igualdad de representación de los territorios históricos», pero que ello no implicaría necesariamente la vulneración de la igualdad sustancial del sufragio (*ibid.*, p. 405).

Este rasgo idiosincrásico, evidentemente, entroncaría con la disposición adicional 1ª CE según la cual el texto constitucional «ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales». En conexión con ello, no puede dejar de reseñarse como mero apunte el que se hayan articulado propuestas que (a estas alturas del desarrollo del Estado autonómico) resultan verdaderamente sorprendentes: por ejemplo, Figuerola Laraudogoitia (*apud* Rodríguez-Zapata Pérez, 1998, p. 405) consideraría que el remedio para lograr una representación paritaria de los territorios históricos hubiera sido establecer una Asamblea Legislativa bicameral, siendo que la hipotética Cámara podría haber estado formada por representantes delegados en número igual por cada territorio histórico y no elegidos por sufragio universal.

2.2. Principado de Asturias

En segundo lugar, otra singularidad se halla en el caso asturiano: los arts. 10 y 11 de la Ley 14/1986, de 26 de diciembre, sobre régimen de elecciones a la Junta General del Principado de Asturias, configuran tres agrupaciones de municipios como circunscripciones (la central, con 29; la occidental, con 32; y la oriental, con 17). Ello contrasta con el modelo del resto de comunidades uniprovinciales, que identifican el distrito con la totalidad de su territorio. La principal crítica que se formula a la opción asturiana⁷ es que en ella no se sigue un elemento territorial que pueda ser considerado neutral, sino que depende de una decisión política, susceptible de ser objeto de manipulaciones similares a las del *gerrymandering* (Gavara de Cara, 2004, p. 218).

En el caso concreto del Principado, Arce Janáriz (2004, p. 369) pone de manifiesto que «socioeconómicamente había, cuando el sistema se perfiló, una diferencia real entre el centro y las alas», aunque

⁷ Una similar se daba en la Región de Murcia, que se dividía en cinco distritos, hasta la reforma operada por la Ley 14/2015, de 28 de julio.

también remarca que el Estatuto de Autonomía habla de las comarcas como una de las formas de organización territorial, dejando entrever que se podría haber optado por esta solución, probablemente más familiar para el elector, que solo distingue entre el oriente, el centro y el occidente en los dialectos de la lengua autóctona. Aunque hay quien buscó en esta idiosincrasia regional el reflejo de los intereses del partido que ha gobernado las últimas décadas (salvo dos períodos excepcionales que, sumados, se extienden poco más de un lustro), las elecciones de 2011 tumbaron cualquier argumentación en este sentido. Más de diez años después, tampoco se ha consagrado aún una reforma electoral ni parece que, de haberla, no vaya a ser consensuada; por lo que conviene plantearse la razón que mueve a los representantes asturianos a mantener la agrupación de municipios.

2.3. Castilla-La Mancha

Finalmente, de entre las muchas autonomías que han abordado reformas de sus sistemas electorales en los últimos tiempos, la más notable a los efectos de nuestra investigación fue la operada en Castilla-La Mancha a través de la modificación de su Estatuto por la LO 2/2014, de 21 de mayo. Esta únicamente determinaba un cambio en la horquilla de miembros de las Cortes, que se situó a partir de ese momento entre 25 y 35 (en lo que se planteó como un ejercicio de acompasamiento de los poderes públicos con los esfuerzos en materia de austeridad que estaba asumiendo la ciudadanía). Su entrada en vigor provocó, evidentemente, la reforma de la ley electoral (en concreto, del art. 16 de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre) a través de la Ley 4/2014, de 21 de julio. En ella se determinó que la Asamblea legislativa tendría 33 miembros: 3 por provincia como mínimo y los 18 restantes atendiendo a la población de derecho. Así pues, en la práctica Castilla-La Mancha iría a contracorriente del resto de comunidades⁸ y, en lugar de contar con distritos generalmente grandes, solo los tendría pequeños y medianos.

⁸ De hecho, también iría frente a una reforma electoral propia desarrollada en la misma legislatura: la contemplada en la Ley 4/2012, de 17 de mayo. Esta trataba de adecuar el número de parlamentarios al crecimiento demográfico de la comunidad. En su Exposición de motivos se hablaba de hacer una norma «más democrática, más justa y que asegure un marco estable que permita al partido político o candidatura que obtenga la confianza

Ello dio lugar a intensas críticas. En la doctrina, Fernández Esquer (2016, p. 85) apuntaba que la reforma perseguiría blindar el *statu quo* del sistema de partidos ante una posible fragmentación del escenario político. En este sentido, Garrote de Marcos (2015, p. 299) ya había observado la consagración en esta región de «un sistema bipartidista en el que una mínima volatilidad en el voto podría conducir a un cambio del partido en el Gobierno», es decir, un contexto fecundo para la ingeniería electoral. En la arena política, la oposición habló de pucherazo, acusando al partido mayoritario (Partido Popular, –PP–) de apoyar la reforma por motivaciones partidistas que tendrían un doble objetivo: evitar la entrada de nuevos partidos y que, «ante un resultado ajustado se pueda producir lo que de hecho permite esta ley, que con menos votos se obtengan más diputados» (Diario de Sesiones del Pleno de las Cortes de Castilla-La Mancha, 21/07/2014, p. 34). La polémica no permaneció ajena al conocimiento del Tribunal Constitucional, que se pronunció avalando la constitucionalidad de la reforma (en la STC 197/2014, de 4 de diciembre, sobre la del Estatuto; y en la STC 15/2015, de 5 de febrero, en lo tocante a la de la ley electoral).

En cualquier caso, lo que quedó claro es que, si el propósito era obtener un beneficio electoral particular, a la formación que impulsó la reforma le habría salido, en términos coloquiales, *el tiro por la culata*: en los primeros comicios tras la reforma, los efectos de la misma privaron a Ciudadanos de una representación que, eventualmente y en el marco de su política de pactos del momento, podrían haber servido para que los populares conservaran un gobierno que no pudieron revalidar por el pacto de otras formaciones con menos sufragios.

3. *El cumplimiento del mandato constitucional: la tensión entre proporcionalidad y territorialidad*

Apreciada la regulación que respecto de sus propios comicios establecen las comunidades, se constata que la homogeneidad coexiste con ciertas especialidades. A la vista de que los elementos idiosincrásicos deben enmarcarse en el art. 152 CE, analizaremos el grado

mayoritaria de los electores de Castilla-La Mancha, obtener asimismo el mayor número de escaños».

de cumplimiento de lo preceptuado en él con ciertas herramientas cuantitativas conocidas por la doctrina electoral.

3.1. Representación proporcional

Para empezar, corresponde centrar la atención en el primer mandato constitucional, el relativo a la necesidad de que el sistema de elección de la Asamblea legislativa sea de representación proporcional: la Tabla 4 muestra ordenados de forma decreciente sus rendimientos siguiendo el índice de proporcionalidad de Rose (1983, p. 97)⁹.

Tabla 4. Proporcionalidad en las últimas elecciones autonómicas según el índice de Rose

Comunidad autónoma	Rose	Comunidad autónoma	Rose
País Vasco	95,54	Galicia	90,91
Comunidad Valenciana	95,41	Media	90,68
Comunidad de Madrid	95,15	Región de Murcia	90,39
Andalucía	94,31	La Rioja	89,8
Comunidad Foral de Navarra	93,97	Castilla y León	88,56
Cantabria	92,79	Illes Balears	87,02
Cataluña	91,75	Principado de Asturias	86,67
Extremadura	91,63	Castilla-La Mancha	84,41
Aragón	91,32	Canarias	81,94

En todo caso, en los supuestos analizados se presentan destacadas primas para los partidos más votados, mostrándose en la Tabla 5 los resultados para los cuatro con más sufragios y la indicación de a partir de qué candidatura con escaño comienza a darse una penalización por el sistema electoral.

De este modo, se observa que en todas las Asambleas legislativas se dará una prima para los dos primeros partidos más votados y que esta presenta enormes variaciones entre las diferentes comunida-

⁹ Este se obtiene aplicando la fórmula $P = 100 - \frac{1}{2} \sum |v_x - e_x|$, donde v es el número de votos del partido x y e es el número de escaños obtenido por dicho partido x .

des. Sin embargo, también se aprecia que la mayoría de las que tenían los sistemas comparativamente más desproporcionales (que estaban por debajo de la media nacional en el índice de Rose) son ahora las que copan las primeras posiciones considerando las primas al partido más votado (excepto en el caso de Illes Balears). Por el contrario, las siete comunidades que mayor proporcionalidad presentaban encajan como un guante en las que menos prima conceden al vencedor.

Tabla 5. Primas a los partidos más votados con representación parlamentaria en las Asambleas legislativas

Comunidad	Primas por partidos				Penalización
	1er	2º	3º	4º	
Castilla-La Mancha	13,48	1,77	0,74		No
Principado de Asturias	9,19	4,67	-2,87	-2,12	3º
Galicia	8,02	1,53	-0,71		3º
Canarias	7,22	6,05	1,21	-2,47	4º
Castilla y León	6,84	4,52	-1,59	-0,6	3º
La Rioja	6,78	3,3	0,59	-0,59	4º
Extremadura	5,54	3,29	-0,34	-1,05	3º
Región de Murcia	5,35	3,2	1,33	-0,57	4º
Aragón	4,98	3,01	1,24	-0,65	4º
Illes Balears	4,91	4,91	0,46	-1,41	4º
Comunidad Foral de Navarra	3,43	2,63	1,32	-0,54	4º
Comunidad Valenciana	3,4	1,11	0,73	0,72	5º
Comunidad de Madrid	3,06	0,68	0,8	0,43	No
Cantabria	2,36	1,68	2,4	0,64	No
Andalucía	2,33	3,1	1	-0,58	4º
País Vasco	2,27	1,86	-0,31	-0,05	3º
Cataluña	1,41	3,14	3,63	0,48	5º

Finalmente, una cuestión muy relevante se plantea en relación a aquellos casos en los que un partido que obtiene más votos que otro, por efecto de los elementos del sistema electoral, logra un

menor número de representantes. Ello se producirá únicamente en los escenarios en los que existe más de una circunscripción (debido a la configuración de su régimen, habrá presentado históricamente una especial incidencia en Canarias). Así pues, los supuestos en los que el partido más votado no obtuvo la mayoría de los votos se han dado:

- en País Vasco, en 1986: el Partido Nacionalista Vasco (PNV) obtuvo 271.208 votos (23,71%) y el Partido de los Socialistas de Euskadi 252.233 (22,05%). Sin embargo, mientras que los resultados del primero se tradujeron en 17 escaños, los del segundo le hicieron sumar 19. Fue investido presidente el candidato del PNV.
- en Cataluña: en 1999, el Partit dels Socialistes de Catalunya (PSC) obtuvo 1.183.299 sufragios (38,21%) y Convergència i Unió (CiU) 1.178.420 (38,05%), pero el primero logró 52 escaños frente a los 56 que consiguió sumar el segundo, alzándose este con la Presidencia; en 2003, el PSC ganó en voto popular con 1.031.454 papeletas (31,16%) frente a las 1.024.425 (30,94%) de CiU, pero contando menos escaños (42) que su competidor (46) aunque, gracias a la política de pactos, gobernó el que fue llamado primer tripartito Partit dels Socialistes de Catalunya (PSC)-Ciutadans pel Camvi + Esquerra Republicana de Catalunya (ERC) + Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa (ICV).
- en el Principado de Asturias, en 2012: por apenas unos centenares de papeletas, la Federación Socialista Asturiana ganó las elecciones con 178.031 votos (29,92%), seguida de Foro de Ciudadanos (Foro Asturias) que logró 178.031 (29,66%) y, a la postre, la investidura.
- en Canarias: en 2011, aunque el Partido Popular sumó 288.807 sufragios (32,02%) y Coalición Canaria (CC) 225.757 (24,73%), ambas formaciones estuvieron representadas por 21 diputados, siendo que un miembro de esta última lograría la confianza de la Cámara para formar Gobierno; en 2015, Coalición Canaria, con 165.446 votos (18,19%), tuvo 18 escaños, logrando no solamente más que el Partido Popular, con 15 y 169.065 votos (18,59%) sino incluso que el Partido Socialista de Canarias, que contaba 15 a pesar de haber recibido 180.669 papeletas (19,86%). Repetiría al frente del Gobierno el candidato de CC.

La explicación clásica para este tipo de supuestos se atribuía a «la magnitud de las circunscripciones en el reparto independiente de cada una de ellas, es decir, los votos que no dan lugar a un escaño en una circunscripción son votos perdidos que no tienen ninguna influencia en el reparto» (De Otto López y Cañal-Fernández, 2013, p. 79). Sin embargo, la importancia del análisis singularizado de los casos y de la atención a cada uno de los contextos en los que se produce este fenómeno obliga a ir más allá de esa conclusión y estudiar cuál es la razón por la que las referidas «anomalías» se presentan en unos casos determinados y no en otros en los que también se dan dichas condiciones de partida. Esto es, por ejemplo, preguntarse si es una mera casualidad que ello haya ocurrido dos veces en Cataluña y no en tantas otras regiones en las que podría haber acontecido, máxime cuando el sistema de esta presenta habitualmente unos aceptables rendimientos en términos de proporcionalidad. Una solvente hipótesis de respuesta, para el caso de los comicios de 1999 y 2003 en dicha comunidad, la proporcionaban Lago y Montero (2004, p. 30-33) atribuyendo esta consecuencia no al *malapportionment* sino al «efecto de varianza»¹⁰. En suma, la observancia de la proporcionalidad en los sistemas autonómicos debe tener también en cuenta los posibles resultados derivados de ese «efecto de varianza», máxime cuando estos son susceptibles de generar consecuencias en el plano de la legitimidad bastante más abruptas por la eventual incomprensión del electorado de resultados que contradicen uno de los principios lógicos más asentados en el inconsciente colectivo respecto de la elección: gana quien tiene más votos. Evidentemente, en un sistema parlamentario no debería ser difícil de comprender para el elector que los pactos en la Cámara se traduzcan

¹⁰ Estos autores señalan que: «a lo largo de un sistema electoral con distintas magnitudes de distrito el número de competidores varía», así que «un partido mayoritario que alcanza sus mejores resultados en las áreas urbanas (como el PSC) tiene que competir con más rivales (y más fuertes) que otro que lo hace en las rurales (como CiU)». De este modo, «las preferencias partidistas en los distritos rurales se convierten más fácilmente en representación parlamentaria efectiva». En fin, «cuando existe una correlación entre la magnitud de los distritos y alguna característica política del electorado, los escaños se distribuyen de manera diferente con un sistema electoral que tiene una amplia varianza en la magnitud de las circunscripciones que con otro que no lo tuviera».

en mayorías para la investidura de presidente formadas por partidos con menos sufragios que el vencedor (esas son las reglas del juego). Pero, con todo, parece que requerirá más esfuerzo aceptar que la introducción de elementos espaciales tenga como consecuencia que «el perdedor» en votos obtenga mayor representación, ya estén motivados aquellos por la segunda cláusula del art. 152 CE ya por necesidad de acentuar la participación del votante (con listas más pequeñas y, por tanto, con candidatos más familiares o, cuando menos, fáciles de conocer).

3.2. Representación de las diversas zonas del territorio

Seguidamente, en cuanto a la representación de las diversas zonas del territorio, ya se ha señalado que los sistemas electorales autonómicos la articulan a través de mecanismos diversos, pero en todo caso será posible llevar a cabo una cierta evaluación de ella a partir del cociente de representación (CR), «fruto de dividir el porcentaje de escaños de cada circunscripción entre el porcentaje de población y que nos ofrece, en términos relativos, el dato acerca de la sobre o infrarrepresentación, según sea mayor o menor que uno» (Garrote de Marcos, 2007, p. 297). Calculando el promedio de los CR de las distintas circunscripciones que integran cada comunidad y atendiendo a cuáles tengan un valor más alto, puede referirse que aquellas que establecen una mayor sobrerrepresentación de alguno(s) de sus territorios en términos globales son las presentadas en la Tabla 6 (*vid. supra* 3.3).

Tabla 6. Cocientes de representación por comunidad autónoma en orden descendente

Comunidad autónoma	CR	Comunidad autónoma	CR
Canarias	1,78	Castilla y León	1,13
Illes Balears	1,64	Andalucía	1,12
Aragón	1,46	Castilla-La Mancha	1,1
Cataluña	1,33	Extremadura	1,05
País Vasco	1,29	Cantabria	1
Comunidad Valenciana	1,27	La Rioja	1
Principado de Asturias	1,26	Región de Murcia	1
Media	1,21	Comunidad Foral de Navarra	1
Galicia	1,2	Comunidad de Madrid	1

Asimismo, más allá del ámbito numérico, no podemos dejar pasar la observación de que cualquier rendimiento respecto de la representación de las diversas zonas del territorio debe ser puesto en relación con los aspectos funcionales de las Asambleas. Aunque la Constitución hace referencia a la traducción de dicha exigencia en la elección (y, por tanto, en la composición) de los Parlamentos, es la práctica política la que en realidad acaba plasmando el grado de cumplimiento de este mandato. García-Escudero Márquez (1995, p. 57) decía respecto del Senado que

si aplicamos por analogía la conocida frase de Jennings sobre el Speaker británico, podremos decir que la autoridad del Senado como Cámara de integración territorial habría podido ser mayor que su poder si en la práctica constitucional y parlamentaria (...) hubiera sido reconocido como Cámara territorial por los actores de la vida política.

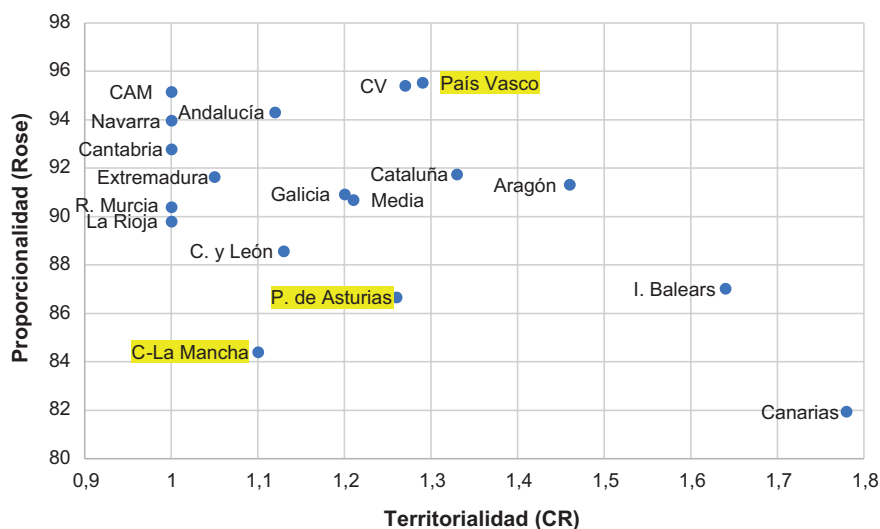
En relación con esto, no puede dejar de pensarse en los buenos rendimientos obtenidos en los últimos comicios (los de Castilla y León de 13 de febrero de 2022) por las candidaturas que han surgido en la órbita del fenómeno que ha venido en denominarse «España vaciada». Dichas corrientes no se enmarcarían en las lógicas del nacionalismo ni del regionalismo, sino que irían más allá, representando los intereses de territorios dentro de las propias autonomías, algo que hasta ahora solo había prendido con fuerza en el caso de las islas. Por tanto, cabría abrir la reflexión de hasta qué punto los mecanismos arbitrados institucionalmente son necesarios o han sido suficientes o idóneos para garantizar la encomienda constitucional: ¿acaso no sería mayor la autoridad de las Asambleas autonómicas como representativas de las diversas zonas del territorio si en la práctica estatutaria y parlamentaria hubieran sido reconocidas también en dicha faz¹¹?

¹¹ Adviértase que en modo alguno se pretende aquí equiparar la representación territorial del Senado con la propia de los Parlamentos autonómicos. Sin embargo, tampoco creemos que corresponda trazar un paralelismo automático de estos con la Cámara Baja, que no tiene reconocida constitucionalmente de manera tan nítida una vinculación territorial (allende la asignación mínima de diputados por provincia).

3.3. Recapitulación

Más allá del excursus anterior, debe señalarse que todos los datos señalados anteriormente sirven para componer la Figura 1, en la que se observaría su correlación para obtener una perspectiva amplia del modo en el que se instrumentó el cumplimiento del mandato de la Constitución en las últimas elecciones autonómicas. No debe considerarse que una determinada región del gráfico agrupa a un conjunto de sistemas más acordes con el art. 152 CE, sino que la imagen ilustra la conjugación resultante en los últimos comicios.

Figura 1. Correlación entre proporcionalidad (Rose) y territorialidad (CR) en los sistemas electorales autonómicos



En conclusión, dentro del esquema fundamental del art. 152 CE, los diferentes sistemas electorales autonómicos presentan una pluralidad de singularidades en cuanto a la configuración de la circunscripción que en las últimas elecciones celebradas en cada una de las comunidades permiten concluir, centrándonos en aquellas que contaban con elementos notablemente idiosincrásicos en relación con el ámbito territorial, que:

- el País Vasco presenta el mayor índice de proporcionalidad de todas las autonomías y el segundo más bajo en primas al partido más

votado. A pesar de que no siempre ha sido así (Lago y Montero, 2004, p. 22), llama la atención por contar con un prorrateo que genera una evidente desigualdad entre las provincias. Sí es cierto que no cabría hablar de una gran brecha entre circunscripciones rurales y urbanas (como ocurre en otros casos), toda vez que la menos poblada, Álava, concentra a cerca del 80% de sus habitantes en Vitoria-Gasteiz.

- el Principado de Asturias no destaca por unos altos índices de sobrerrepresentación, pero además su sistema es el cuarto menos proporcional, con una prima notable al primer partido.
- Castilla-La Mancha es la segunda comunidad con unos resultados más desproporcionales, siguiendo a Canarias (con la especificidad que acabamos de apuntar), y la primera que mayor prima concede al vencedor; lo cual puede verse en relación con su condición de autonomía con una magnitud media de distrito más exigua.

IV. ESCENARIOS DE INVESTIDURA Y SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS

Como ya habíamos apuntado en la introducción a este trabajo, «un sistema electoral (...) también se establece para que se pueda configurar un Parlamento que sea capaz de ejercer sus propias funciones» (Gavara de Cara, 2004, p. 210). Una de las más relevantes en el Estado de las autonomías será la elección del presidente del ejecutivo regional, pudiendo distinguirse diferentes coyunturas en función de la composición de la Asamblea que haya dibujado el escrutinio.

El primer escenario es el de la mayoría absoluta (Tabla 7), siendo que hasta el momento en todos los supuestos las investiduras resultantes han estado apoyadas al menos por un partido en el que concurra la doble condición de ser el que más votos y escaños tenía. Por lo tanto, este no ha planteado ningún problema en cuanto a la elección en el Parlamento. Aun así, no puede asumirse que nunca vaya a producirse un resultado desacompasado, ya que este podrá darse «en los sistemas proporcionales caracterizados por una amplia variabilidad interna de alguno de sus elementos y/o una distribución territorial del voto asimétrica» (Lago y Montero, 2004, p. 12).

Tabla 7. Mayorías absolutas en las comunidades autónomas¹²

Gobiernos	Años en los que se obtuvo mayoría absoluta	Total	PSOE	PP	otros
Andalucía	1986, 1990, 2004, 2008	4	4	0	0
Aragón	-	0	0	0	0
Principado de Asturias	1999	1	0	0	0
Illes Balears	1991, 1995, 2011	3	0	3	0
Canarias	-	0	0	0	0
Cantabria	2011	1	0	1	0
Castilla y León	1991, 1995, 1999, 2003, 2007, 2011	6	0	6	0
Castilla-La Mancha	1987, 1991, 1995, 1999, 2003, 2007, 2011, 2019	8	7	1	0
Cataluña	1988, 1992	2	0	0	2
Extremadura	1987, 1991, 1995, 1999, 2003, 2007, 2019	7	7	0	0
Galicia	1989, 1993, 1997, 2001, 2009, 2012, 2017, 2020	8	0	8	0
Comunidad de Madrid	1995, 1999, 2003 (nov.), 2007, 2011	5	5	0	0

¹² Elaboración propia a partir de los datos de López Nieto (2016, p. 101) actualizados con los resultados de las elecciones posteriores.

Tabla 7. Continuación

Gobiernos	Años en los que se obtuvo mayoría absoluta	Total	PSOE	PP	otros
Región de Murcia	1987, 1991, 1995, 1999, 2003, 2007, 2011	7	7	0	0
Comunidad Foral de Navarra	-	0	0	0	0
La Rioja	1995, 1999, 2003, 2007, 2011	5	5	0	0
País Vasco		0	0	0	0
Comunidad Valenciana	1991, 1999, 2003, 2007, 2011	5	5	0	0

El segundo escenario es el de la mayoría simple, en el que entran necesariamente en juego los acuerdos. Por motivos de espacio, nos referiremos aquí únicamente a aquellos que se dieron para la investidura con carácter posterior a las dos últimas elecciones celebradas en cada comunidad, representándose en la Tabla 8 los votos favorables a la investidura del presidente autonómico en cada caso (y, en negrita, los supuestos en los que el único voto favorable fue el del partido del candidato).

Tabla 8. Votos favorables a las investiduras de presidentes autonómicos en las últimas dos legislaturas

	Año	Votos favorables a la investidura	% votos de los partidos que apoyan la investidura	Presidente electo
Andalucía	2015	56/109	44,65	Díaz Pacheco (PSOE)
	2018	55/109	49,99	Moreno Bonilla (PP)
Aragón	2015	35/67	50,79	Lambán Montañés (PSOE)
	2019	36/67	53,54	
Principado de Asturias	2015	19/45	38,42	Fernández Fernández (PSOE)
	2019	22/45	41,86	Barbón Rodríguez (PSOE)
Illes Balears	2015	34/59	49,43	Armengol Socías (PSOE)
	2019	32/59	48,09	
Canarias	2015	36/60	38	Clavijo Batlle (CC)
	2019	37/70	47,33	Torres Pérez (PSOE)
Cantabria	2015	17/35	44,01	Revilla Roiz (PRC)
	2019	21/35	55,34	
Castilla y León	2019	41/81	46,44	Fernández Mañueco (PP)
	2022	44/81	49,07	
Castilla-La Mancha	2015	17/33	45,86	García-Page Sánchez (PSOE)
	2019	19/33	44,1	
Cataluña	2017	66/135	43,04	Torra i Pla (JxCat)
	2025	74/135	48,05	Aragonès García (ERC)
Extremadura	2015	36/65	49,54	Fernández Vara (PSOE)
	2019	34/65	46,77	
Galicia	2016	41/75	47,56	Núñez Feijóo (PP)
	2020	42/75	47,96	
Comunidad de Madrid	2019	68/132	50,57	Díaz Ayuso (PP)
	2021	77/136	53,91	

Tabla 8. Continuación

	Año	Votos favorables a la investidura	% votos de los partidos que apoyan la investidura	Presidente electo
Región de Murcia	2015	26/45	49,83	Sánchez López (PP)
		22/45	37,33	López Miras (PP)
	2019	26/45	53,81	
Comunidad Foral de Navarra	2015	26/50	47,44	Barcos Berruzo (GB)
	2019	23/50	45,7	Chivite Navascués (PSOE)
La Rioja	2015	15/33	38,62	Ceniceros González (PP)
	2019	17/33	45,33	Andreu Rodríguez (PSOE)
País Vasco	2016	37/75	49,22	Urkullu Rentería (PNV)
	2020	40/75	52,72	
Comunidad Valenciana	2015	50/99	51,12 ¹³	Puig Ferrer (PSOE)
	2019	52/99	48,31	

Visto lo visto, tampoco parece que la elección en la Asamblea del presidente, tal y como está configurada en la actualidad, suponga un reto serio para el Derecho parlamentario. Sin embargo, vamos a centrarnos en el análisis de las tres comunidades autónomas que presentaban especialidades en este asunto, a los efectos de explicar cuáles serían los supuestos problemáticos, por qué no se han dado en las últimas legislaturas y si en alguna ocasión se plantearon. Analizaremos, por tanto, tres casos que ponen sobre la mesa la vinculación entre la proporcionalidad de los resultados electorales y la investidura de una forma palmaria, llegando al punto en el cual procede elaborar una reflexión acerca de cómo nuestro estudio muestra la necesidad de que el legislador se haga cargo de la interacción entre Derecho electoral y parlamentario para evitar que una determinada configu-

¹³ Los votos de Podemos se computan como favorables a la investidura, a pesar de que 5 de sus 13 diputados se abstuvieron.

ración de este último quiebre la lógica global de los principios que inspiran el sistema.

En cuanto a las dos comunidades que no permiten el voto negativo en la investidura, el País Vasco y el Principado de Asturias, ambas presentarán especialidades en el sistema electoral: mientras que la primera asigna el mismo número de representantes a sus tres provincias independientemente de su población, la segunda divide su única provincia en tres agrupaciones de municipios *ad hoc* para cada elección. Con todo esto, no debería extrañar que se den situaciones en las que el partido más votado no es el que obtiene mayor número de escaños, algo que puede ocurrir en cualquier escenario con más de un distrito, pero que en la práctica solo se ha dado en la Península en tres autonomías, siendo el caso de estas dos en 1986 y 2011, respectivamente. La crucial relevancia de estas Asambleas legislativas es que, en el caso de que haya una mayoría de diputados que rechazan investir al candidato a presidente del partido beneficiado por esta carambola pero que estos no logren consensuar uno común, quedará designado aquel que cuente con el apoyo de la mayoría relativa de la Cámara.

Así pues, en 1986 no hubo problema: la formación beneficiada por el reparto de escaños (PSOE) votó a favor de la investidura del vencedor en votos (PNV), en lo que bien podría calificarse como una muestra del entendimiento entre ambas formaciones y del clima consensualista que se ha dado en esta región a la hora de abordar la cuestión de la investidura. Sin embargo, la muestra más clara de los riesgos que supone la conjugación de estos dos elementos (resultados desacompañados en la relación votos-escaños y facilitación de la investidura en la segunda votación) fue el caso del Principado de Asturias en 2011.

A pesar de que en las anteriores elecciones (2007) se había dado una situación similar a la que ahora analizamos hasta el momento en el que el escrutinio incorporó el voto exterior, fue en los comicios de 2011 cuando se produjo un seísmo político notable en la comunidad. Este vino provocado no solo por la irrupción de la escisión de uno de los grandes partidos (comandada por quien había sido una de sus figuras más relevantes) sino también por que el nuevo competidor se alzó con una inesperada victoria que aparejaba un mayor número de escaños que la formación más votada (y que

históricamente había dominado el mapa de la región). En la Tabla 9 se reproducen los resultados para cada circunscripción electoral (sufragios y diputados), la suma de todos ellos y los que se habrían dado en el supuesto de que hubiera habido un único distrito (solo para los partidos que obtuvieron representación parlamentaria).

Tabla 9. Elecciones a la Junta General del Principado de Asturias de 2011: resultados e hipótesis

	Central		Occidental		Oriental		Total	Distrito único	
PSOE	135.744	11	27.499	2	16.376	2	179.619	15	15
FAC	144.119	12	18.484	2	15.428	2	178.031	16	15
PP	91.520	7	18.837	2	9.410	1	119.767	10	10
IU-LV	53.486	4	5.868	0	2.349	0	61.703	4	5

En este contexto, entre el primer acto (la cita con las urnas) y el último (la investidura), tuvo lugar la elección del presidente y de la Mesa de la Junta General. Para ello, se dio un acuerdo entre PSOE y PP que convirtió a un diputado de este último grupo en máxima autoridad de la Asamblea. Sin embargo, dicho pacto no se reeditaría en la investidura: al presentar Foro de Ciudadanos (Foro Asturias) un candidato, aquel logró convertirse en presidente a pesar de sumar simplemente 16 votos afirmativos de los 45 totales. Evidentemente, un Gobierno sustentado por un tercio de los diputados no se las prometía fáciles y, de hecho, duró menos de lo que se hubiera podido predecir. La imposibilidad de acuerdos, alimentada probablemente por las dificultades para el entendimiento que en términos ideológicos sería más natural entre un partido roto y su escisión, llevó a que tan solo seis meses y medio después de tomar posesión, el presidente llamase de nuevo a las urnas (perdiendo, dicho sea de paso).

Por otro lado, en lo tocante a Castilla-La Mancha, única comunidad en la que a día de hoy se mantiene la elección como presidente del candidato del grupo con más diputados y dejando de lado ejercicios hermenéuticos problemáticos, debe aclararse, en primer lugar, que en la práctica no se han dado casos excesivamente endiablados. Ello es explicable por el carácter reciente de las reformas, así como

por el marcado bipartidismo que se ha venido dando tradicionalmente en la región. Sin embargo, el eventual problema que puede ser causado por la conjunción del tamaño del Parlamento y la configuración del elemento espacial de las elecciones no ha sido en absoluto pasado por alto por el legislador castellano-manchego, haciéndose referencia a él en la Exposición de motivos de la efímera modificación de la norma electoral en 2012 (la que nunca llegó a ser aplicada) y en el debate en las Cortes autonómicas acerca del posterior cambio en la ley (2014). En suma, en este caso no solamente se favorece la concentración de la representación en las formaciones más votadas (además, con unas notabilísimas primas) con la consiguiente facilidad para obtener mayorías absolutas en un escenario bipartidista sino que, en aquellos supuestos en los que se haya dado el rechazo de más de la mitad de la Cámara a la candidatura con más escaños pero las fuerzas minoritarias no lograsen acordar una propuesta alternativa, se produciría la investidura automática de quien ni siquiera tendría que ser el representante de la fuerza más votada.

En fin, la conjunción de esta doble perspectiva de estudio permite advertir tres supuestos especialmente problemáticos en nuestro ordenamiento autonómico. Estos se contrapondrían con el resto de comunidades, en las que las dificultades podrían nacer sobre todo en relación a la falta de proporcionalidad en el sistema electoral, pero siendo que esta únicamente tendría una traducción en la investidura parlamentaria en determinados supuestos mucho menos probables (porque se contempla la posibilidad de bloqueo de la elección del presidente). Como se dijo, no se trata de proponer una regulación carente de desafíos prácticos (aquella «homogénea» no lo es) sino de que el legislador tome conciencia de la necesidad de acompasar las dos vertientes aquí analizadas.

V. CONCLUSIONES

Durante las cuatro décadas de vigencia de la Constitución de 1978, se ha ido consolidando progresivamente en España un modelo político que tiene como uno de sus pilares fundamentales la organización territorial del Estado y, en concreto, el papel de las comunidades autónomas. Quizás por la ausencia de precedentes que orientaran

la configuración jurídica de las instituciones propias de estos entes (fundamentalmente el Gobierno y la Asamblea legislativa), los vientos de homogeneidad de inspiración centripeta tiñeron su Derecho parlamentario y electoral, una tendencia que ha ido agudizándose en los últimos lustros.

Sin embargo, algunas autonomías presentan marcadas diferencias que, en un análisis conjunto, arrojan conclusiones dispares sobre sus consecuencias prácticas. Son el País Vasco, el Principado de Asturias y Castilla-La Mancha. Estas, siguiendo dos modelos no coincidentes, facilitan la investidura del presidente por unos Parlamentos que, a su vez, merecen una atención especial en cuanto a su elección, toda vez que esta se halla muy influida por el ingrediente espacial del sistema electoral. En este sentido:

- por un lado, en la comunidad vasca, aunque la conjunción de ambos elementos puede plantear dilemas (como ocurrió en los comicios de 1986), hoy los buenos rendimientos en términos de proporcionalidad y la evidente consecución del propósito de representación de los diversos territorios parecen enterrar el debate acerca de su regulación. Asimismo, la cultura pactista que ha imperado en las últimas legislaturas presenta como aproblemática la solución por la que opta su Derecho parlamentario.
- por otro, un diagnóstico mucho más desfavorable de la (in)coherencia entre ambas ramas de los estudios constitucionales se obtiene en el caso de las otras dos autonomías. En el Principado de Asturias se han producido en los últimos años profundos desajustes de los que cabe concluir que las facilidades a la investidura no redundan necesariamente en una mayor estabilidad institucional o gobernabilidad cuando el escenario partidista se halla profundamente fragmentado y tensionado, así como que los resultados en términos de legitimidad han sido más bien negativos (un diagnóstico que también puede plantearse respecto al cumplimiento de los mandatos del art. 152 CE). En Castilla-La Mancha la reciente reforma estatutaria ha concitado el más amplio cuestionamiento académico de su modelo institucional: una Asamblea legislativa mínima, con pésimos resultados en cuanto a proporcionalidad derivados de la exigua magnitud de sus circunscripciones, y un presidente que puede ser investido sin necesidad de contar con

apoyos bastantes en ella, no siendo el más votado e incluso con la mayoría de los diputados rechazando su elección. Aunque este escenario afortunadamente aún no se haya dado, la realidad política española lleva ya años superando cualquier ficción y el terreno abonado por el régimen jurídico castellano-manchego parece el propicio para que brote una interesante paradoja democrática.

En suma, tres modelos que dentro del panorama autonómico pueden considerarse excepcionales y que, al menos hasta donde tenemos noticia, no habían sido analizados desde la perspectiva conjunta del Derecho electoral y parlamentario. Estos ponen de manifiesto la actualidad de la advertencia formulada por Palacios Romeo (2021, p. 38):

La alternativa del parlamentarismo negativo en su modalidad de mayoría relativa positiva sería el mecanismo con el que evitar los supuestos problemas de gobernabilidad una representación parlamentaria pura o igual. Desde el principio hay que advertir que esta fórmula solo sería admisible desde un planteamiento de reivindicación de un Parlamento de correspondencia proporcional pura, en donde podrían plantearse problemas de gobernabilidad al encontrarnos ante un muy fragmentado Parlamento, y que es democráticamente inadmisibles en parlamentos con bajos índices de proporcionalidad, ya que todavía se acentuaría más la desproporción.

Y es que, al contrario de lo que sería recomendable, en el caso español las técnicas que facilitan la investidura se recogen precisamente en Asambleas cuyo sistema electoral presenta especialidades respecto al régimen más extendido en lo tocante a los elementos espaciales. Es así que, si se pretende garantizar la legitimidad de la elección del presidente autonómico, sería necesario profundizar en la conexión que guarda respecto de la que ha de predicarse de la Asamblea legislativa. Si la Cámara presenta una desproporción muy notable en su composición, impide por efecto de sus propias normas el reflejo del pluralismo político o plasma determinadas características sociológicas relativas al reparto de la población entre distritos que generen desacompasamiento entre sufragios y escaños; quizás sea pertinente replantearse el modelo de investidura. Solo así será posible que la realidad política no pervierta, dentro de la Constitución, su espíritu mismo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCE JANÁRIZ, A. (2004). El régimen electoral del Principado de Asturias. *Cuadernos de Derecho Público*, 359-371.
- ARCE JANÁRIZ, A. (2021). La forma de gobierno del Principado de Asturias. En F. Sosa Wagner, *Asturias: 40 años* (págs. 81-119). Reus.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J. (2001). De nuevo sobre el modo de designación de los Presidentes autonómicos y la forma de gobierno. *Parlamento y Constitución. Anuario*, 39-70.
- DE OTTO LÓPEZ, B., Y CAÑAL-FERNÁNDEZ, V. (2013). El sistema electoral autonómico en Asturias: análisis y alternativas. *Administración & Ciudadanía*, 8(1), 65-84.
- FERNÁNDEZ ESQUER, C. (2016). Algunos problemas en la articulación jurídica de los sistemas electorales autonómicos. *Revista de las Cortes Generales*, 327-357.
- FERNÁNDEZ ESQUER, C. (2016). Las sucesivas reformas del sistema electoral castellano-manchego: argumentos esgrimidos, motivaciones silenciadas. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*(34), 69-94.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (1995). *Los senadores designados por las comunidades autónomas*. Cortes Generales, Centro de Estudios Constitucionales.
- GARROTE DE MARCOS, M. (2007). *El ámbito territorial de las elecciones al Congreso de los Diputados en España*. Congreso de los Diputados.
- GARROTE DE MARCOS, M. (2015). El control de constitucionalidad del sistema electoral de las Cortes de Castilla-La Mancha: a propósito de las SSTC 197/2014 y 15/2015. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 279-302.
- GAVARA DE CARA, J. C. (2004). Los regímenes electorales autonómicos como sistemas proporcionales. *Cuadernos de Derecho Público*, 205-237.
- LAGO, I., Y MONTERO, J. (2004). Más votos y menos escaños: el impacto del sistema electoral en las elecciones autonómicas catalanas de 2003. *REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (105), 11-42.
- LOEWENSTEIN, K. (1965). *Teoría de la Constitución* (2ª ed.). Ariel.
- LÓPEZ NIETO, L. (2016). Notas sobre el rendimiento de los sistemas electorales en España (1976-2015). *Revista latinoamericana de política comparada*, 11, 69-107.
- NOHLEN, D. (2015). *Gramática de los sistemas electorales*. Tecnos.
- OLIVER ARAUJO, J. (2011). *Los sistemas electorales autonómicos*. Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autonòmics.

- PAJARES MONTOLÍO, E. (2021). Los sistemas electorales de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. En F. Palacios Romeo, y E. Cebrián Zazurca, *Elección y representación: una conjunción compleja. Perspectivas y problemas de los regímenes electorales en España*. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.
- PALACIOS ROMEO, F. (2021). ¿Gobernabilidad o barbarie? El dilema falaz sobre la representación igual. Apuntes sobre ideología de la gobernabilidad, proporcionalismo puro y cultura consensual constitucional. En F. Palacios Romeo, y E. Cebrián Zazurca, *Elección y representación: una conjunción compleja. Perspectivas y problemas de los regímenes electorales en España*. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.
- PEÑARANDA RAMOS, J.L. (2018). Artículo 152. En L.M. Cazorla Prieto, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Aranzadi.
- PÉREZ-MONEO, M., GARROTE DE MARCOS, M., Y PANO PUEY, E. (2019). *Derecho electoral español*. Juruá.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. (1998). Artículo 152-Estructura institucional de las comunidades autónomas. En Alzaga, *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Vol. XI). Cortes Generales.
- ROSE, R. (1983). En torno a las opciones en los sistemas electorales. *Revista de Estudios Políticos*, 89-102.

A COMPARATIVE LAW APPROACH TO THE REGULATION OF SOCIAL NETWORKING PLATFORMS

UNA APROXIMACIÓN DE DERECHO COMPARADO A LA
REGULACIÓN DE LAS PLATAFORMAS DE REDES SOCIALES

Vicente MORET MILLÁS
Letrado de las Cortes Generales
<https://orcid.org/0000-0001-6757-252X>

Ignacio SÁNCHEZ GIL
Abogado
<https://orcid.org/0000-0003-0130-1350>

Fecha de recepción del artículo: enero 2022
Fecha de aceptación y versión final: junio 2022

ABSTRACT

Social networking platforms have brought tremendous benefits in multiple aspects. However, they also open the door to new threats to democracies and fundamental rights, such as cybercrimes, disinformation, content censorship or mass surveillance. In the following pages we will analyse some of the most relevant regulatory approaches adopted worldwide, in order to cope with this paradigm shift. Finally, we will briefly mention the main characteristics of the Proposal for the Digital Services Act: a new Regulation which, in the following years, will presumably transform the regulation guidelines of social platforms in the European Union and in the rest of the world.

Keywords: platforms, social networks, democracy, free speech, censorship, China, United States, European Union, information society services, Digital Services Act.

RESUMEN

Las plataformas de redes sociales han aportado enormes beneficios en múltiples aspectos. Sin embargo, al mismo tiempo, también abren la puerta a nuevas amenazas para las democracias y los derechos fundamentales, tales como los ciberdelitos, la desinformación, la censura de contenidos o la vigilancia masiva. En las siguientes páginas analizaremos algunos de los enfoques regulatorios más significativos adoptados a lo largo del planeta para hacer frente a este cambio de paradigma. Finalmente, mencionaremos brevemente las principales características de la Propuesta de Ley de Servicios Digitales: un nuevo Reglamento que, en los próximos años, presumiblemente transformará las pautas de regulación de las redes sociales en la Unión Europea, y en el resto del mundo.

Palabras clave: plataformas, redes sociales, democracia, libertad de expresión, censura, China, Estados Unidos, Unión Europea, Servicios de la Sociedad de la Información, Ley de Servicios Digitales.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. 1. Challenges posed by social networking platforms. II. THE UNITED STATES AND SECTION 230 OF THE CDA. III. CHINA AND THE PRINCIPLE OF CYBER-SOVEREIGNTY. IV. EUROPEAN UNION AND THE E-COMMERCE DIRECTIVE. 1. E-commerce Directive. 2. Implementation of the Directive. 3. Fight against disinformation. 4. Germany and France: fighting disinformation at national level. V. THE DIGITAL SERVICES ACT: A SHIFT IN THE PARADIGM? VI. CONCLUSION. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCTION

In November 3rd 2003, a young student at Harvard was notified that he would be investigated by the university's Administrative Board for inappropriately using online posted pictures of students in order to create the web page facesmash.com, where students could rank each other's pictures, similar to the (at that time) popular site "Am I Hot or Not?"¹. The following day, the page was removed. One year later, from the ashes of that project, young Mark Zuckerberg launched thefacebook.com. While access was initially restricted to Harvard students, its popularity expanded, and in 2009, after overtaking MySpace, it became the most popular social network worldwide². In April 10th 2018, the Congress of the United States required Zuckerberg to appear before them to explain how Cambridge Analytica, a political consulting firm could have harvested data from approximately 87 million Facebook users for 2016 elections. This was the first serious attempt by public powers to demand accountability to social networking platforms while acknowledging their unprecedented potential to harm open societies as we know them: A shift in the paradigm, through which the internet would be no longer a land without law, alien to the intervention of the State. Now the question is not if states have to regulate the cyber-dominion, but how, and to what extent, in order to preserve demo-liberals societies fundamental rights and freedoms.

1. Challenges posed by social networking platforms

Whereas it is true that all economic disruptions imply some sort of social impact, it is not easy to think about any historical example of elements transforming the society in such a profound way and in such a short period of time like social networking platforms have done. In this sense, growth of social networking platforms has deep implications on how we work, how we learn, how we develop our relationship. In fact, the net has changed the way we understand the world and the way we understand ourselves.

¹ Katharine A., 2003.

² Edosomwan, Seymour, Watson, Kouame, & Prakasan, 2011, p. 4.

However, while these changes open the door to new possibilities of progress, knowledge, involvement and development, they also generate new threats to be faced by free societies, such as cybercrimes, disinformation, and digital suppression of fundamental rights. All of them are deeply related with rule of law and protection of fundamental rights and freedoms, and all of them implies a brand new approach in the regulatory activity of states in order to cope with this new paradigm.

Firstly, cybercrimes, or crimes committed through the internet, are those offences in which communication systems are used in the commission or facilitation of criminal activity. Cybercrimes are challenging mainly because of its transnational nature, which escapes classic structure of criminal procedural law, built over the concept of sovereignty as the supreme authority within a territory. One of the most dangerous activities in that sense are the attacks on critical infrastructures, as Colonial and SolarWinds cyberattacks made clear. In that case, cybercrime is clearly related with geopolitical conflicts and states sponsored activities. This situation needs to be addressed by international agreements on limits to those offensive activities. When the importance of boundaries falls down in favour of a ubiquitous internet, we require international instruments to enhance coordination among states, such as the Budapest Convention on Cybercrime (ETS No. 185). Messages constituting criminal offences such as copyright infringements or fraud can dramatically increase their chances of succeeding (and their negative effects) thanks to social networking platforms, as they open the door to a huge new potential audience.

Secondly, we shall discuss disinformation. Disinformation can be defined as “*false, inaccurate, or misleading information designed, presented and promoted to intentionally cause public harm*”³. Disinformation is different to misinformation: while both imply spreading false information, the latter is the result of an error, while the former is performed deliberately. On the last few years, a tendency of social networking platforms being used as a mean to be informed has grown globally. Pew Research Center collects how in the United States in 2016, 62% of population used social media as a source of information.

³ European Commission, 2018, p. 11.

Two years later, the proportion increased to 68%⁴. In 2020, 72% of respondents admitted to get news from social media, at least rarely⁵. According to Reuters Institute, in Spain social media evolved from representing 28% of total news sources in 2013 to 53% in 2021⁶.

In this context, social networking platforms can be a perfect window for stakeholders willing to exercise their influence over public opinion. Multiple experts have provided evidence about the spread in the use of disinformation campaigns during the last years, especially in the context of electoral processes⁷. A more recent approach to the relevance of the question is the misinformation spread on COVID 19 vaccines. In this regard, countries like Russia or China usually have engaged in the so-called “hybrid wars” or “non-linear wars”, which refer to the use of non-military means, such as campaigns based in strategically spreading disinformation, to achieve its goals. On the national level, populist movements have also benefited from strategic dissemination of disinformation messages through social networking platforms, with outstanding examples such as the roles displayed by Facebook or Whatsapp during the Brexit referendum⁸ or Brazilian 2018 elections, respectively. These campaigns normally use technologies that increase their credibility, such as bots, which artificially enhance the spread of a message in social networking platforms, or deep fakes, which allow the creation of ultra-realistic fake videos without the necessity of possessing high technical skills.

So far, we have mentioned cybercrimes and disinformation as two of the main problems originating in social networking platforms. A third one, directly derived from them, is the level of discretion that is granted to the social network itself to moderate problematic content. Whereas in practice all legal systems will allow (and sometimes force) social networking platforms to eliminate illegal content, they may use their discretion to moderate content in an arbitrary way. In this

⁴ Shearer & Matsa, 2018.

⁵ In its 2020 report, Pew Research Center changed the formulation of its survey's questions and, thus, its results are not directly comparable to previous years. However, we still consider that this piece of data could be interesting for the reader (Shearer & Mitchell, 2021).

⁶ Reuters Institute, 2021, p. 103.

⁷ Oxford Internet Institute, 2019, p. 6.

⁸ United Kingdom Parliament, 2019.

sense, social networking platforms like Twitter have been accused of moderating and managing content with an ideological bias⁹.

Which is the role of social platforms within this panorama? While it seems evident that they make the primary decisions about their moderation policies, they also may play an active role on the way disinformation is distributed. It could be thought that social networking platforms are passive intermediaries, acting merely like “public squares” through which users communicate with each other. However, the vast amount of information that they host and the need to filter it provokes that decisions on how information is filtered and ranked utterly condition which information is visible at all. Reputed voices from different fields¹⁰ start demanding responsibility to social networking platforms for the way they perform content curation, partially blaming them for favouring the spread of populism and radicalization of public discourse. In this sense, we are seeing the first cases of online platforms facing liability for the way they filter content.¹¹

Through the following lines we will study the present and discuss on the future of social networking platforms’ responsibility. We will focus on social networking platforms “secondary liability” (i.e. liability arising vicariously from the illegal behaviour of users). We will begin by examining some of the main regulatory approaches that have been proposed globally to solve this problem: starting from the American approach, set up over section 230 of the Communication Decency Act, we will review the interventionist Chinese model, based on the principle of cyber-sovereignty. After discussing the European system, we will briefly mention main characteristics of the Proposal for the Digital Services Act: a new Regulation which, in the following years, will presumably transform the paradigm about regulation of social platforms in Europe, and worldwide.

⁹ See, for example McMillan & Horwitz, 2020.

¹⁰ Fukuyama, Richman, & Goel, 2020.

¹¹ European Commission decision against Google Shopping (Case AT.39740 – Google Search (Shopping)), in the context of competition law.

II. THE UNITED STATES AND SECTION 230 OF THE CDA

The First Amendment of the United States Constitution protects freedom of speech and press and limits the ways through which Congress can restrict this freedom. Although not all types of speech receive the same protection, in general, restrictions on free speech have to satisfy a highly demanding standard¹². In *Reno v. American Civil Liberties Union*, United States Supreme Court recognized that this constitutional protection extends also to communications through the cyberspace. If we wonder about the specific regulation on social networking platforms' liability, it is found in section 230 of the Communications Decency Act (CDA) (47 U.S.C. §230), a federal law passed in 1996.

In order to fully understand section 230, we need to consider the historical context where it was enacted. In 1995, a New York court decision threatened the future growth of primitive communication services providers: in *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co.*, a trial court opened the door to the possibility that, when engaging in moderation of content posted through them, platforms could be considered “publishers” of information posted by users. In common law, publishers (or speakers) of illegal content may be found “strictly liable” for harms caused through that content, as it is considered that they can exercise “editorial control” over it. This would mean that they would face the same liability than a newspaper publisher for possible defamation contained in it, as long as they actively engaged in content moderation.

As this situation run the risk of disincentivizing platforms to moderate any kind of content posted by third parties, United States Congress Representatives designed section 230 as a way to protect platforms. It is necessary to bear in mind that by doing this the US was clearly foreseeing the future in order to protect a brand new digital economy in a way that has provided the country with the world leadership in digital business. Section 230 c(2) precludes platforms' legal responsibility when they blocked offensive material in a good faith (“*Good Samaritan*”) effort, as a response to an increasing public

¹² Goldman, 2020, p. 3.

concern on how to protect minors from obscene material on the internet. Thus, platforms do not have to face liability for good faith editorial decisions made to moderate, edit or delete content that they find “*obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable (...)*”. Section 230 c(1) also precluded the possibility that platforms were regarded as “publishers” of any defaming information hosted or transmitted by them as long as it was provided by third parties, in order to promote free exchange of ideas through the internet.

It shall be noted that U.S. Supreme Court has not established uniform case law on section 230, which provokes discrepancies among the interpretations given by different regional courts. However, a common note when interpreting section 230 is that courts have granted internet service providers a much wider protection than the original writing of the law. In this sense, although section 230 only protects internet platforms from liability as “publishers”, in *Zeran v. America Online, Inc.*, Court of Appeals for the Fourth Circuit interpreted the norm in a way that it also precluded “distributor” liability (in common law, distributors are liable if they know the content they are sharing is illegal); meaning that platforms may also be protected from sharing illegal third party content even though they are conscious of its illegal nature; other cases show how internet service providers are protected when they exercise any type of discretion in decisions over which content to eliminate, beyond the “good faith” requirement¹³. Platforms are also protected from liability arising from illegal content which is provided only in part by third parties and in part by the same online platform, as long as platform’s contribution is not “material”¹⁴.

Beyond defamation, section 230 has been interpreted as protecting online platforms in situations where it seems reasonable to think that individuals or firms participating in other economic activities may face liability. In *Jane Doe No. 1 v. Backpage.com, LLC* the defendant deliberately used its platform as a structure to facilitate human trafficking. In *Force v. Facebook, Inc.*, the defendant recommended content created by terrorists. In *Gentry v. eBay, Inc.*, a platform failed to prevent consumer fraud, and in *Hinton v. Amazon*.

¹³ *MalwareBytes Inc. v. Enigma Software Group USA, LLC*, pp. 7,8.

¹⁴ *MalwareBytes Inc. v. Enigma Software Group USA, LLC*, pp. 5,6.

com.dedc, LLC, it was found that the defendants sold dangerous products subject to a recall. In all these cases, online platforms remained in impunity.

Partially, as a response to these judiciary interpretations, in 2018 the Congress passed the “*Allow States and Victims to Fight Online Sex Trafficking Act*” (FOSTA)¹⁵, through which section 230 protection was removed (“carved out”) to online platforms which fostered or failed to eliminate with “*reckless disregard*” sexual services’ advertisement.

This expansive interpretation given by courts has received plenty of criticism. Professor Tushnet¹⁶ points to the unbalance among the big power given to internet service providers and the little responsibility asked in return. At the same time, professor Citron assesses that construction given to section 230 minimizes “*incentives for better behaviour by those in the best position to minimize harm*”¹⁷.

Debate on section 230 has even reached the political arena. In May 2020, due to an alleged anti-conservative bias displayed by some online platforms, former United States President Donald Trump issued an Executive Order¹⁸ through which, among other measures, it required the Federal Communications Commission (FCC) to issue regulations to clarify section 230 in a way that narrows its broad scope of application as a first step towards a radical reform of section 230. Even though before the elections President Joe Biden showed his disconformity with current state of section 230¹⁹, last May he issued an Executive Order derogating the previous Executive Order issued by Trump, and thus stopping any process of reforming the CDA. Besides that, the official attitude of Biden Administration towards section 230 has been, by now, neutral. We shall briefly mention how

¹⁵ *Allow States and Victims to Fight Online Sex Trafficking Act of 2017*. Available in <https://www.congress.gov/115/plaws/publ164/PLAW-115publ164.pdf>

¹⁶ *Ibid* at pp. 10-12.

¹⁷ “(B)usinesses that are not merely failing to take ‘Good Samaritan’ steps to protect users from online indecency but are actually being ‘Bad Samaritans’” (Citron & Wittes, *The Internet Will Not Break: Denying Bad Samaritans* § 230 Immunity, 2017, p. 409).

¹⁸ Executive Order on Preventing Online Censorship. Available in <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-preventing-online-censorship/>

¹⁹ Kelly, 2020.

several bills have been introduced to amend section 230, without achieving success. Among the most interesting ones we could mention the “EARN IT Act”, that would condition section 230 protection to online platforms in cases of child pornography to the fulfilling of a list of “*best practices*”, such as eliminating end-to-end encryption, or the “*Ending Support for Internet Censorship Act*” that would regard section 230 protection as a privilege that would be obtained through the achievement of a certification expedited by the Federal Trade Commission if the online platform is able to show that it moderates content on a neutral, unbiased way.

III. CHINA AND THE PRINCIPLE OF CYBER-SOVEREIGNTY

China understands the whole Internet in a different way to Western countries. While for the latter, the internet is a global, “free and open place”, for China the internet is no different to any other space falling within its territory and, as such, it shall be able to exercise its “cyber-sovereignty” (*wangluo zhuquan*²⁰) over it. We know, however, that the concept of sovereignty presupposes physical boundaries separating one country from another, within which power is exercised. China, then, translate that power to the ubiquitous cyberspace.

China has created a huge filtering system, commonly known as “*the Great Firewall*”, which, in practice, isolates Chinese citizens from foreign online content. Also, China has favoured those actors, data, infrastructure, required to provide internet services that are located within its territory: for example, favouring national suppliers of technology over foreign ones or requiring that DNS servers registered in China are located within its territory²¹. This way China ensures that, despite not being able to control the cyberspace *per se*, it can substantially influence it by controlling physical actors and process whereby internet operates.

Regarding Chinese legal regime, all types of internet service providers must comply with abundant regulation (and are subject to big liability risks) when operating in China. E-commerce platforms,

²⁰ Creemers, 2020, p. 108.

²¹ *Ibid* at 116-121.

for example, may be held jointly and severally liable for damages caused by products sold by them if the platform fails to retire the link in a timely manner²².

Focusing now on social networking platforms, they are subject to demanding *ex ante* and *ex post* controls. *Ex ante*, online operators engaging in providing information must obtain a license in order to provide such services²³. These licenses are granted by the Cyberspace Administration of China (CAC), an official institution designed to direct and oversee online content. Social networking platforms are obligated to record and, if asked for it, grant to the authorities users' data about their address, name, or time of connection²⁴.

Contrary to what happens in the United States through section 230, social networking platforms may be held liable for the content that they host. In this sense, they are required to comply with China's censorship policy, through banning content which is regarded as "politically harmful"²⁵. This broad concept encompasses, *inter alia*, pornographic, defamatory and discriminatory content, but also includes messages opposed to constitutional principles, rumours and other content which may subvert the public order²⁶. Together with engaging in censorships, platforms are required to exercise additional obligations in terms of collecting and verifying data about users' real identities and grade them accordingly to whether they have breached certain rules. Users seriously breaching law may get their accounts closed²⁷.

Referring to the sanctions, users publishing or disseminating "politically harmful" content may be subject to fines, or even criminal liability²⁸. Chinese Cybersecurity Law also opens the door to the possibility of extending liability to social networking platforms for

²² Xia, 2019.

²³ See <https://www.cecc.gov/international-agreements-and-domestic-legislation-affecting-freedom-of-expression>. Actually, there are cases where Chinese government is given a special share, or veto power inside private companies dedicated to re-publishing, which grants it direct controlling power over the firms' decisions (Wang, 2020, p. 6).

²⁴ Congressional Executive Commission on China.

²⁵ Wang, 2020, pp. 2-4.

²⁶ Cyberspace Administration of China, 2019.

²⁷ Cyberspace Administration of China, 2017.

²⁸ Zhang, 2019.

hosting these contents. Sanctions may include fines, obligation to restore the damage, or even permanent closure of the platform or app²⁹.

Notwithstanding, a good example of how Chinese authorities understand the scope of powers of the state in relation with Big Tech companies can be seen in recent regulation and sanctions activities on June and July 2021, when China governmental agencies started deep consequences actions against powerful digital companies³⁰.

IV. EUROPEAN UNION AND THE E-COMMERCE DIRECTIVE

1. *E-commerce Directive*

The pinnacle of European legal order on social networking platforms' liability is the Directive 2000/31/EC³¹, commonly known as the "e-commerce Directive". E-commerce directive applies to "information society services", which are defined as any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services³². This concept encompasses different types of services, such as online press, e-healthcare, search engines and, also, social networking platforms. The material scope of the Directive comprises different aspects related to electronic commerce activities, among which we find the system of "*Liability of intermediary service providers*" for third parties-generated content.

Under the e-commerce Directive, social networking platforms are protected from liability arising from illegal activities performed by their users through their platform. However, unlike section 230, this protection is not absolute: the e-commerce Directive establishes "safe harbours" for three specific types of services. These safe harbours will be conditioned to more and more requisites depending on the degree of control that each type of service provider has over the information.

The first services, described in article 12, are "mere conduit", or transmissions of information which are not initiated, nor modified (and in which the recipient is not selected) by the service provider. If

²⁹ Wang, 2020, p. 4.

³⁰ The Economist, 2021.

³¹ Directive 2000/31/EC, on electronic commerce.

³² Transparency Directive 98/38/EC as amended by Directive 98/48.

these services fulfil the requisites described in the Directive, service provider is regarded as lacking control or knowledge about the content, and thus it does not face liability.

Article 13 protects services regarded as “catching”, which means the transmission of information requiring “*automatic, intermediate and temporary storage of that information*”, with the sole purpose of increasing efficiency, and without modifying the information. This type of service requires that information is stored during a longer period of time than “*mere conduit*” services, and thus extends service provider’s responsibility over it, by subjecting its safe harbour to more demanding standards. For example, service provider shall disable access to a specific information if it has “*actual knowledge of the fact that the information at the initial source of the transmission has been removed from the network, (...) or that a court or an administrative authority has ordered such removal or disablement*”. Such an obligation does not exist for “mere conduit”

Finally, article 14 of the Directive protects mere “hosting” of illegal information³³, without any further need to transmit it, as long as the service provided lacks knowledge of the illegal nature of the content. As this service implies a closer relation among the service provider and the content, the former will be protected from the illicit nature of the latter only if he ignores it, or if he acts expeditiously when he notices. Note that, contrary to “catching” the illegality of the content shall be appreciated by the service provider itself, and not by an outsider court or an administrative authority, confirming that obligations increase as so does control over content.

This requisite has received criticism by scholars³⁴ for favouring service providers who do not engage in any type of moderation over those who regularly delete illicit content and do not remove a punctual comment, *de facto* incentivizing service provider not to engage in content monitoring, similar to what we saw with *Stratton Oakmont, Inc* within the American context (what some experts call the “moderators dilemma”). However, the European Commission

³³ Note that, whereas the Directive does not contain a definition of “illegal content”, it is likely that it encompasses content which is illegal under EU or national law (European Commission, 2012, p. 25).

³⁴ Lodder, 2017, pp. 32,33.

clarified in its communication on Tackling Content Online that “*In particular, the taking of such measures need not imply that the online platform concerned plays an active role which would no longer allow it to benefit from that exemption*”³⁵.

Apparently, in all these cases, e-commerce Directive requires, through its recital 42, that the activities have a “*mere technical, automatic and passive nature* implying that the service provider *has neither knowledge of nor control over the information*”, so the service provider does not make any material (as opposed to technical) contribution to the data. Court of Justice of the European Union (CJEU)’s case law has shifted its view on whether these requirements apply also to “hosting” services, however, in *L’Oréal v. eBay*, the CJEU stated that, in order to benefit from safe harbour in art. 14, service providers cannot *have knowledge* about the illegal nature of the information³⁶, neither because of the *general* way in which the service is designed, nor because it has *specific* knowledge about the particular illegal content. Even without having such knowledge, safe harbours will not be applicable if a “*diligent economic operator*” would have identified such illegality³⁷. Through this standard, the Directive goes beyond establishing merely an obligation to react when the illicit content is detected, requiring a positive duty of reasonable care³⁸.

Besides that, Recital 43 requires that services are “*no way involved with the information transmitted*”. However, this does not apply for “hosting” services.

The Directive also protects internet service providers by preventing national authorities from imposing general monitoring obligations over them, through its article 15, as this would be equivalent to exercising *ex ante* censorship. According to recital 45, this does not preclude the possibility that Member States issue prohibitory injunctions tending to terminate or prevent a specific infringement. These injunctions, however, cannot impose “general filtering sys-

³⁵ European Commission, 2017.

³⁶ In its previous case law (see joined cases C-236/08, C-237/08 and C-238/08, *Google France and Others v. Louis Vuitton Malletier*) CJEU had demanded a higher requisite of neutrality to the service provider (Valcke, Kuczerawy, & Ombelet, 2016, p. 8).

³⁷ C-324/09, *L’Oréal and Others v. eBay International AG* para. 112-120.

³⁸ Valcke, Kuczerawy, & Ombelet, 2016, p. 10.

tems”, understood by the CJEU as systems applying to all customers, as a preventive measure, at the service provider’s expense and indefinitely³⁹. According to recital 48, however, national authorities are also allowed to impose reasonable duties of care to detect certain illegal activities. Some scholars have criticized the vagueness of its wording and pointed to the contradiction among recital 48 and article 15⁴⁰. Whereas the exact scope of these types of prohibitions remains unclear, in *Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited in.*, the CJEU declared admissible that a Member States orders the removal of a specific information worldwide⁴¹.

In addition to the above, the European landscape of obligations for online platforms goes beyond the e-commerce Directive. Different sector-specific rules enhance the obligations of internet service providers in fields like fight against hate speech and violence⁴², copyright infringements⁴³ or terrorism⁴⁴. However, for the sake of simplicity, we will limit our discussion to the general rules contained in the e-commerce Directive.

Finally, together with hard law, EU uses soft regulation as a faster and more flexible way to fight specific types of illegal content. EU encourages and coordinates the creation of codes of conduct, fora or memoranda. Find bellow a table containing some of the most relevant initiatives taken in this regard.

³⁹ See C-70/10 - *Scarlet Extended v. SABAM* and C-360/10 - *SABAM v Netlog NV* (Valcke, Kuczerawy, & Ombelet, 2016, p. 8).

⁴⁰ Barceló & Koelman, 2000.

⁴¹ *Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited in.* Case C-18/18.

⁴² Directive (EU) 2018/1808 (Audiovisual Media Services Directive) in view of changing market realities. Art. 28a.

⁴³ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.

⁴⁴ Regulation (EU) 2021/784 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2021 on addressing the dissemination of terrorist content online.

Type of illegal content	Hard-law	Soft-law	Co/self-regulation
<i>BASELINE</i> All types of illegal content online	- Dir. 2000/31 e-commerce	- Communication 2017 Illegal content online - Rec. 2018/334 Illegal content online	
<i>Child sexual abuse</i>	- Dir. 2011/92 Child sexual abuse		- CEO Coalition (2011) - ICT Coalition for Children Online (2012) - Alliance to Better Protect Minors Online (2017)
<i>Terrorist content</i>	- Dir. 2017/541 Terrorism	- Rec. 2018/334 Illegal content online	- EU Internet Forum
<i>Hate speech</i>	- Dir. AVMS in case of video-sharing platforms		- CoC Illegal hate speech online (2016)
<i>IP violation – copyrighted content</i>	- Prop Dir. Copyright DSM		
<i>IP violation – counterfeit goods</i>			- MoU Counterfeit goods online (2011-2016)

De Stree, Buiten, & Peitz, 2018, p. 32.

2. Implementation of the Directive

Regarding the implementation of the Directive, in 2007, the European Commission published the results of a report prepared by an external consultant detailing how the e-commerce was being transposed at national level.

Whereas there may be certain degree of divergence among the scope of the concept of information services, liability safe harbours' transpositions has been generally homogeneous⁴⁵, maybe with the exception of hosting services, as their requisites can vary across some Member States⁴⁶. Finally, art. 15 has been source of big litigation. In this sense, plenty of case law has tried to make compatible the previous apparent contradiction among this article (prohibiting the imposition of general monitoring obligations) and injunctions imposing specific monitoring obligations⁴⁷.

⁴⁵ Kastberg & al, 2007, pp. 32-34.

⁴⁶ For example, some countries differentiate among “actual knowledge” (subjected to criminal liability) and “knowledge of elements from which illegal nature is apparent” (subjected to civil liability). Similar divergences can be found with respect to when a content is “manifestly illegal”, the category of “expeditiousness”, *inter alia* (*Ibid* at 32-37).

⁴⁷ *Ibid* at 52.53.

3. Fight against disinformation

EU acknowledges that disinformation is a threat affecting fundamental rights such as opinion or expression, and therefore tries to fight it using different tools. Currently, it does so through the collaboration with different stakeholders involved in the problem.

Among these initiatives we can begin by mentioning the Code of Practice on disinformation (CPd) presented in 2018, “*the first worldwide self-regulatory set of standards to fight disinformation voluntarily signed by platforms*”⁴⁸. Codes of conduct can be a more effective tool than hard regulation to tackle online threats due to their higher degree of flexibility. The CPd relies on a self-regulatory approach. It has been signed by different types of stakeholders that compromise themselves to perform a series of best practices in fields such as revising their advertising policies to reduce monetization to content and users that contribute to diffusion of information, increasing transparency of political advertising, limiting the use of techniques such as spam of bots or empowering consumers⁴⁹.

Currently, the CPd has been signed by important platforms such as Facebook, Microsoft or Twitter. Regarding its effectiveness, while it is true that the first results show how these actors have acted in some aspects, such as adopting measures against false accounts, increasing transparency of political advertising or rising visibility of reliable sources, the Commission stresses the need to improve in other areas, like ensuring a more uniform application of the CPd across countries, the establishment of a clear, objective monitoring system, or a closer collaboration with fact-checkers, among other points⁵⁰. The COVID 19 monitoring programme, put in place by the Commission to regularly control platforms’ efforts to fight COVID disinformation, confirmed some of these shortcomings⁵¹.

In order to tackle some of the mentioned limitations, the Commission recently issued additional guidance for the signatories of the CPd⁵². Additionally, we shall mention that voluntary codes of conduct,

⁴⁸ European Commission, 2020.

⁴⁹ See the annex to the CPd (European Commission, 2018).

⁵⁰ European Commission, 2020.

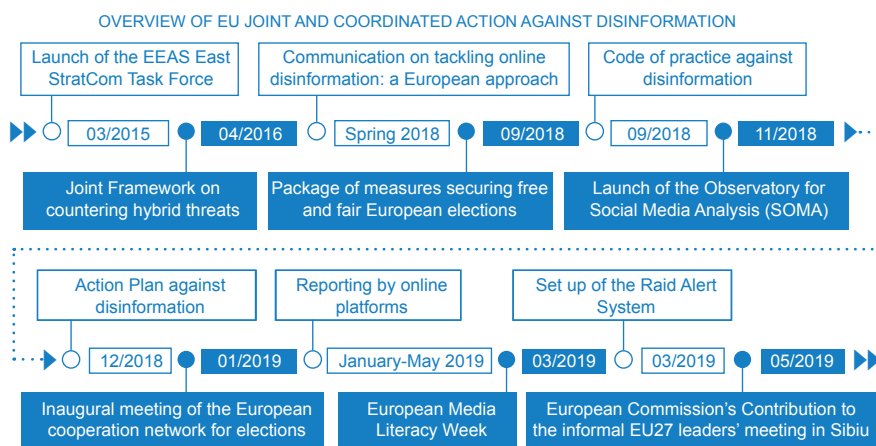
⁵¹ European Commission, 2021.

⁵² *Ibid.*

including the CPd, will become especially relevant for large platforms after the future Digital Services Act is passed, as the adoption of such standards can be regarded a “*risk mitigating measure*”, in the light of its article 27⁵³. Time will show whether this actions will be enough to make the CPd a more effective instrument to coordinate stakeholders to fight disinformation.

We shall also mention how, in order to fight strategic disinformation campaigns, the East Strategic Communication (StratCom) Task Force together with other Task Forces were created to work closely with Member States and EU institutions to fight against disinformation campaigns. They do not engage in counterpropaganda, but rather focus in finding and pointing specific disinformation messages out. Since its creation in 2015, East StratCom Task Force has identified more than 4500 pieces of disinformation originated in Russia⁵⁴.

See bellow a graphic illustrating some of the actions adopted by the EU to fight against disinformation.



European Commission, 2020.

⁵³ See *infra* chapter on the Digital Services Act.

⁵⁴ European Commission, 2018, pp. 4,5.

4. Germany and France: fighting disinformation at national level

Besides efforts displayed by the European Union (EU), some Member States have developed their own initiatives to fight disinformation campaigns compromising state interests. In this sense, two of the most innovative regulatory approaches come from two norms approved in Germany and France.

In 2015, German social networking platforms were being shaken by hate speech messages, partially due to the social upheaval caused by the huge number of refugees arriving from Syria⁵⁵. Failure to remove illegal content by platforms led to the adoption of the “*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*” (“Network Enforcement Act” or “NetzDG”) on June 30, 2017. This norm applies to social networking platforms with more than 2 million users in Germany, and imposes them obligations like publishing transparency reports, or removing hosted content constituting offences like disseminating propaganda of unconstitutional organizations or defaming the main institutions of the State. Social networking platforms must provide its users with a transparent and effective complaint mechanisms that allows them to report content constituting any of the previously mentioned offences, which, in principle shall be deleted within 7 days since the reception of the user’s report. In case of breaching obligations under NetzDG, social networking platforms can be subject to fines up to 50 million euros. In this sense, in July 2019, Facebook was fined with 2 million euros for failing to fulfil its transparency duties⁵⁶.

Regarding the second case, the “*Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*” (“Law of 29 July 1881 on the freedom of press”) had been in force for more than 130 in France. This law punished bad faith creation or spreading of fake news, previewing fines up to 135.000 euros. If those messages negatively affect the result of an election, French Electoral Code regulates, on its article L97, sanctions up to 15.000 euros and one year in jail. Despite these norms, fear of disinformation campaigns increased after the leaking of large amounts of false emails allegedly belonging to 2017 presidential candidate

⁵⁵ Heldt, 2019.

⁵⁶ Bundesamt für Justiz, 2019.

Macron⁵⁷, prompting additional measures to fight disinformation. As a result, in 2018, the new *Loi n° 2018-1202 relative à la lutte contre la manipulation de l'information* (“Law against the manipulation of information”) was enacted. This norm imposes a series of duties to online platforms including social networking platforms, related to increasing their levels of transparency and actively collaborating to fight disinformation. Among its most remarkable innovations we could mention the creation of a duty to establish clear systems allowing users to report false information, an increase in the transparency requirements related to algorithms and paid advertisements relating politically controverted material, or the requirement of actively acting against massive disseminators of information, *inter alia*.

Transparency obligations become stricter over the course of the three months previous to an electoral process, during which platforms shall provide information about their advertising-generated income and the way they are utilizing user-generated data. Breach of these latter obligations goes in hand with sanctions up to 75.000 euros and a year in prison⁵⁸. During this pre-electoral period, certain subjects (public prosecutors, political candidates...) are given the possibility to denounce to a judge (“*juge des référés*”) the online spread of a piece of disinformation that may affect the result of the election, which will adopt necessary and proportionate measures to prevent its dissemination within 48 hours. Also, the law strengthens capacities of the *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* (CSA), even recognizing it the capacity to remove the license of an operator controlled by a foreign state, under certain conditions.

V. THE DIGITAL SERVICES ACT: A SHIFT IN THE PARADIGM?

After a public consultation ended in September, 2020, the European Commission announced its proposal for the Digital Services Act Package as an additional step towards regulating how the internet works. This initiative includes two Regulations: the *Digital Markets Act* (DMA) and the *Digital Services Act* (DSA). DMA will limit the power of big online intermediaries regarded as “gatekeepers”,

⁵⁷ Boring, 2019.

⁵⁸ *Ibid.*

mainly through the prohibition of certain unfair practices, in order to reach a more open and equal digital market. DSA will build on the e-commerce Directive, to create a more extensive system of liabilities for online service providers.

Although the DSA still has to go through a long procedural journey before being passed, we can already note some remarkable aspects from the text of its proposal. The DSA will contribute, but not substitute, existing system of liabilities of online services providers. In this sense, the text of the e-commerce Directive, together with sector-specific Regulations and Directives will remain valid with one exception: exemptions from liability contained in articles 12-15 of the e-commerce Directive are deleted, and are incorporated in articles 2-5 of the DSA. The consequence of this is that safe harbours, as interpreted by CJEU case law, will have the rank of a EU Regulation, and its application will need to be uniform across Member States.

The DSA contains important innovations that may strongly affect the current system of social networking platforms' secondary liability. The Regulation introduces a whole new set of obligations for all intermediary services providers. However, these obligations are not equal for all providers, but they work on an incremental way: there are a common set of obligations, comprised in section 1 of Chapter III (such as designing a single point of contact, or publishing annual reports about their moderation practices) which apply to all types of providers of intermediary services, regardless of whether they are big social networking platforms or DNS registrars. However, the rest of the obligations will apply, or not, depending on the type of online service provider affected and its respective size. Section 2 contains obligations for hosting service providers and platforms; section 3 introduces additional obligations only for platforms, and if those platforms have more than 45 million users in the European Union, they have to comply with section 4.

As we mentioned, providers of hosting services and online platforms are also affected by section 2, which includes the obligation to put in place Notice and Actions mechanisms, allowing users to easily notify the service provider about the presence of illegal content on its service. According to art. 14.3 DSA, these notices can be regarded as giving rise to "actual knowledge" of the illegality of

the content, for the purpose of the safe harbour for hosting services (previously included in art. 14 e-commerce Directive). Unfortunately, many relevant elements about the process through which this actual knowledge is obtained remains unclear, such as whether the notice gives rise to actual knowledge from the moment it is sent, or whether the platform enjoys some reasonable time to examine it before being regarded as possessing knowledge. Together with this, in case a piece of information uploaded by a user is removed or blocked by the service provider, section 2 also imposes the obligation to provide the user with a clear statement of reasons justifying the decision.

Together with the previously mentioned obligations, online platforms will also have to comply with section 3. Under this section, users will be able to challenge decisions made by social networking platforms which negatively affect them (such as deleting content uploaded by them, or even their accounts) before a free, user-friendly internal complaint-handling mechanism that must be previewed by the platform, and before an independent settlement body. According to art. 21, platforms will also assume the duty to promptly inform the authorities of a Member State in case they “*become(s) aware of any information giving rise to a suspicion that a serious criminal offence involving a threat to the life or safety of persons*” has occurred or it is likely to occur. Other obligations contained in section 3 are the obligation to give priority to information sent by institutions recognized as “trusted flaggers” in the context of Notice and Action mechanisms, to suspend the accounts of users which frequently provide manifestly illegal content, and to increase their level of transparency. More specifically, platforms shall make sure that users can know, in real time, why a piece of advertisement was particularly targeted to him.

Section 4 includes obligations for very large online platforms (VLOPs), which are those with a number of users exceeding 10% of the European Union population. Exhibit 54 describes how these VLOPs can generate “societal risk” due to their huge influence. In order to balance such power, article 26 includes the obligation to conduct annual assessments about the “systemic risks” stemming from their services in the Union. Within this broad category, article 26 enumerates different types of risks: first subparagraph relates to risk of “*dissemination of illegal content through their services*”;

second, “*any negative effects for the exercise of (...) fundamental rights*”; finally, “*intentional manipulation of their service (...) with an actual or foreseeable negative effect on the protection of public health, minors, civic discourse or actual or foreseeable effects related to electoral processes and public security*”. Once identified, article 27 imposes the obligation to put in place mitigating measures specifically tailored to the identified risks, including the modification of their moderation or content curation practices.

A recent article⁵⁹ pointed out how these two regulations are problematic in several ways. The concept of risks of “*negative effects*” over fundamental rights, or other public goods imposes the obligation over VLOPs to act against content which is not itself illegal (as otherwise, it would be comprised within first subparagraph, previously mentioned). Beyond this, the concept of “*negative effects*” seems excessively broad. No one doubts that news about a scandal involving a country’s prime minister generates negative effects over his right to private life. However, this does not mean that such publications must be removed, as these negative effects are proportionate to citizens’ right to freedom of information. In addition, the problem is not only that the exact scope of this “*negative effects*” concept is not clear, but that this interpretation will be left in the hands of the VLOPs, which will presumably tend to delete “borderline” content as a consequence of this uncertainty.

Besides articles 26 and 27, section 4 includes additional transparency obligation. For example, VLOPs will have to make available the main criteria used by their recommender systems to curate content. They will also have to publish a repository including information about advertisements displayed in the platform in the previous year, an annual report containing the main risks identified, and measures adopted pursuant to articles 26 and 27. Finally, in order to ensure compliance with the aforementioned obligations, VLOPs will have to appoint a compliance officer and be subject to annual independent audits.

Additionally, section 5 fosters the adoption of voluntary self or co-regulatory agreements by the service providers themselves,

⁵⁹ Barata, 2021.

coordinated by the Commission and other public bodies, in order to complement obligations set in the DSA. These agreements can take the form of industry standards, codes of conduct or crisis protocols. Although the writing of section 5 leads to the conclusion that all these measures are voluntary, according to recital 68, adherence to codes of conduct by VLOPs can be considered a risk mitigating measure, in the sense of article 27, and refusal without proper explanation to adhere can be a determinant factor when assessing the platform's compliance with DSA. Under this recital, lines separating voluntary and mandatory measures become partially blurred.

In case of breaching those obligations, digital service providers can be fined by the Digital Service Coordinator, designated at national level, with fines up to 6% of their annual turnover. Under some circumstances, if the breach is performed by a VLOP, the Commission can choose to initiate the proceedings. In case the Commission finds a breach, fines cannot be bigger than 6% of that VLOP's total turnover of the previous financial year.

VI. CONCLUSION

Secondary liability over social networking platforms can be a useful tool for legislators when trying to constrain users' conduct and deter them from carrying out certain activities deemed undesirable. However, just like any other norm tending to shape human behaviour, rules imposing secondary liability involve a trade-off between freedom and security: increasing security through the direct or indirect punishment of undesirable content goes in hand with reducing individual freedom, and vice versa. Divergent answers to the question about what levels of freedom and security are optimum are at the root of the differences between diverse legal systems.

United States legal system, for example, prioritizes the protection of individual freedoms, even though this implies that national authorities will lack legal tools to prosecute certain online intermediaries whose conduct was reprehensible. They can remain in impunity. China chose an opposite option, by imposing extensive legal duties over platforms, as a way to minimize problematic content. By doing so, however, online freedom is strongly repressed.

The European Union designed an intermediate system: online service providers are protected, as long as they comply with some requisites that show that they are (at least partially) alien to the illicit nature of content transmitted or hosted by them. However, in recent years, as a response to emerging threats online, we can perceive a shift in the European paradigm, towards a more interventionist approach, even though it has implied intervention on individual freedoms. Some remarkable examples at national level could be France and Germany.

The recent proposal for the DSA published by the Commission is the last step taken in this direction. This Regulation will require that online services providers, in general, and VLOPs, in particular, assume positive duties to collaborate with states when fighting threats like illegal content online and disinformation. Time will show whether this will be an adequate and proportionate measure, or whether it will imply the destruction of the internet as we know it now, built over the principles of freedom and openness, free from extensive state intervention.

What we have to underline here is that, if the Commission wants to increase regulatory pressure, it shall do so with rules using clear and straightforward legal categories to minimize uncertainty. As we mentioned before, elements such as the process through which “actual knowledge” is acquired, according to art. 14.3, or concepts such as the “*negative effects*” described in art. 26 leave the final interpretation in the hands of the platforms themselves. In this sense, it would be desirable for the European institutions to issue clear guidance to minimize legal uncertainty, which is the only way to ensure that, when trying to increase online security, restrictions over individual freedom are minimized.

Notwithstanding, it is clear that digital revolution will continue to change reality and it is very difficult for regulators, due to the speed of change, to keep pace with this incremental evolving landscape. Automation and AI will have an important role in order to set up systems that will allow to eliminate harmful content. However, it will sometimes be difficult to establish a clear distinction between illegal content or to consider information to be false or true. In democracies, this will sometimes be a hard task because democracy is based on free public opinion. Without that, there is no democracy. Other political

systems are not constrained by these questions and the truth is always decided by the political powers.

We are living a process of disruption, a moment of change in which the driving force is the digital revolution. It is affecting the way we live and, of course, the way states regulate. The fact that it is complex to regulate with the tools we have now cannot be an excuse to do nothing or to fail in trying to solve the problem. What is not legal in the real world cannot be legal in the digital world. Democracies have created a system of government whose foundations are the rights and freedoms of individuals. This is the very core of the system and its base of legitimation. In defence of this system, it cannot be tolerated that, due to the difficulties inherent in the regulation of digital reality, states and international organizations quit from the most important function entrusted to them: the protection of rights and freedoms. This is the model that the EU seeks to protect through the successive regulations it has approved. An approach based on the rule of law. Previous regulatory efforts such as the one carried out by the EU in the area of data protection have taught us that this regulatory activity is a very versatile soft power tool. In relation to the regulation of disinformation in the net, the EU has opted for a legal approach that can be the worldwide reference in order to regulate the protection of rights and freedoms. Some opinions suggest that this EU concern for rule of law in a digital context, will left behind western democracies in the race of digital revolution. This position may seem to be a disadvantage in the new digital society we are shaping, but it is necessary to think about the cost of non-regulation in defence of the very foundations of our democracies. Because this issue is not another regulatory question, as usual, it is directly related to the kind of future political systems and societies we decide to stablish. Liberal democracy is under attack everywhere. Cyberspace, a new scenario that has been out of law's scope until now, is the arena where the future of nations will be set up mostly. Unless we give up the idea of the rule of law, we need to regulate that reality in order to protect the same political system that created this outstanding and game-changing new reality called Internet.

BIBLIOGRAPHY

- BARATA, J. (2021). *The Digital Services Act and its Impact on the Right to Freedom of Expression: Special Focus on Risk Mitigation Obligations*. Plataforma por la Libertad de Información. Retrieved from <https://libertadinformacion.cc/wp-content/uploads/2021/06/DSA-AND-ITS-IMPACT-ON-FREEDOM-OF-EXPRESSION-JOAN-BARATA-PDLI.pdf>
- BARCELÓ, R.-J., & KOELMAN, K. (2000). Intermediary Liability In The E-Commerce Directive: So Far So Good, But It's Not Enough. *Computer Law & Security Report* 4, 231-239.
- BORING, N. (2019, September). *Government Responses to Disinformation on Social Media Platforms: France*. Retrieved from Library of Congress Web site: https://www.loc.gov/law/help/social-media-disinformation/france.php#_ftn29
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ. (2019, July 3). *Federal Office of Justice Issues Fine against Facebook*. Retrieved from Bundesamt für Justiz Web site: https://www.bundesjustizamt.de/DE/Presse/Archiv/2019/20190702_EN.html;jsessionid=306BFD593DD710232937717A8D07F115.2_cid393?nn=3449818
- CITRON, D. K. (2017). *Hate Crimes in Cyberspace*. Cambridge: Harvard University Press.
- CITRON, D. K., & WITTES, B. (2017). The Internet Will Not Break: Denying Bad Samaritans § 230 Immunity. *Fordham Law Review*, 86, 401-423. Retrieved from <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5435&context=flr>
- CONGRESSIONAL EXECUTIVE COMMISSION ON CHINA. (n.d.). *International Agreements and Domestic Legislation Affecting Freedom of Expression*. Retrieved from Congressional Executive Commission on China Web site: <https://www.cecc.gov/international-agreements-and-domestic-legislation-affecting-freedom-of-expression>
- CREEMERS, R. (2020). China's Conception of Cyber Sovereignty: Rhetoric and Realization. In D. BROEDERS, & B. VAN DEN BERG, *Governing Cyberspace Behaviour, Power, and Diplomacy* (pp. 107-145). London: Rowman & Littlefield. Retrieved from https://rowman.com/WebDocs/Open_Access_Governing_Cyberspace_Broeders_and_van_den_Berg.pdf
- CYBERSPACE ADMINISTRATION OF CHINA. (2017, September 7). *Provisions on the Administration of Internet User Public Account Information Services*. Retrieved December 5, 2020, from Cyberspace Administration of China Web site: http://www.cac.gov.cn/2017-09/07/c_1121624269.htm

- CYBERSPACE ADMINISTRATION OF CHINA. (2019, December 20). *Regulations on the ecological governance of network information content*. Retrieved December 5, 2020, from Cyberspace Administration of China Web site: http://www.cac.gov.cn/2019-12/20/c_1578375159509309.htm
- EDOSOMWAN, S., SEYMOUR, T., WATSON, J., KOUAME, D., & PRAKASAN, S. (2011). The History of Social Media and its Impact on Business. *The Journal of Applied Management and Entrepreneurship*. Retrieved December 3, 2020, from https://www.researchgate.net/publication/303216233_The_history_of_social_media_and_its_impact_on_business
- EUROPEAN COMMISSION. (2012). *Online services, including e-commerce, in the Single Market*. European Commission. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011SC1641&from=EN>
- EUROPEAN COMMISSION. (2018). *A multi-dimensional approach to disinformation*. Brussels: European Commission. Retrieved from <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>
- EUROPEAN COMMISSION. (2018). *Action Plan against Disinformation*. Brussels: European Commission.
- EUROPEAN COMMISSION. (2018, September 26). *Code of Practice on Disinformation*. Retrieved from European Commission Web site: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>
- EUROPEAN COMMISSION. (2019, October 26). *Annual self-assessment reports of signatories to the Code of Practice on Disinformation 2019*. Retrieved from European Commission Web site: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/annual-self-assessment-reports-signatories-code-practice-disinformation-2019>
- EUROPEAN COMMISSION. (2020, December 10). *Tackling online disinformation*. Retrieved from European Commission Web site: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/tackling-online-disinformation>
- FUKUYAMA, F., RICHMAN, B., & GOEL, A. (2020, November 24). *How to Save Democracy From Technology*. Retrieved December 3, 2020, from Foreign Affairs Web site: <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-11-24/fukuyama-how-save-democracy-technology>
- GOLDMAN, E. (2020). *How Section 230 Enhances the First Amendment*. Washington D.C.: American Constitution Society. Retrieved from https://www.acslaw.org/wp-content/uploads/2020/07/How-Section-230-Enhances-the-First-Amendment_July-2020.pdf
- HELDT, A. (2019, June 12). *Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports*. doi:10.14763/2019.2.1398

- KASTBERG, C., & AL, e. (2007). *STUDY ON THE ECONOMIC IMPACT OF THE ELECTRONIC COMMERCE DIRECTIVE*. Brussels: European Commission.
- KATHARINE A., K. (2003, November 19). *The Harvard Crimson*. Retrieved December 3, 2020, from Facemash Creator Survives Ad Board: <https://www.thecrimson.com/article/2003/11/19/facemash-creator-survives-ad-board-the/>
- LODDER, A. R. (2017). European Union E-Commerce Directive - Article by Article Comments. In A. R. Lodder, *eDirectives: Guide to European Union Law on E-Commerce* (pp. 15-58). Kluwer Law International. Retrieved from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1009945
- McMILLAN, R., & HORWITZ, J. (2020, October 15). *Facebook, Twitter Limit Sharing of New York Post Articles That Biden Disputes*. Retrieved December 3, 2020, from The Wall Street Journal: <https://www.wsj.com/articles/facebook-twitter-limit-sharing-of-new-york-post-articles-that-biden-disputes-11602736535>
- OXFORD INTERNET INSTITUTE. (2019). *Junk News During the EU Parliamentary Elections: Lessons from a Seven-Language Study of Twitter and Facebook*. Oxford Internet Institute. Retrieved from <https://comprop.oii.ox.ac.uk/wp-content/uploads/sites/93/2019/05/EU-Data-Memo.pdf>
- REPORTERS WITHOUT BORDERS. (2020). *The World Press Freedom Index*. Retrieved from Reporters Without Borders Web site: <https://rsf.org/en/world-press-freedom-index>
- REUTERS INSTITUTE. (2019). *Polarisation and the new media in Europe*. Brussels: European Parliamentary Research Service. Retrieved from [https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2019-03/Polarisation and the news media in Europe.pdf](https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2019-03/Polarisation%20and%20the%20news%20media%20in%20Europe.pdf)
- UNITED KINGDOM PARLIAMENT. (2019, February 18). *Foreign influence in political campaigns*. Retrieved December 3, 2020, from United Kingdom Parliament: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcumeds/1791/179109.htm>
- VALCKE, P., KUCZERAWY, A., & OMBELET, P.-J. (2016). Did the Romans Get it Right? What Delfi, Google, eBay, and UPC TeleKabel Wien Have in Common. In M. TADDEO, & L. FLORIDI, *The Responsibilities of Online Service Providers* (pp. 101-116). Springer.
- WANG, J. (2020). *Regulation of Digital Media Platforms: The case of China*. orgThe Foundation for Law, Justice and Society. Retrieved from [https://www.researchgate.net/publication/342453322_Regulation of digital media platforms The case of China](https://www.researchgate.net/publication/342453322_Regulation_of_digital_media_platforms_The_case_of_China)

- XIA, S. (2019, April 7). *Implications of China's E-Commerce Law*. Retrieved December 5, 2020, from AMCHAN Shanghai Web site: <https://www.amcham-shanghai.org/en/article/implications-chinas-e-commerce-law>
- ZHANG, L. (2019, September). *Government Responses to Disinformation on Social Media Platforms: China*. Retrieved December 5, 2020, from Library of Congress Web site: <https://www.loc.gov/law/help/social-media-disinformation/china.php>

LA ESPAÑA DEL LIBERAL JOSÉ MARÍA BLANCO WHITE EN *THE QUARTERLY REVIEW MAGAZINE* Y EN *THE BRITISH ENCYCLOPEDIA*

THE SPAIN OF LIBERAL JOSÉ MARÍA BLANCO WHITE IN *THE QUARTERLY REVIEW MAGAZINE* AND IN *THE BRITISH ENCYCLOPEDIA*

Santiago DELGADO FERNÁNDEZ
Profesor Titular de Ciencia Política y de la Administración
Universidad de Granada
<https://orcid.org/0000-0002-8213-2415>

Fecha de recepción del artículo: marzo 2022
Fecha de aceptación y versión final: mayo 2022

RESUMEN

El presente trabajo se ocupa de dos artículos sobre España escritos por José María Blanco White: uno publicado en 1823, en la revista The Quarterly Review, como recensión crítica de la obra de Michael J. Quin: A Visit to Spain; Detailing the Transactions which Occurred during a Residence in that Country, in the Latter Part of 1822, and the first four months of 1823; otro inserto en la Sixth Editions of the Encyclopaedia Britannica y fechado en 1824. Se presentan y analizan los hechos histórico-políticos acaecidos en España desde finales del XVIII y hasta el primer tercio del siglo XIX, sobre los que se extiende Blanco White. El examen revela, entre otras cuestiones, que Blanco White entendió que los españoles habían tenido muchas dificultades para desprenderse del yugo del absolutismo y que en España no había tenido lugar un inteligente y adecuado desarrollo del liberalismo, incapaz este de construir una respuesta ajustada a la realidad española que no fuese más allá de lo que la propia nación en ciernes era capaz de tolerar. Además, evidencia que White mostró un profundo desacuerdo con los principios de la fórmula liberal generalmente vinculada a las normas y prácticas tradicionales del liberalismo patrio, de clara inspiración e influencia francesa, optando por el modelo británico.

Palabras clave: Blanco White, España, nación, liberalismo, Constitución de 1812, intolerancia.

ABSTRACT

The present work deals with two articles on Spain written by José María Blanco White: one published in 1823, in The Quarterly Review Magazine, as a critical review of the work of Michael J. Quin: A Visit to Spain; Detailing the Transactions which Occurred during a Residence in that Country, in the Latter Part of 1822, and the first four months of 1823; another insert in the Sixth Editions of the Encyclopaedia Britannica and dated 1824. The historical-political events that occurred in Spain from the end of the 18th to the first third of the 19th century, on which Blanco White extends, are presented and analyzed. The examination reveals, among other issues, that Blanco White understood that the Spaniards had had many difficulties to get rid of the yoke of absolutism and that an intelligent and adequate development of liberalism had not taken place in Spain, which was incapable of constructing a response adjusted to the Spanish reality that did not go beyond what the fledgling nation itself was capable of tolerating. In addition, evidence that White showed a deep disagreement with the principles of the liberal formula generally adjusted to the traditional norms and practices of patriotic liberalism, of clear French inspiration and influence, opting for the British model.

Keywords: Blanco White, Spain, nation, liberalism, Constitution of 1812, intolerance.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. UN LIBERAL EN TIEMPOS DE CRISIS. III. SPAIN. *QUARTERLY REVIEW*. IV. SPAIN. *ENCYCLOPEDIA BRITÁNICA*. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Al igual que a Unamuno le dolió España¹, justo cien años antes, la evidencia de un país en crisis, empobrecido, mal gobernado e intolerante, provocó en Blanco White un sufrimiento similar. Así, desde muy temprano, se consagró al estudio de España «con desgarradora sinceridad, con patológica obsesión» (Moreno Alonso, 1998, p. 9)². Si bien fue consciente de los riesgos de su ocupación y de su sinceridad en la descripción de los males de España, jamás le importaron en exceso las consecuencias. Sobre este particular dirá:

emprendí mi rumbo no por agradar [a] estos ni aquellos, yo que empe[cé] [a] escribir por contribuir [cuanto] pudiera al bien de España, que ha sufrido de sus malos gobiernos, más que yo, pobre individuo, no desistiré jamás de mi intento, por más que me persiga el insulto y la injusticia (Blanco White, 1811, p. 299).

En suma, frente a otras miradas de la época sobre el problema español, en torno a la naturaleza de la crisis política, económica y social que padecía España, la de Blanco White se caracterizó por ser irreverente, ajena a cualquier miramiento de falso patriotismo que pusiera paños calientes sobre sus males, y por estar orientada hacia la búsqueda de soluciones factibles.

La autobiográfica *Letters from Spain* (1822) es la primera obra de enjundia en la que Blanco White se aproxima a España como objeto de análisis, a su historia y sus costumbres³. En estas cartas, él mismo aclaró que se trataba de las memorias de un español que

¹ «[...] Me duele España en el cogollo del corazón». Unamuno pronunció esta frase en una carta dirigida a un profesor amigo residente en Argentina, una vez que la recién inaugurada dictadura de Miguel Primo de Rivera le había desposeído de su condición de vicerrector de la Universidad de Salamanca. Corría el año de 1923.

² Solo en apariencia es contradictorio este amor por España, con la declaración expresa que hizo en su biografía. «España como entidad política, miserablemente oprimida por el gobierno y la Iglesia, dejó de ser objeto de mi admiración desde mi temprana juventud. Jamás me he sentido orgulloso de ser español porque era precisamente como español como me sentía espiritualmente degradado y condenado a inclinarme delante del sacerdote o seglar más mezquino, que podía despacharme en cualquier momento a las mazmorras de la Inquisición» (Blanco White, 1988, p. 185).

³ Una de las mejores ediciones en español de la obra es la editada por Antonio Garnica en la editorial Fundación José Manuel Lara. Blanco White y Garnica (ed.) (2004).

habían de ser entendidas como presentación del estado del país que le había visto nacer. Testimoniaba de esta manera la situación moral de su patria en el momento mismo de la primera invasión francesa durante 1808. Es una visión, la que allí recoge, que pese a considerar al fanatismo como rasgo característico de su país, no deja de revelar, tácita y expresamente, su amor desmedido por la patria.

Pero España, como se ha dicho, le había preocupado desde siempre, desde mucho antes; ya le había desvelado en las páginas del *Semanario Patriótico* durante el corto periodo –de mayo a agosto de 1809– en el que estuvo al frente de esta publicación. En muchos de sus artículos se empeñó en poner al descubierto los principales males que aquejaban al país, al modo como más tarde lo haría de nuevo, ya en el autoexilio, en las páginas de *El Español* (1810-1814), o en su *Autobiografía* (1833).

Pese a su indiscutible interés, la biografía y el pensamiento de este preclaro liberal español estuvieron sometidos durante muchos años a un cierto olvido injustificado. El duro juicio emitido en su día por Menéndez Pelayo en su *Historia de los heterodoxos españoles* (1882)⁴ parece haber estado en el origen de dicho ostracismo y de cierta estigmatización⁵. Un primer intento rehabilitador en España tuvo lugar con la publicación en 1920 de la obra de Mario Méndez Bejarano, trabajo que se había escrito alrededor de dieciséis años antes⁶. Fue a partir de los años 70 del pasado siglo, y hasta hoy, cuando tanto la biografía de Blanco como su pensamiento se han convertido en objetos de interés revisitados en infinidad de ocasiones (Llorens, 1971 y 1979; Goytisolo, 1972; Abellán, 1984; Murphy, 2011; Garnica, 1991; Moreno Alonso, 1998 y 2001; André Pons, 2001; De la Fuente, 2013). Esto no quita que, todavía, muchos aspectos de la vida y de su obra sean conocidos imperfectamente o sigan invitando a nuevas interpretaciones.

En esta ocasión, cuando se acaban de cumplir 180 años de su muerte⁷, fijamos la atención en el contenido de dos artículos, donde

⁴ Véase Menéndez Pelayo (2003).

⁵ Pese a todo, también es preciso aclarar que la contribución de Menéndez y Pelayo contribuyó a ofrecer uno de los primeros estudios documentados sobre Blanco White en su etapa inglesa. Sobre este particular incide Antonio Garnica (2013, p. 29).

⁶ Véase el trabajo de Méndez Bejarano (2009).

⁷ Blanco White murió en Liverpool, el 20 de mayo de 1841.

España está nuevamente en el foco de interés e inquietud de Blanco White: uno publicado en 1823, en la revista *The Quarterly Review*, como recensión crítica de la obra de Michael J. Quin: *Visit to Spain; Detailing the Transactions which Occurred during a Residence in that Country, in the Latter Part of 1822, and the first four months of 1823*⁸; otro, titulado «Spain», inserto en la *Sixth Editions of the Encyclopaedia Britannica*, y fechado en 1824. Se aborda de esta forma la tarea que Teresa de Ory dejó pendiente en su «Introducción» a *España*, edición en español del segundo artículo aludido, editado a comienzos de los ochenta por la editorial Alfar. Según ella, quedaba por hacer el contraste de «las similitudes y aciertos» de estas dos contribuciones, tarea que entendemos consiste en hacer inteligible la interpretación que Blanco White efectuó de la historia intelectual de España y de algunos de los acontecimientos históricos que narró con detalle en estos dos escritos.

La lectura consecutiva de ambos escritos no arroja gran novedad con respecto a lo dicho en contribuciones precedentes. Sin embargo, su valor reside en la capacidad de compendiar, esta vez en pocas páginas, una gran parte del pensamiento de Blanco White, dejando entrever algunas de las ideas constantes en su obra hasta el momento. Así, de su análisis del acontecer histórico español en el periodo estudiado en ambas contribuciones se puede concluir que mantuvo una opinión crítica respecto a las dificultades de los españoles para desprenderse del yugo del absolutismo y, en torno a la incapacidad de los liberales para construir una respuesta ajustada a la realidad española. De igual forma, es posible afirmar que la interpretación de los acontecimientos que hizo Blanco White lo señalan como un liberal heterodoxo, que evolucionó desde la aceptación de los principios de la fórmula liberal generalmente vinculada a las normas y prácticas tradicionales del liberalismo patrio, de clara inspiración e influencia francesa, hacia un modelo de liberalismo constitucional al estilo británico.

El presente artículo consta de tres epígrafes, además de esta introducción. En primer lugar, se esboza la biografía intelectual y política de Blanco White, inserta en su contexto histórico, coin-

⁸ Véase Blanco White (1824, pp. 508-533 y 1823, pp. 240-276).

cidente con la crisis del Antiguo Régimen en España a finales del siglo XVIII y primer tercio del XIX. No pretende, en absoluto, recoger todos los episodios vitales, tan solo aquellos que resultan imprescindibles para ubicar de forma adecuada el pensamiento de Blanco White en relación a las cuestiones tratadas. El repaso biográfico se detiene justo en el año que se publicó el último de los artículos que analizamos en este trabajo. En segundo lugar, se analiza el contenido de la recensión crítica publicada en la revista *Quarterly Review*. De ella tuve constancia gracias a la primera traducción parcial que se incluyó en la selección *Obra Inglesa de D. José María Blanco White*, editada en Buenos Aires en 1972 por Ediciones Formentor, y con prólogo de Juan Goytisolo⁹. Esta traducción aparece bajo el título «Historia de España», y solo apunta a la procedencia de su contenido a pie de página. En realidad, la primera alusión al texto de la recensión de la que se tiene constancia, pese a que no se incluya ningún párrafo de la misma, aunque si una breve descripción de su contenido y valor, es la que se hace en la *Antología* de la obra de Blanco White, en edición de Vicente Llorens (1971). Posteriormente, también refieren la existencia de este escrito otros historiadores del pensamiento político tales como: Moreno Alonso (1998) y Fernández Sarasola (2013). La mención más cercana se incluye en un trabajo de Varela Suanzes-Carpegna (2016). En cualquier caso, para el análisis que aquí se hace empleamos la traducción propia al español de la versión íntegra en inglés disponible en Harvard University, mediante acceso a la plataforma HATHI TRUST Digital Library. En tercer lugar, se lleva adelante similar operación analítica con respecto al artículo «Spain» de la *Encyclopaedia Britannica*, desmenuzando los elementos más singulares que nos permiten entrever la valoración que hace Blanco White de los hitos más convulsos de la historia de España que le tocó vivir. El artículo se cierra con un apartado conclusivo que incluye unos cuadros comparativos de las descripciones que White hace de los acontecimientos más singulares de la crisis española de finales del XVIII y primer tercio del siglo XIX, en uno y otro texto, a veces

⁹ Juan Goytisolo prologó en 1972 la *Obra Inglesa* de Blanco White, dedicándole líneas de reconocimiento que con seguridad contribuyeron al proceso de rehabilitación y reivindicación de la obra este.

coincidentes, en otras ocasiones enfrentadas. Por último, un apartado de referencias recoge de la totalidad de las fuentes consultadas.

II. UN LIBERAL EN TIEMPOS DE CRISIS

José María Blanco y Crespo nació en el año 1775, solo uno antes de que España se posicionara junto a Francia en defensa de la independencia de las Trece Colonias americanas¹⁰. Sus padres eran sevillanos de nacimiento, aunque su progenitor, el irlandés Guillermo Blanco y Morrogh, era hijo de William White, irlandés de Waterford, emigrado a la ciudad andaluza a comienzos del XVIII para gestionar la casa comercial de su tío Philip Nangle. Españolizado como Guillermo Blanco, su padre hacía las veces de cónsul británico. La madre pertenecía a una familia hidalga, aunque de muy escasa fortuna¹¹.

La infancia fue tiempo de formación, orientada por su familia con el objetivo de que adquiriera las destrezas necesarias para hacerse cargo de la empresa familiar; entre ellas, el aprendizaje de la lengua inglesa. Aquellas ocupaciones nunca fueron de su agrado. En realidad odiaba el comercio. Su familia, además, para evitar cualquier tipo de distracción indebida, le impedía relacionarse o jugar con otros niños de su edad. Encontró en la lectura y en las lecciones de violín que recibió de su tío Cahill las dos válvulas de escape a su forzado presidio. Leyó a autores como Feijoo, quien, según confesaría tiempo después, le enseñó a pensar y a dudar, dos de las mayores pasiones a lo largo de la vida. Otras lecturas habituales tales como el *Telémaco* de Fenelón, *El Quijote* y las *Mil y una noches* fueron su primer contacto con la literatura de la imaginación. En el campo de la filosofía, Blackstone,

¹⁰ El padre, con objeto de facilitar sus negocios con las colonias americanas terminó por españolizar su apellido, empleando a partir de entonces *Blanco*, aunque conservando también el original *White*. José María emplearía esta fórmula compuesta como único apellido, dejando a un lado el materno Crespo.

¹¹ Advierte la Real Academia de la Historia (RAH), que los datos biográficos de José María Blanco White recogidos en los libros suelen contener errores o imprecisiones. Por este motivo, hemos optado por considerar en exclusiva los hechos vitales que, aunque consultados en otras fuentes, se confirman con los aportados por Antonio Garnica Silva en la voz referida al autor en la web de la propia (RAH): <http://dbe.rah.es/biografias/13139/jose-maria-blanco-y-crespo>.

Burke, Paley, Bentham, o Jovellanos en España, fueron algunos de sus autores preferidos¹².

Quizás, también movido por el deseo de no continuar la tradición comercial de la familia, trasladó a sus padres la intención de convertirse en sacerdote, labor que casaba bien con su particular vivencia de la religiosidad natural. Así, finalmente, fue enviado al Colegio de Santo Tomás de Aquino para que empezara estudios universitarios. Sin embargo, tras un desencuentro con uno de sus maestros en torno al pensamiento de Feijoo, en 1790 abandonó el colegio y continuó sus estudios en la Universidad Hispalense. En ella cursó Artes y Teología, estudios que completó gracias a una beca en el Colegio de Santa María de Jesús. En último término, sería en la Universidad de Osuna donde se licenciaría. Coincidiendo con su ingreso en la Universidad, Blanco había adquirido la «corona secular» que confirmaba su opción por el sacerdocio. Tras varias indecisiones y varios amores frustrados, finalmente terminaría recibiendo el sacerdocio el 21 de diciembre de 1799 y, dos años más tarde, sería nombrado magistral de la Capilla Real de Sevilla.

A finales del siglo XVIII, Blanco White tuvo que hacer frente en primera persona a la grave situación epidemiológica que se vivió en Sevilla como consecuencia de la gripe amarilla. A buen seguro que esta circunstancia le marcó de forma clara. Tan importante fue la experiencia, que dedicó la epístola séptima de sus *Cartas de España* a relatar los episodios de dicha crisis sanitaria. Pero, junto a esta crisis, la religiosa siguió persiguiéndole durante los siguientes años. Varios acontecimientos familiares, como la muerte de una de sus hermanas, terminaron por apartarle de la fe católica. A partir de entonces buscó todo tipo de excusas para abandonar Sevilla y renunciar al sacerdocio.

¹² La influencia de Bentham en los liberales españoles, en especial durante el Trienio Constitucional (1820-1823), ha sido mencionada, entre otros, por Pendás García (1991, p. 21) para quien el pensador inglés fue el «padre espiritual» de muchos de los creadores de la España moderna. El propio White se encargó de traducir e incluir en *El Español* algunos escritos de Bentham y mantuvo correspondencia con él con motivo de los trabajos de las Cortes a partir de 1810. Nos recuerda Moreno Alonso (1998, p. 544) como este fervor por las ideas del británico acabó justo cuando Bentham se convertía en oráculo de dichos liberales, y como consecuencia de sus diferencias respecto al juicio vertido por este en su *Essais de J. Bentham sur la situation politique de l'Espagne, sur la constitution e sur le nouveau code espagnol* (1823).

Así las cosas, llegó a Madrid. Corría el año de 1806. Pronto se hizo un asiduo de la tertulia literaria y patriótica de Manuel José Quintana¹³. Cuando en 1808 las tropas francesas entran en Madrid y se desarrollan los acontecimientos del Dos de Mayo, Blanco retorna a Sevilla, donde a petición del mencionado Quintana asume la dirección, junto con Isidoro Antillón, del *Semanario Patriótico*; era esta una publicación que intentaba ser portavoz de la Junta Central, aunque ambos la desligaron pronto de esta misión asignándole la tarea de contribuir a facilitar el desarrollo de la conciencia nacional ilustrada (MacDonald, 2013, p. 12). Desde las páginas del *Semanario*, Blanco se inicia en un nuevo quehacer, el de periodista político y divulgador de las ideas de la Revolución Francesa¹⁴. Cinco meses duró la etapa sevillana del periódico, desde mayo a septiembre, porque la Junta no podía tolerar ni los artículos políticos de Blanco que propugnaban un radical cambio de régimen, ni los de Antillón, que daban a conocer la desastrosa campaña militar del ejército nacional contra los franceses. Durante ese año de 1809 Blanco conoció y trabó amistad con varios ingleses que habían venido a Sevilla, entre ellos lord y lady Holland, quienes terminarían siendo muy influyentes en su definitiva adscripción a la tradición constitucional británica¹⁵.

El 7 de diciembre de 1809, a solicitud de la Universidad de Sevilla, redactó un informe en relación a la convocatoria de Cortes. El escrito daba respuesta a la *Consulta al País* que había llevado a cabo la Junta Central en mayo de ese mismo año. Esta es la última contribución que escribe previa a su partida hacia Cádiz, circunstancia que sucedería tan solo unos días antes de la entrada de los franceses en la capital hispalense, y como paso intermedio

¹³ Poeta, filólogo, periodista y político español de la Ilustración en la transición al Romanticismo (Madrid, 11 de abril de 1772-Madrid, 11 de marzo de 1857).

¹⁴ Nos recuerda Varela Suanzes que Blanco White, como también le ocurrió a la mayoría de los intelectuales españoles de su misma generación, estuvo «notablemente» influido por las ideas políticas revolucionarias «que había encontrado en los libros franceses del siglo XVIII. Pero a diferencia de Agustín de Argüelles o Muñoz Torrero, [...], esta primera fase la superó relativamente pronto y, además, de forma radical» (1993, p. 102). Con el paso del tiempo dejó a un lado la defensa de las ideas revolucionarias francesas, para acomodarse en el reconocimiento del modelo británico.

¹⁵ Lord Holland, relevante miembro del partido *whig*, jugaría un papel destacado en la admiración que Blanco White terminaría teniendo por las instituciones políticas británicas, contrarrestando así la primera adscripción a las ideas provenientes de Francia.

hacia su definitiva expatriación hacia Londres que tuvo lugar el 23 de febrero de 1810.

Nada más llegar a la capital inglesa, Blanco White inicia un proyecto de publicación periódica en su lengua materna, *El Español*. Desde sus páginas defiende la causa de España y promueve una alianza con Inglaterra frente a la Francia de Napoleón. Continuaría editándose hasta mediados de 1814. En el primero de sus números, Blanco examina la situación política y militar española. Pese a la descripción de los males de aquella España, White encuentra un hilo de esperanza y cree que «España podrá encontrar remedio en la extremidad de sus males mediante una revolución verdadera» (Llorens, 1971, p. 25). La expectativa no le impidió ejercer una crítica profunda del comportamiento tanto de las juntas provinciales como de la Junta Central. Este primer artículo no gustó ni a sus amigos (Quintana, Holland, etc.) ni, menos aún, a sus muchos enemigos.

Las páginas de *El Español* fueron, de igual forma, el lugar empleado por Blanco para defender la autonomía de las colonias americanas, que no la separación de estas. Su propuesta pasaba por establecer un nuevo modelo de representación, de comunicación y de libertad para dichas colonias con respecto a España. Bien es cierto que la simpatía con la que Blanco trató a los movimientos libertadores de los territorios españoles en América le granjeó grandes enemistades e incomprensiones en España¹⁶.

A partir de 1812, el pensamiento de Blanco se hace más conservador. Sigue siendo un liberal, pero se intuye que la lectura, entre otros, de los textos de Edmund Burke hacen virar su pensamiento. Esta mudanza se advierte también en el ámbito religioso. Es en estas fechas cuando entra a formar parte de la Iglesia Anglicana, tras recibir los correspondientes sacramentos.

Acabado el conflicto en la Península y pese a la profunda división política existente entre liberales y serviles, Blanco propone una solución moderada, de conciliación, para la que ve en la figura de Fernando VII un posible valedor. Pensaba que el monarca estaba en disposición de garantizar la permanencia de las más recomendables

¹⁶ Para conocer las posiciones de Blanco White en torno a los procesos de independencia de América Latina, pueden verse, por ejemplo, los trabajos de Martínez de Pisón (2009) y Herrera Guillén (2010).

transformaciones traídas por la revolución liberal, al tiempo que de frenar sus excesos. Solo los hechos posteriores le harían retractarse de esa opinión, al ver como el monarca había renunciado a jugar este papel.

Como nos recuerda Martínez de Pisón, «la conmoción nacional del período 1808-1813 había quebrantado irremediablemente la solidez del Antiguo Régimen; permitiendo cierta difusión de las ideas nuevas, que ya habían aparecido en España años antes, y un agrupamiento de los sectores sociales más progresistas» (2005, p. 223).

A Blanco le tocó vivir en persona esta crisis de comienzos del siglo XIX. Un tiempo aquel, de decadencia política que, más allá de los hitos concretos de la historia de España, se caracterizó, sobre todo, por el conflicto abierto entre tradición y modernización, entre religión y razón, en definitiva, entre quienes anhelaban los privilegios del Antiguo Régimen y quienes soñaban con los ideales proclamados por la Ilustración. Del lado de estos últimos, Blanco White se colocó junto a la libertad y contra la intolerancia tan singularmente española, dedicando la mayor parte de sus escritos a descubrir las razones de unos, los liberales, frente a las de los otros, los realistas.

Cuando en 1820, el General Riego se levantó contra la monarquía absoluta reinstaurada unos años antes por Fernando VII, a Blanco White se le despertaron sus antiguos sentimientos políticos hacia su país de origen, lo que le llevaría a escribir de nuevo en español. Es entonces cuando expresa su intención de retomar el tratamiento de las cuestiones españolas, de los problemas de país. Confiesa que pretende escribir una serie de cartas sobre España. Será este el origen de sus *Cartas de España*. En paralelo, comenzará a escribir unas cartas de Inglaterra.

Dos años después, le comienzan a llegar gran número de solicitudes para colaborar en publicaciones inglesas y hablar allí de España, tema de moda en aquellos momentos. Especial importancia tuvo la invitación de *The New Monthly Magazine*. Fue esta revista, precisamente, la que publicaría al menos diez de las citadas *Cartas de España*. El editor Colburn imprimiría un volumen que contenía todas esas cartas, bajo la firma del pseudónimo de Leucadio Doblado. Será justo después de que apareciera esta obra cuando, de nuevo, trató por

encargo las «cuestiones» de España, aunque de forma más somera, mediante la publicación de varios artículos, entre ellos, los que aquí nos ocupan.

III. SPAIN. *QUARTERLY REVIEW*

Tras diversas colaboraciones anteriores en la prestigiosa revista inglesa *The Quaterly Review*, en 1823 Blanco White publicaba allí una nota-comentario del libro de Michael J. Quin: *A Visit to Spain; Detailing the Transactions which Occurred during a Residence in that Country, in the Latter Part of 1822, and the first four months of 1823. With an account of the removal of the court from Madrid to Seville; and general notices of the manners, customs, costume, and music of the country*¹⁷. En realidad, la presentación y el comentario del libro solo ocupaban unos párrafos de la mencionada nota. En esas breves líneas, pese a todo, se mostró satisfecho con el trabajo de Quin, dado que, en su opinión, este identificaba bien alguno de los más destacados rasgos nacionales de España. Consideraba que el principal mérito de esta aportación consistía en contener un verdadero «relato de las transacciones públicas en España en el momento crítico, cuando el progreso de su nuevo gobierno se vio perturbado por el acercamiento de un ejército francés», los denominados Cien Mil hijos de San Luis (Blanco White, 1823). Asimismo, aprovechaba la oportunidad brindada por este comentario para alabar la crítica al modelo constitucional doceañista que hacía Quin en su libro, quien, por otro lado, no se declaraba enemigo de las «libertades» en España y, en consecuencia, rechazaba abiertamente la segunda invasión francesa. Quin, se había confesado partidario del modelo inglés, frente al inadecuado modelo francés de mayor simpatía en España. En este sentido, Blanco congenia con unas ideas que son las suyas propias, y así lo dejará patente, como se verá más adelante, en esta primera parte de su artículo.

Después de los breves comentarios en torno a la obra de Quin, Blanco confiesa sin tapujos su verdadera intención al escribir el

¹⁷ *Visita a España. Memorias de lo ocurrido durante una estancia en ese país en la última parte de 1822 y los primeros cuatro meses de 1823: con un relato del traslado de la Corte de Madrid a Sevilla; y Avisos generales de Modales, Costumbres, Vestuario y Música del país.*

artículo, solicitando la comprensión previa de los lectores¹⁸. Esta solicitud está más que justificada, en tanto que el proceder no es el habitual cuando se trata de recensionar una obra ajena. Su objetivo real era ofrecer una «visión sucinta de la historia de la mente humana (historia intelectual) en España, desde la formación de la monarquía hispano-gótica, hasta el inicio de los disturbios» que desembocan en la segunda invasión francesa en lo que iba de siglo (Blanco White, 1823). Su verdadera intención es la de trazar una breve historia intelectual y religiosa de España. Sea como fuere, el trabajo pasa por ser uno de los «más certeros y brillantes» (Fernández Sarasola, 2012, p. 5) de Blanco White y, «con toda su parcialidad y sus yerros, constituye quizá el ensayo de interpretación más original escrito con anterioridad a la generación del 98» (Llorens, 1979, p. 351).

La reconstrucción de la historia intelectual se inicia con la descripción de la Inquisición, a la que Blanco considera la verdadera fuente de la perversión intelectual entre los españoles, y a la que califica como «almacén de horrores y escenas nocturnas» y «motor infernal» (Blanco White, 1823). En cierta medida, nos dice, las descripciones exageradas y caricaturescas de las prácticas de la Inquisición, mezcladas con la verdad, trajeron como consecuencia un incomprensible debilitamiento de los sentimientos de aborrecimiento hacia ella por parte de los españoles. A esta normalización de la Inquisición habría contribuido, de igual modo, la aprobación de una bula papal mediante la cual en 1816, después de una nueva reinstauración de la institución inquisidora, se abolió el uso de la tortura. Así, la tiranía religiosa logró evitar el estallido de indignación de la propia rehabilitación de la Inquisición. Lo cierto es que el papel de esta no era un tema nuevo para Blanco; ya lo había tratado con profusión en tres artículos publicados en *El Español*. En primer lugar, el titulado «Sobre la Inquisición», el 30 de abril de 1811, número XIII, t. III, 35-49. Por otro, el titulado «Intolerancia religiosa», el 30 de junio de 1912, número XXVI, t. V, 81-95. Por último, el titulado «Reflexiones sobre la abolición de la Inquisición en España; y una noticia del Informe dado sobre este punto por la Comisión de Constitución de las Cortes», aparecida en febrero de 1813, t. VI, 97-113. Entre la

¹⁸ Fernández Sarasola (2012, p. 5) calificó este artículo como uno de los más certeros y brillantes de Blanco White.

publicación de estos artículos y el que ahora nos ocupa transcurren más de una década, pero en ellos se repiten los mismos argumentos.

En un intento de descubrir los orígenes de la intolerancia en general y, particularmente la religiosa, así como del fanatismo español, sentimientos tan preeminentes y arraigados en el carácter del país, Blanco responsabiliza a las circunstancias que acompañaron al crecimiento de la nación española desde D. Pelayo hasta la conquista de Granada. Esta intolerancia, pensaba, era consecuencia inmediata de los largos años de lucha y conquista que enfrentó a los cristianos españoles contra los mahometanos. Un año más tarde, en enero de 1824, en el *Variedades o Mensajero de Londres*, escribía Blanco en la misma dirección:

La Europa no presenta un cuadro de esclavitud intelectual más horroroso que el que descubre la historia de España. La guerra continua con los Moros, naturalmente había preparado los españoles para el más feroz fanatismo. Las ideas de honor y nobleza de habían unido íntimamente a las de Fe (Blanco White, 2003, p. 232).

Hasta tal punto este conflicto de años influyó en la configuración de la conciencia, nos dice, que en la mente de los españoles es inseparable la idea de honor y la de ortodoxia, al tiempo que en ella se identifica por defecto cualquier tipo de disidencia con todo lo vergonzoso y odioso. Y es que, una vez lograda la victoria y sometidos los mahometanos, quienes de entre estos decidieron seguir viviendo en la tierra que les había visto nacer, recuerda Blanco, tuvieron que sufrir el distingo por su supuesta inferioridad. Este conflicto de pureza se concretó en la noción de pureza de sangre que se adueñó de la mente española, en forma de prejuicios nacionales duraderos. No contar con conversos entre los antepasados pasaría a ser un criterio de honradez, de tal modo que incluso el más humilde en su condición social se creía pertenecer a una aristocracia de sangre, más allá de cualquier otra cuestión (Blanco White, 1823).

En medio de la intolerancia patria, nos dice Blanco que, ni siquiera la Inquisición pudo evitar que surgieran en España las caras de la disidencia, al igual que habrían de surgir en el resto de Europa. Muchos españoles se propusieron rescatar a la Península de la servidumbre religiosa, y parecieron durante un breve tiempo ganar algún

espacio. Pero la ilusión duró poco. Blanco alude a la reacción contra las mentes reformadoras de los protestantes españoles y narra con profusión los infortunios que tuvieron que sufrir quienes abrazaron dicha fe en España. La descripción de los periplos vitales de algunas de sus más significativas figuras españolas, así como de las acciones que la Inquisición perpetró contra ellas, las recoge con detalle, con casi toda seguridad, dejándose guiar por Juan Antonio Llorente y su *Historia crítica de la Inquisición en España* (1870), al que el propio Blanco menciona en varias partes de su narración. Con ello, pretendía no dejar en el olvido el horror; no permitir que «los registros de la intolerancia religiosa se [desmoronasen] en el olvido» y, gracias a ello, garantizar que los nuevos intolerantes no se presentaran a sí mismos como inofensivos corderos (Blanco White, 1823).

Continúa la exposición del devenir de la intelectualidad española tratando a continuación el denominado «ahogamiento» de la ciencia en España. Tal fue, a su entender, el nivel de persecución y de prohibiciones contra la circulación del pensamiento, que España se vio impedida por mucho tiempo para estar en la cabecera del cambio, de las transformaciones. Mientras que el protestantismo invitaba a todos los creyentes a ejercer sus facultades intelectuales, el catolicismo reclamaba el derecho a la exclusiva interpretación de las Sagradas Escrituras y, por ende, la limitación de dichas facultades. Si la libertad de especulación en materia religiosa era vista como una verdadera fuente de energía intelectual, esta había sido coartada en España. Blanco localiza la decadencia española, precisamente, en esta circunstancia.

En la tercera parte del ensayo comienza una profusa narración del transcurrir histórico de España desde los tiempos de Carlos II hasta los años 20 del siglo XIX. Se dispone, asegura, a llevar a cabo «un cuadro fiel de España» (Blanco White, 1823). Retomando el tema recién tratado, en su descripción histórica, quiere dejar muy claro que fue en concreto el fanatismo, la intolerancia y la ignorancia quienes lastraron a España desde el reinado del último Austria hasta la fecha en la que se redacta el artículo (1823). El devenir histórico español en este extenso tiempo refleja una continua crisis que aboca al país a la pérdida de la centralidad de la que antes había gozado en el concierto internacional.

Su negativo juicio sobre la historia española de los últimos siglos no impide que se fije en la positiva contribución que supuso el ascenso de la casa de Borbón, a través de Felipe V, como rey verdaderamente ilustrado. En un primer momento, nos dice Blanco, aparentó ser un respiro en el declinar español iniciado poco antes¹⁹. Fecha en esta etapa la llegada de las primeras ideas liberales al país. Entonces se crearon, por ejemplo, las reales academias de la Lengua y de la Historia y, pese a la pervivencia de una institución como la Inquisición, se introdujeron las ideas ilustradas procedentes de la Francia que había visto nacer al nuevo monarca. *A posteriori*, durante el reinado de Fernando VI, las letras españolas ya se habían contagiado por completo del gusto francés. Este es el caso de Benito Feijoo, a quien Blanco White identifica como el causante de una notable mejora de la mente popular. Es justo el periodo de los reinados del citado Fernando VI y de su hermano Carlos III, el más fructífero para la escuela liberal española, deudora de las ideas francesas. Sobre todo este último, se esforzó por reformar en cuestiones no dogmáticas la relación de España con la Iglesia católica y de reducir la influencia de la Inquisición²⁰. Con tal fin, se rodeó de una nutrida nómina de reformadores ilustrados que impulsaron los cambios. A la muerte Carlos III, su hijo Carlos IV continuó con la labor, en este momento más inconsciente, de promover una separación clara entre el Estado y la Iglesia, al tiempo que garantizó durante breves fechas la existencia de publicaciones periódicas, tal es el caso del *Censor*, donde se atacaban los prejuicios populares. No obstante, los «intolerantes» fueron reabriendo camino en sus pretensiones hasta perseguir y acabar con proyectos como el que se ha mencionado. También fue este un periodo de tímida reforma universitaria, que propició el surgimiento de un grupo extenso de hombres jóvenes amantes del conocimiento aunque, al tiempo, temerosos de las posibles consecuencias de su libertad de pensamiento²¹.

¹⁹ En *España*, el artículo de la *Enciclopedia británica*, tal y como se verá más adelante, Blanco White (1982, p. 69) refiere que en justicia hay que reconocer que el único progreso que España ha hecho, se llevó a cabo bajo los Borbones.

²⁰ Sobre las virtudes de la España de Carlos III véase Marías (1963).

²¹ Sobre el temor a las represalias que sufrían quienes optaban por la ocupación universitaria y las dificultades para llevar a cabo cualquier reforma de los estudios universitarios ya se había ocupado en *Las cartas de España*. Entonces recordó las escasas ventajas

Con el estallido de la Revolución francesa, recuerda Blanco, el panorama intelectual español giró de forma abrupta. Quienes hasta ese momento habían patrocinado las ideas liberales en España se radicalizaron en sus posiciones, y atrajeron hacia sí a un gran número de personas cautivadas por las exigencias planteadas por la Revolución. De este modo, los poderosos, que hasta ese instante habían alentado las posiciones liberales en la medida en que estas fortalecían la monarquía, empezaron a recelar y a tener constancia de los riesgos a los que se veían expuestos por este cambio de rumbo de los liberales. Lo «francés» ganó influencia entre la intelectualidad liberal española, pese a las prohibiciones y persecuciones que sufrieron.

Así, explica Blanco que justo antes de la invasión francesa de 1808,

el liberalismo español [había ganado] la fuerza que le permitió convertir las consecuencias de esa invasión en su propio beneficio, organizar sus principios rectores en una ley fundamental del reino, y elevarse por encima de un rey con grilletes, que ingeniosamente ocultaron bajo los adornos del trono constitucional (Blanco White, 1823).

Esta última apreciación revela la que será una de las críticas continuas que formulará contra la consideración que los liberales españoles hicieron del papel del monarca. Frente al modelo francés, él tomará partida por el modelo inglés, donde el monarca no era solo un títere sino que ostentaba una importante misión en la arquitectura constitucional²².

En correspondencia con la crítica a las posiciones de los liberales españoles, demasiado influenciados por las tesis francesas, Blanco White dedica varias páginas de su escrito a enjuiciar de forma rotunda el papel jugado por estos liberales, en particular, en lo relativo

que un joven [podía] obtener de los estudios universitarios en España, «en un país en el que la Inquisición estaba a acecho era tanto manifestar un total desconocimiento de las características de nuestra religión (...) ¿Quién se atreverá a caminar por el sendero de la cultura cuando conduce directamente a las cárceles de la Inquisición?» (Blanco White, 2004).

²² Sobre este particular, ya había escrito en las páginas de *El Español*. «El Rey [...] debe ser el jefe de la Nación, el padre de la gran familia [...]. El Rey puede considerarse como representante nato del pueblo, destinado a equilibrar el poder del cuerpo legislativo» (Blanco White, 1810, pp. 196-197).

a la redacción y aprobación de la Constitución de 1812. Su principal acusación se sustenta en la incapacidad de aquellos para comprender que no era posible fijar para España un escenario sistémico republicano como el francés. Pese a que les reconoce la valía de sus posiciones y les muestra respeto en lo personal, no quiere enmascarar a la que identifica como incapacidad real de los liberales para efectuar los cambios que necesitaba España. A su criterio, estos liberales doceañistas se atrevieron a «establecer un sistema en perfecta contradicción con lo verdaderamente nacional en España» (Blanco White, 1823). Una parte de esta crítica hacia los liberales doceañistas la sustentó en la defensa que estos hacían de la soberanía popular, a la que Blanco califica de «sofisma impracticable» (Blanco White, 1823). Para él, este principio de Gobierno, extraído de lo que denomina el «estercolero de la Revolución francesa», ha traído solo ruina a muchos de los países del entorno que lo han aplicado. «[Aniquila] la paz y la alegría de millones, pervirtiendo sus mejores sentimientos y dan una dirección fatal a su valentía [...]» (Blanco White, 1823). Blanco insiste así en algunas de las tesis que anteriormente había expuesto en *El Español*. Tachaba, por ejemplo, al artículo tercero de la Constitución de Cádiz –en el que se proclamaba la soberanía nacional– de incurrir en una «geometrical definition»; defendía la reforma radical de este texto, en lo atinente, sobre todo, a la estructura de las Cortes. En fin, arremetía sin piedad contra «the poisonous french drugs» en materia política y constitucional. Doctrinas intoxicantes y enloquecedoras, venenosas drogas; son algunas de las expresiones que emplea Blanco White para calificar las ideas importadas de Francia que sostienen los liberales doceañistas²³. Muy pocas de ellas fueron aceptadas del todo por el pueblo español.

En contestación a la equivocada respuesta que, al parecer de Blanco, dan los liberales doceañistas, él propone para sacar a España de su degradación, «el derecho inherente de todo pueblo libre a ser gobernado según leyes fijas; la necesidad de restablecer las instituciones que habían ideado sus antepasados para equilibrar

²³ Pese a este juicio crítico con respecto a la filosofía revolucionaria francesa, cabe destacar, como lo hace Ana María Jara, el peso de la influencia de las ideas de la Revolución francesa en el pensamiento liberal de Blanco White, circunstancia que dice estar ampliamente documentada y generalmente admitida, más allá de que no pueda minimizarse, ni mucho menos descartarse, sus influencias inglesas (Jara, 2014, p. 1).

los poderes del Estado» (Blanco White, 1823). Se muestra así como un anglófilo al hacer ostensible su admiración hacia las instituciones políticas y religiosas inglesas; no tanto en relación a las forma de vida en Inglaterra²⁴. Frente a los liberales doceañistas, exhibe un espíritu moderado y conciliador entre pasado y presente, rechaza las concepciones metafísicas y abstractas, defiende la monarquía limitada donde la Corona –al menos en la ley escrita–, participa de forma decisiva en todas las funciones estatales, se presenta como partidario de un Parlamento bicameral y, por último, muestra un fuerte activismo judicial en defensa de las libertades individuales²⁵.

Hechas estas consideraciones, Blanco sostiene que, a decir verdad, el único motivo de que la Constitución de 1812 recibiese el apoyo a partir de 1820 se justificaba en el hecho de que Fernando VII no supo gestionar de forma adecuada su retorno, queriendo desde muy pronto responder a aquellos que habían diseñado la Constitución para aminorar el poder del rey. Así las cosas, la equivocada actuación del monarca creó más prosélitos proliberales que si su proceder hubiese sido conciliador. Este mal gestionado retorno, junto con un ejército mal pagado y con malas perspectivas profesionales, facilitó que muchos de estos militares pasaran a suscribir los ideales liberales y a facilitar la vuelta de la Constitución del 12, pese a sus deficiencias y su falta de adecuación al sentir de la nación.

Las páginas de este ensayo continúan con un Blanco que explica ahora con precisión los motivos que terminaron por frustrar, por segunda vez, el asentamiento de la Constitución de 1812 (Trienio liberal). Además de una carente adecuación a los sentimientos más profundos de la nación, cuestiones tales como la división en el seno del liberalismo (masones, comuneros, etc.), la mala administración, las continuas intrigas y otras muchas circunstancias de similar naturaleza estuvieron detrás del nuevo fracaso.

El texto acaba con un afilado juicio sobre el conflicto entre la

²⁴ Sobre el proceso de conversión anglófila de Blanco White véanse los trabajos de Varela Suanzes (1995, p. 102 y ss.) y Derozier (1975, pp. 248-253).

²⁵ Su opción por la introducción del bicameralismo en España entró en conflicto con la posición de quien durante tiempo, como ya advertimos con anterioridad, fue un referente claro de su pensamiento, el británico Bentham, quien se había expresado de forma contundente contra el bicameralismo en España. Sobre ello, Ruiz Ruiz (2004).

España tradicional, retardataria, absolutista y la España liberal incapaz y torpe en la tarea de consolidar los cambios necesarios. Pero, aun así, deja abierta la puerta a la esperanza mediante una pincelada de forzado optimismo sobre el futuro de España. Para ello, esboza una propuesta final, aunque muy breve, de una serie de medidas políticas que bien podían llegar a favorecer el restablecimiento de la paz en la Península. Sobre estos planteamientos de cambio, justamente, dirá Moreno Alonso que, «su pecado original fue el haberse arriesgado, en medio del huracán, en un paisaje árido de gigantes y de molinos de viento, a pensar y a proponer soluciones para España» (Moreno Alonso, 1998, p. 57).

IV. SPAIN. *ENCICLOPEDIA BRITÁNICA*

Blanco White recibió la encomienda del editor de la *Enciclopedia Británica*, Mr. Macvey Napier, de publicar este artículo, dirigido esencialmente a un público inglés. Corría el año 1824. España continuaba siendo objeto de interés en las Islas, a consecuencia del proceso «revolucionario» y de los riesgos para la continuidad de los avances liberales tras la nueva invasión francesa de abril de 1823.

El artículo es una aportación de tan solo quince folios (veinticinco páginas impresas), «una apretada síntesis de España en los últimos años de su historia» (Moreno Alonso, 1998, p. 151) y, más en concreto, del conflictivo comienzo del siglo XIX. Según se desprende de la información que aporta el propio autor en las primeras líneas de su ensayo, se le confió el trabajo como un suplemento de la voz «España» ya contenida desde hacía algunos años en dicha *Enciclopedia*. El compromiso debía cubrir, en este caso, lo ocurrido en el país desde la expulsión de las tropas francesas por Lord Wellington, hito en el que se detenía el ensayo anterior de la *Enciclopedia*, hasta llegar a la nueva invasión patria de las tropas galas en abril de 1823; todo ello, al margen de reconsiderar algunas cuestiones que se juzgaban deficientes o, cuanto menos deficitarias, en lo escrito hasta ese momento en relación a la situación de España. Si en la recensión crítica, publicada un año antes, el análisis de España se remontaba a los inicios de su devenir histórico español y concluía en el comienzo de los disturbios que darían lugar a la segunda invasión francesa, ahora se completaba

el relato con los hechos más recientes, comenzando por los que se derivaron de la primera invasión napoleónica de España.

Además de una introducción aclaratoria del contenido y del tiempo histórico que analiza, el artículo *Spain* se divide en tres partes bien diferenciadas. Una primera se dedica a cuestiones de geografía física. Así, describe con cierta exhaustividad las diferentes cadenas montañosas y ríos peninsulares, para a continuación reparar, por un lado, en los obstáculos naturales que habían supuesto y suponían aún una rémora para el desarrollo español, al tiempo que expone algunas posibles soluciones a los mismos. A continuación, en un segundo apartado, se detiene en los problemas poblacionales, agrarios, de navegación, de comercio, etc., que aquejaban a España. De forma muy breve, trata la cuestión del comercio. El artículo concluye con una extensa exposición histórica del periodo ya mencionado, el que se extiende desde 1812 hasta 1823, incluyendo un comentario crítico sobre los artículos centrales de la Constitución de Cádiz, con seguridad, una de las partes de mayor interés de la contribución. Con una capacidad de esquematización indudable, White relata cada uno de los acontecimientos y de las fases que acontecen y se suceden en el periodo temporal referido, incorporando una evaluación de cada una de ellas. Para elaborar una buena parte del contenido del artículo Blanco White acude a las obras de dos autores que tuvieron presencia en España y que conocieron bien su historia, en especial lo ocurrido en los periodos tratados en este artículo. Se trata de Isidoro de Antillón y Mazo, en su *Elementos de la geografía astronómica, natural y política de España y Portugal*, y de Edward Blaquiére, en su *An Historical Review of the Spanish Revolution, Including Some Account of Religion, Manners, and Literature in Spain* (*Revisión histórica de la Revolución española, incluyendo algunos relatos de religión, modales y literatura en España*) (1822).

En esta ocasión reparamos, exclusivamente, en el relato histórico y en la visión particular de los acontecimientos que lleva a cabo Blanco White. En el comienzo del mismo, justo en los albores de 1808, Blanco habla abiertamente de crisis para referirse al instante mismo en el que, por causas ajenas (la invasión francesa) y por cir-

cunstancias propias (las disputas dinásticas)²⁶, España se halla en una situación de gran incertidumbre.

La primera de las cuestiones que desarrolla por extenso es la concerniente a la Constitución de 1812. En un principio, emite un dictamen general positivo sobre ella, en tanto que la concibe como la culminación de las esperanzas de hombres preclaros que se había unido contra las pretensiones de Napoleón de imponer a su propio hermano como rey de España. Incluso, más avanzada la exposición, volverá a hablar del texto constitucional en términos elogiosos: «La Constitución de las Cortes aunque mal adaptada a las instituciones, hábitos y sentimientos de la mayoría de la nación española, es un manual de principios populares que debería, en toda circunstancia, incrementar la fuerza del partido liberal» (Blanco White, 1982, p. 115).

Suponía, además, la superación de largos años de limitaciones que habían impedido la relación de los súbditos con sus gobernantes. Esta opinión favorable, como tendremos la oportunidad de desarrollar más adelante, se tornará más crítica con el paso del tiempo y no dejará de mostrar reparos a la luz del desarrollo de los acontecimientos. No sorprende, en modo alguno, esta variación de criterio. En similares términos se había manifestado ya antes en las páginas de *El Español*, aun cuando la Constitución estaba en fase de redacción y solo se conocía el contenido del proyecto publicado en Inglaterra por Álvaro Flórez Estrada. Entonces había dejado escrito que «las Cortes [estaban] perdiendo tiempo y crédito, con [el] empeño de hacer una constitución por teoría, [mientras podían] haber adelantado mucho para hacer una por experiencia» (Blanco White, 1811, p. 289).

Este negativo dictamen, combinado con alguna que otra apreciación benévola sobre su contenido, volvería a ocupar las páginas de *El Español*, a modo de «Breves reflexiones» a la publicación del contenido íntegro de la Constitución de 1812²⁷.

²⁶ La disputa dinástica entre Carlos IV y su hijo Fernando VII había comprometido a la nación, colocándola en una situación de debilidad extrema.

²⁷ La *Constitución política de la monarquía española* se comenzó a publicar en *El Español*, en el número XXV, de 30 de mayo de 1812. El resto de su articulado aparecería en los números XXXVI y XXXVII, de 30 de junio y 30 de julio de ese mismo año, respectivamente.

La referencia genérica al texto constitucional que se hace ahora, doce años después, en el artículo «Spain», se acompaña de un tratamiento específico del contenido de los que considera «principales artículos de la Constitución española»: los relativos a la soberanía (artículo 3), la religión (artículo 12), el poder de las Cortes y los poderes del monarca (artículos 15 y ss.). Reproduce literalmente su contenido, aunque no de forma numerada, y desarrolla con detalle la significación de los mismos.

Blanco describe el paulatino surgimiento de hombres partidarios de la libertad, al menos cuarenta años antes de la aprobación de la Constitución, y como consecuencia del influjo de la filosofía francesa. En aquel momento, tal y como nos recuerda Gregorio de la Fuente Monge, él mismo se identificaba con los principios revolucionarios franceses, en tanto que apoyaba una monarquía constitucional basada en los dogmas de la soberanía del pueblo, la igualdad civil y el respeto a los derechos de los ciudadanos (Fuente, de la, 2013, p. 51). Con todo, Blanco sabía que, frente a esta asunción de conciencia por parte de una minoría, lo cierto es que el conjunto de la población española permanecía ajena a las cuestiones que preocupaban a esa élite. La España real seguía leal a las ideas del Antiguo Régimen, tanto en lo político como, en particular, en materia religiosa. Para Blanco, de no haber huido la Junta Central en dirección a Cádiz como consecuencia de la invasión francesa, seguramente las Cortes habrían respaldado una continuidad de las formas y normas del Antiguo Régimen. Pero en Cádiz ocurrió todo lo contrario. El partido liberal logró quebrar el poder monárquico en la forma como se había concebido en España hasta el momento, inaugurando una etapa nueva; pero muy la mentalidad de la mayoría de los españoles seguía anclada en el pasado.

Las siguientes líneas del artículo abundan en el perfil de la sociedad gaditana, el cual contribuyó al surgimiento y la consolidación del espíritu constitucional. Unas clases adineradas como consecuencia del comercio americano, entre las que no había demasiadas diferencias y entre las que imperaba un fuerte sentido de igualdad. En este contexto se detalla el proceso de elaboración de la Constitución del 1812 gracias a la intervención de los denominados liberales, muchos de ellos hombres venidos de provincias e imbuidos de las ideas de libertad surgidas tras la Revolución francesa. Es aquí cuando comienza

su juicio crítico sobre la Constitución, que antes ya referimos, y que hasta ese momento solo se había limitado a presentar en relación a lo más relevante de su articulado. Al respecto, dedica varios párrafos a dejar claro que, aquellos liberales hacedores de la Constitución, se sintieron liberados del influjo real y elaboraron un texto que iba más allá de lo que la nación en su conjunto estaba dispuesta a aceptar. A tal efecto deben entenderse las siguientes palabras: «los autores de la Constitución española estuvieron menos dispuestos a considerar el sentido real de la nación que a preparar, en el código, los medios más efectivos para conseguir un cambio radical en la mentalidad pública» (Blanco White, 1982, p. 100).

Continuando con su crítica a la Constitución de 1812, Blanco se detiene con profusión en el contenido del artículo 12, dedicado a la religión católica. En consonancia con el divorcio entre los legisladores y los «pareceres» de la nación, el tratamiento de la cuestión religiosa era, desde su punto de vista, uno de los pocos que recogía más la verdadera disposición de la nación española que el sentir de aquellos legisladores liberales. Era, decía, «la expresión exacta de las opiniones que la masa [tenía] sobre este punto» (Blanco White, 1982, p. 101). Pese a todo, Blanco sembraba la sospecha sobre la firmeza en las creencias que hacía al partido liberal mantener los presupuestos católicos por generaciones, y terminaba dando su veredicto al respecto afirmando que era imposible que hombres que habían abrazado los principios políticos liberales, que habían puesto en marcha la Constitución, fuesen capaces de aprobar el artículo en cuestión en los términos en que lo fue (Blanco White, 1982, p. 101). En definitiva, deja claro que la actitud de los constituyentes a este respecto, incapaces de hacer frente a los prejuicios religiosos tuvo como consecuencia el mantenimiento de la conciencia de los españoles en la esclavitud.

En el resto de cuestiones (soberanía nacional, poderes del monarca, composición y funcionamiento de las Cortes, etc.), no se detiene de forma expresa en el ensayo, pero sí deja claro que si los legisladores hubiesen sido más moderados y condescendientes en sus opiniones políticas al respecto de estas cuestiones, no habrían alarmado tanto a los prejuicios españoles en su plan de reforma y habrían tenido a sus adversarios religiosos menos en guardia y además

habrían avanzado algo más en su camino hacia la tolerancia (Blanco White, 1982, p. 102). Por el contrario, al no serlo, fue imposible la aceptación y consolidación del nuevo texto. «Los liberales pensaron más de lo que se atrevieron a expresar, y los intolerantes consiguieron todo lo que quisieron» (Blanco White, 1982, p. 102). Esta lapidaria frase resume a la perfección su parecer al respecto.

Desde una perspectiva análoga, la descripción que hace Blanco sobre lo sucedido con la vuelta al país de Fernando VII supone la demostración de que en España había nuevos gobernantes, una nueva constitución, pero que nada o muy poco había cambiado en la mentalidad de los españoles. Tal era así que, el rey disolvió las Cortes y anuló la Constitución, devolviendo al país a una etapa anterior, la del Absolutismo. Por tanto, esta crisis no terminó de propiciar la ruptura de lo viejo para consolidar lo nuevo y, una vez más, el gobierno de Fernando provocó una gran decepción, tanto en la burguesía media baja, en el ejército y en las clases populares. Desde 1814 hasta 1820 se produjeron numerosas conspiraciones, descritas con sumo detalle por Blanco, la mayor parte de ellas descubiertas y duramente reprimidas, hasta que los liberales lograron que el rey acatara la Constitución y esta se reinstaurara.

Las últimas páginas del ensayo están dedicadas a presentar un esquema del carácter y temperamento del gobierno de las Cortes extraordinarias y ordinarias constituidas en el Trienio liberal, sus principales deseos para la reforma del país y los obstáculos que se le oponían. Blanco White desgrana los motivos que condujeron al fracaso de nuevo de las libertades y, finalmente, la intervención de los Cien Mil Hijos de San Luis en auxilio del absolutismo monárquico.

V. CONCLUSIONES

La pretensión de practicar una lectura comparada entre los contenidos ha resultado a todas luces compleja en tanto que no existen dos esquemas de relato similares en uno y otro trabajo. Pese a la sugerencia de Teresa de Ory, lo cierto es que entre ambos escritos no se da una continuidad expositiva que los haga comparables tal cual, más allá de una lectura en paralelo de algunos de los acontecimientos históricos del periodo 1812-1823, que incluye en uno y otro texto (CUADRO

1). Ahora bien, es cierto que existe una similitud en el juicio en torno a varias cuestiones que, en último término, nos permite presentar una serie de conclusiones relativas al parecer de Blanco White sobre lo planteado en las dos aportaciones objeto de análisis de este artículo. Partiendo de esta advertencia, a continuación se ofrecen las siguientes:

1. Blanco White interpreta toda la historia de España, desde al menos la Edad Media, como la consecuencia de una praxis de la intolerancia y el fanatismo. En el análisis de los orígenes de la intolerancia y el fanatismo españoles, Blanco otorga relevancia al hecho de que en España los reformistas (protestantes) fueron aniquilados y, con ellos, el protagonismo del libre pensamiento. Así, establece una relación plausible entre el atraso intelectual español y la persecución y «exterminio» de los protestantes.
2. Los españoles jamás lograron superar y desprenderse totalmente del yugo del absolutismo.
3. La naturaleza de la narración histórica de los principales hechos acaecidos en España desde finales del XVIII y hasta el primer tercio del siglo XIX revelan un Blanco White que entiende que en España no tuvo lugar una inteligente y adecuado desarrollo del liberalismo, en tanto que este quiso ir más allá de lo que la propia nación española en ciernes era capaz de tolerar. Los liberales españoles fueron incapaces de construir una respuesta concertada con la realidad española.
4. Entre otras, Blanco planteó tres principales críticas al contenido de la Constitución de 1812. Por un lado, la relativa a la incongruencia del reconocimiento de exclusividad del credo católico, cuestión irreconciliable con la concepción liberal. Por otro, el debilitamiento de la figura real que, en la práctica provocó el texto constitucional. Por último, la errónea formulación de la soberanía nacional. En el tratamiento de estas cuestiones, Blanco se muestra contrario a las tesis seguidas por los constituyentes del 12, frente a su opción por el modelo británico.
5. En definitiva, la figura intelectual de Blanco White refleja la personalidad de un liberal español heterodoxo, en tanto que se mostró en desacuerdo con los principios de la fórmula liberal que generalmente se ajustaba a las normas y prácticas tradicionales del liberalismo patrio, de clara inspiración e influencia francesa.

Cuadro 1. Tratamiento comparado de los hechos críticos de la historia de España (1812-1823)

	«Spain» Quarterly Review (1823)	«Spain» Enciclopedia Británica (1824)
	Crítica a los legisladores gaditanos, a los que achaca haber mantenido la intolerancia religiosa sabedores de que era un simple pago para apaciguar a los realistas. Atribuye a los legisladores una total falta de conocimientos prácticos sobre temas morales y políticos. Alude a la distancia existente entre el pueblo y los liberales. «La nación española está declaradamente en contra de ellos» (26). Califica a la soberanía del pueblo defendida por los liberales como «sofisma despreciable». Crítica, igualmente, las que denomina «venenosas drogas francesas», refiriéndose con ello a las ideas sobre cuestiones tales como la soberanía que se habían incluido en la Constitución de Cádiz. (Estas cuestiones ya habían sido tratadas en similar dirección en las páginas de <i>El Español</i>). (Pese a las críticas que ahora hace a las ideas francesas, hubo un tiempo en que las compartió y en las que se declaró admirador de las mismas. No obstante, su llegada a Inglaterra modificó sus posiciones, optando, desde entonces, por el ideario whig, eso es: parlamentarismo bicameral, rey como poder moderador e integrador, y respeto de los derechos individuales. Intentó, sin éxito, proponer una alternativa constitucional, una vía intermedia entre la España liberal y la España reaccionaria (Varela Suances, 1993, p. 114).	Hace una crítica profunda al contenido de su articulado, sobre todo al tratamiento de la religión. Entiende que la actitud beligerante en determinadas cuestiones políticas puso en guardia a los enemigos de la libertad y representantes de la intolerancia. Estos se sintieron amenazados y, ni siquiera la condescendencia en materia religiosa sirvió para apaciguarlos. White entiende que quienes elaboraron el texto no repararon en su aplicabilidad real. White compartió los ideales liberales, pero no el idealismo que condujo al fracaso del proyecto liberal en España. Sobre esta misma cuestión, en <i>Cartas de Juan sin Tierra</i> (1811) ya se había preguntado «¿La Constitución de España, no vale para la Grandeza, ni para el clero? Es que empezamos de nuevo. ¿Vale para la Inquisición? Es preciso respetar las leyes. ¿En qué hemos de quedar, Señores de las Cortes? ¿Qué tira y afloja es éste?» (Blanco White, 1990). En idéntica dirección se expresará tiempo después, en <i>El Español</i>: «[...] si las nuevas leyes no hubieran sido la expresión de las pasiones de un corto número de hombres que irritaban con ellas a la mayor y más poderosa parte de la nación que había de guardarlas» (<i>El Español</i>, en el artículo final).

Crítica a la
Constitución de 1812

Cuadro 1. Continuación

	«Spain» Quarterly Review (1823)	«Spain» Enciclopedia Británica (1824)
Vuelta de Fernando VII y política regresiva (1814-1820)	Refiere la torpeza de Fernando VII al, entre otras cosas, acceder a la venganza contra los liberales por parte de sus consejeros, así como al reinstaurar la Inquisición. Fue el trato injusto que recibieron los liberales el que creó prosélitos a favor de la Constitución de 1812.	Se relata con cierta precisión el retorno de Fernando VII y como una parte significativa del pueblo lo recibió de buena gana. Contra los liberales se declaró una severa persecución. Se retornó al absolutismo. Se declararon ilegales las Cortes, se arrestó a los regentes Agar y Ciscar y se reinstauró la Inquisición.
Levantamientos populares contra Fernando VII	Un ejército mal pagado, y abocado a participar en las contiendas americanas, le llevó a que sus oficiales se impregnaran y suscribieran las ideas liberales, poniendo en dificultad al monarca.	El ejército, que hasta ese momento se había entretenido con promesas de una paga regular y promoción, empezó a quejarse de escasez y desatención. «Se había dado cuenta ya de su irresistible peso en los cambios políticos, se removía insatisfecho e inquieto ante un estado de cosas que los condenaba al abandono y la pobreza. Se relatan los levantamientos contra el absolutismo con gran claridad y cuidado. Presta especial atención a las traiciones de muchos de los insurgentes. Destaca el éxito de Riego que dio lugar al inicio del Trienio Liberal. El gobierno de la Corte se mostró incapaz de garantizar el beneficio a sus partidarios, incluyendo a la clase media baja, y de proporcionar seguridad al pueblo. Reconoce el activo papel de las sociedades secretas.

Cuadro 1. Continuación

	«Spain» Quarterly Review (1823)	«Spain» Enciclopedia Británica (1824)
Trienio Constitucional (1820-1823)	Alude a la división entre los liberales (masones y comu- neros) como elemento que caracterizó el periodo. La toma de determinadas decisiones alertaron de los riesgos del régimen liberal español. Blanco White se hizo ilusiones so- bre este nuevo régimen liberal, pero pronto se evaporaron. La angustia y sufrimiento que asociaba al catolicismo se hicieron de nuevo presentes con amarga intensidad (Alonso García, 2011).	White menciona los cambios realizados, algunos de los cuales, especialmente los dirigidos a afectar a los intereses de la Iglesia (expulsión de los jesuitas, abolición parcial de los diezmos, etc.) trajeron como consecuencia una animad- versión evidente y la búsqueda por parte de los clericales del auxilio extranjero. También se abolió instantáneamente la Inquisición.
Congreso de Verona- Cien Mil Hijos de San Luis (17-4-1823)	Los ejércitos franceses tuvieron una buena acogida por parte de los españoles. Si en su día combatieron a Napo- león, ahora sentían que la llegada de los soldados franceses suponía un freno a la anarquía.	En Europa no interesaba un gobierno liberal en España. Invasión francesa como medio para reinstaurar el despo- tismo en el país.

Fuente: Elaboración propia.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, J. L. (1984). *Historia crítica del pensamiento español* (tomo IV). Espasa Calpe.
- ALONSO GARCÍA, G. (2011). *Londres y el liberalismo hispánico*. Editorial Iberoamericana/Vervuert. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/ugr/37206?page=127>
- BENTHAM, J. (1823). *Essais de Jérémie Bentham, sur la situation politique de l'Espagne, sur la Constitution et sur le nouveau code espagnol, sur la Constitution du Portugal, etc., etc.: traduits de l'anglais, précédés d'observations sur la révolution de la Péninsule et sur l'histoire du gouvernement représentatif en Europe, et suivis d'une traduction nouvelle de la Constitution des Cortès*. Librairie de Brissot-Thivars.
- BLANCO WHITE, J. M. (1810). Examen de la constitución para la nación española. *El Español*, núm. IX., pp. 196-197. <http://hemerotecadigital.bne.es/issue.vm?id=0004332284&search=&lang=es>
- BLANCO WHITE, J. M. (1811). Contextacion. *El Español*, núm. XVI. <http://hemerotecadigital.bne.es/issue.vm?id=0004336227&search=&lang=es>
- BLANCO WHITE, J. M. (1823). Spain. (*Recensión crítica de la obra de Michael J. Quin. A Visit to Spain, 1823*), *Quarterly Review*, 29(57), pp. 240-276. <https://hdl.handle.net/2027/uc1.a0010589737>
- BLANCO WHITE, J. M. (1824). Spain. *Supplement to the Fourth, Fifth and Sixth Editions of the Encyclopaedia Britannica*, 6, pp. 508-533.
- BLANCO WHITE, J. M. (1982). *España*. Alfar.
- BLANCO WHITE, J. M. (1988). *Autobiografía de Blanco White*, (2º Ed) A. GARNICA. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbp007>
- BLANCO WHITE, J. M. (1990). *Cartas de Juan Sintierra*, (*Crítica de las Cortes de Cádiz*). Universidad de Sevilla. http://es.wikisource.org/wiki/Cartas_de_Juan_Sintierra
- BLANCO WHITE, J. M. (2003). Bosquejo de la Historia del entendimiento en España desde la restauración de la Literatura hasta nuestros días (1824). En J. M. BLANCO WHITE, *Sobre educación*. Biblioteca Nueva.
- BLANCO WHITE, J. M., GARNICA, A. (Ed.). (2004). *Cartas de España*. Editorial Fundación José Manuel Lara.
- BLANCO WHITE, J. M., GARNICA, A. (Ed.). (2005). *Obra completa de José Blanco White*. Almed.
- DEROZIER, A. (1975). *Escritores políticos españoles, 1780-1854*. Ediciones Turner.

- FERNÁNDEZ SARASOLA, I. (2012). La Constitución de Cádiz en Inglaterra. *Historia constitucional*, (13), 1-21. <https://doi.org/10.17811/hc.v0i13>
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I. (2013). El debate doctrinal en torno a Cádiz. *Revista Española de la Función Consultiva*, (19), pp.155-170.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I. (ed.). (2010). *Los primeros parlamentos modernos de España, 1780-1823*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I. (ed.). (2010). *Los primeros parlamentos modernos de España, 1780-1823*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FUENTE MONGE, G. DE LA. (2013). *El primer liberalismo español*. En M. MENÉNDEZ ALZAMORA y A. ROBLES EGEA. *Pensamiento político en la España Contemporánea*. Trotta.
- GARNICA SILVA, A. (1991). Cuatro lecciones sobre Blanco White. *Boletín informativo de la fundación Juan March*, (213), pp. 29-34.
- GARNICA SILVA, A. José María Blanco y Crespo. En Real Academia de la Historia, *Diccionario Biográfico electrónico*. <http://dbe.rah.es/biografias/13139/jose-maria-blanco-y-crespo>
- GIL NOVALES, A. (2011). *Diccionario biográfico de España (1803-1833). De los orígenes del liberalismo a la reacción absoluta*. Colex.
- HERRERA GUILLÉN, R. (2010). Blanco White y América. La escisión del mundo hispano. *Scienza&Politica*, 22(43), pp. 17-46. <https://doi.org/10.6092/issn.1825-9618/2763>
- JARA GÓMEZ, A. M. (2014). Blanco White: un militante contra el absolutismo. Del liberalismo a la cuestión colonial. *Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad*, 21(61), pp. 87-107. <https://doi.org/10.32870/ees.v21i61.265>
- LLORENS, V. (1971). Introducción. En J. M. BLANCO WHITE, V. LLORENS (Pról. y notas). *Antología de obras en español*. Labor.
- LLORENS, V. (1979). *Liberales y románticos*. Castalia.
- LLORENTE, J. A. (1870). *Historia crítica de la Inquisición en España*. Editorial Juan Pons. <https://bibliotecadigital.jcyl.es/es/consulta/registro.do?id=20831>
- MACDONALD, L. (2013). Ilustración interrumpida, independencia inacabada: Blanco White y *El Español*. *Rocky Mountain Review*, 67 (1), pp. 9-26. <https://www.jstor.org/stable/23609962>
- MARÍAS, J. (1963). *La España posible en tiempos de Carlos III*. Sociedad de Estudios y Publicaciones.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. (1995). José María Blanco White. Un proyecto liberal en la revolución española. *Anuario de filosofía del derecho*, (22), pp. 221-234. <https://www.researchgate.net/publication/315788834> Re-

flexiones de un español sobre la independencia de América latina
Jose M Blanco White#fullTextFileContent

- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. (2009). Reflexiones de un español sobre la independencia de la América Latina: José M^a Blanco Blanco. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, (7), pp. 75-83. <https://doi.org/10.18172/redur.num7>
- MÉNDEZ BEJARANO, M. (2009). *Vida y obras de D. José María Blanco y Crespo (Blanco White)*. Renacimiento.
- MENÉNDEZ PELAYO, M. (2003) *Historia de los heterodoxos españoles*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmch9937>
- MORENO ALONSO, M. (1998). *Blanco White. La obsesión de España*. Alfaro.
- MURPHY, M. (2011). *El ensueño de la razón. La vida de Blanco White*. Renacimiento.
- PENDÁS GARCÍA, B. (1991). *Jeremy Bentham, Tácticas Parlamentarias*, Publicaciones del Congreso de los Diputados.
- PONS, A. (2001). *Blanco White y España*. Instituto Feijoo de Estudios del Siglo XVIII.
- RUIZ RUIZ, J. J. (2004). «Antisenática» en el trienio liberal (1820-23): Bentham contra la introducción del bicameralismo en España. *Revista de Estudios Políticos* (123), pp. 351-391.
- SECO SERRANO, C. (1993). La España de Blanco White. *Archivo hispalense*, 76(231), pp. 17-30.
- VARELA SUANCES, J. (1993). Un precursor de la monarquía parlamentaria: Blanco-Withe y «El Español» (1810-1814). *Revista de Estudios Políticos*, (79), pp. 101-120.

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
III

Recensiones y semblanzas
Reviews and brief biographies

ZAFRA VÍCTOR, M. (2021). *MANUEL AZAÑA. REPÚBLICA ANTES QUE DEMOCRACIA. MÁS RAZONES QUE VOTOS*. MADRID: CEPC

Juan F. LÓPEZ AGUILAR
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
<https://orcid.org/0000-0002-6564-2536>

El 14 de abril de 2021 –todavía bajo las restricciones impuestas en toda España y el conjunto de la Unión Europea (UE) por la pandemia de la enfermedad por coronavirus de 2019 (COVID-19)– se cumplieron 90 años de la proclamación de la II República española. Fue esta una efeméride especialmente redonda, cada vez más próxima al ciclo completo de un siglo desde una de esas contadas fechas que han *causado estado* en la procelosa historia político-constitucional de España. Posteriormente, el mismo año, el 9 de diciembre, se cumplieron por su parte 90 años de la entrada en vigor de la Constitución de 1931 (CR 31), un hito español y europeo, cuyo interés se acrecienta con el transcurso del tiempo, tal y como testimonia la reciente obra colectiva que sobre ella han dirigido dos reconocidos expertos (además de amigos personales desde hace muchos años): los catedráticos Joan Oliver y Agustín Ruiz Robledo: *Comentarios a la Constitución de 1931 en su 90 aniversario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [CEPC], Madrid, 2021).

La CR 31 se encuadra destacadamente en el ciclo del *Parlamentarismo constitucional* que trae causa de la Constitución de Weimar de 1919 y de las constituciones austriaca y checoslovaca de 1920, en una secuencia que es sustrato de la construcción teórica del «*parlamentarismo racionalizado*» (forma de gobierno intensamente sujeta a Derecho, en la que el poder legislativo del Parlamento está fundado y limitado por la fuerza normativa de la Constitución), explicada en el clásico de B. Mirkiné Guetzévitch (1932). Pero, a su vez, la CR 31 inspiró determinadamente a la Constitución italiana

de 1948 y aún más señaladamente a la Constitución española de 1978 –a punto ya de superar a la de 1876 como la de más larga vigencia ininterrumpida de nuestra historia– en una influencia cuyo alcance nunca ha sido subrayado lo bastante hasta la fecha.

Como atestigua en la memoria nuestra retina colectiva, la II República tuvo aquel 14 de abril un advenimiento pacífico e incluso jubiloso, vinculado a la interpretación inexorable de los resultados de las elecciones municipales en las principales ciudades, en los que la inercia del caciquismo y de las prácticas corruptas habían mantenido el régimen del turno de la Restauración canovista de 1874 y su Constitución de 1876 hasta su agonía terminal. El precedente episodio martirial de la proclamación de la II República, encarnado por la precipitación de los capitanes Galán y García Hernández (la «sublevación de Jaca» de 12 de diciembre de 1930, que derivó trágicamente en su inmediato fusilamiento), revistió de un destello de épica lo que la historiografía ha convenido en explicar más como un desmoronamiento de lo que todavía restaba en la decadente monarquía de Alfonso XIII y de la entera obra de la Restauración canovista (1874) hasta la dictadura del general Primo de Rivera (1923-30), que como la desembocadura de una (entonces inexistente) hegemonía republicana en la sociedad española y su pensamiento político.

Tras aquella fecha histórica, y consumado ya el exilio definitivo del monarca destronado, pronto se constituyó una Comisión Jurídica Asesora (presidida por A. Ossorio Gallardo, de la que formó parte el viejo maestro del Derecho público A. Posada) cuyo proyecto de Constitución preservaba el bicameralismo tradicional en la historia del constitucionalismo propio. Sin embargo, tras las elecciones legislativas de junio de 1931, las Cortes ya republicanas, presididas entonces por el profesor socialista Julián Besteiro (1870-1940), encomendaron a su Comisión Constitucional la elaboración de otro texto marcadamente rupturista con el contexto del que procedía, que apostó por un Parlamento unicameral –las Cortes de la República– en un nuevo orden jurídico profundamente innovador, con hondo compromiso social, calificado «de izquierda» por el también catedrático socialista que presidió su redacción, Luis Jiménez de Asúa.

De hecho, en la agitada peripecia constitucional española, solo la Constitución de 1812 había apostado en su día por unas Cortes uni-

camerales (el antecedente republicano de 1873, con Cortes también unicamerales, no llegó a entrar en vigor). Las Cortes republicanas, Congreso de los Diputados, dieron lugar a un Parlamento unicameral abultado, muy pluralista y fragmentado (todos los Gobiernos, en sus tres legislaturas cortas y abruptas, fueron de coalición), llamativamente numeroso (de 470 a 496 escaños, con un número final variable en dependencia del censo y la participación), elegidos con un sistema electoral complejo (sobre la base de la Ley de 1907 y la Ley electoral de 1933, que completó por primera vez el sufragio universal femenino, desde los 23 años), a dos vueltas en dos tipos de circunscripción plurinominal (ciudades de más 100 000 habitantes y provincias).

Con todo, más allá de las consideraciones técnicas, lo que importa recordar es que la CR 31 exhibió con impactante fuerza las características políticas y sociales más innovadoras de su momento y encuadre histórico, y que todas ellas fueron, sin embargo –o exactamente por eso–, impugnadas desde el principio por las fuerzas de la reacción antirrepublicanas, a las que el republicanismo (escasamente consciente de la coyuntura única en que descansó su ocasión pese a su escasa implantación en la atrasada estructura político-social de España) subestimó trágicamente hasta que se comprobó que ya era demasiado tarde como para que los demonios del fratricidio desatado regresasen a la botella de la que se habían desparramado con furia desencadenada.

Y aun así en aquel momento España se situó, como sujeto constituyente, en la vanguardia del constitucionalismo europeo con una Constitución escrita, extensa (125 arts.), normativa y jurisdiccionalmente garantizada (con recurso de amparo y garantías constitucionales), proclamándose como una «República de trabajadores de toda clase» (base del art. 1 de la Constitución italiana de 1948: «Repubblica fondata sul lavoro»). Ese rasgo innovador es perceptible a lo largo del torso constitucional y en los memorables discursos de los constituyentes: desde el cambio de bandera nacional hasta la afirmación de la laicidad y la estricta separación Iglesia/Estado, tan rompedora con la tradición española (arts. 4, 26 y 48 CR 31), pasando por los derechos de contenido social y económico y por el principio de «Estado integral» y la autonomía superadora de la dialéctica entre unitarismo y federalismo. Pero sobre todo apostando por la primacía

de la Constitución, con un Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) y una reforma compleja y agravada de la CR 31 (título IX), que incluía doble mayoría (previa disolución y nueva elección) para su ratificación.

No cabe duda, por tanto, de que la CR 31 fue en su momento pionera e, inevitablemente, polémica y controvertida, como expresó el filósofo y diputado constituyente José Ortega y Gasset con su «no es esto, no esto». Con visión retrospectiva pueden examinarse los «defectos» sobre los que luego escribió quien fuera su primer presidente, Niceto Alcalá Zamora: No fue una Constitución expresiva de un *consenso*, como emblemáticamente pusieron de manifiesto su tratamiento de *la cuestión religiosa* (arts. 26 y 48 CR 31, con disolución de órdenes religiosas, sujeción a la ley del Estado, nacionalización de bienes y prohibición de ejercicio de la enseñanza) y *la cuestión territorial* (la autonomía catalana de 1932 que no logró desactivar la deriva del separatismo catalán a partir de los sucesos de 1934).

Especialmente problemática resultó la conexión de la Presidencia de la República (elegida por las Cortes y por un Colegio de electores de igual número de miembros) con un Congreso fragmentado y multipartidista. El poder de disolución (que Alcalá Zamora practicó dos veces, en 1933 y 1936) resultaba revisable y enjuiciable por las nuevas Cortes electas (art. 81 CR 31), lo que, en la práctica, derivó en la remoción de su primer presidente y su sustitución por Manuel Azaña Díaz, hasta entonces jefe de Gobierno. Por su parte, la concepción y estructura del TGC manifestó, prontamente, gruesos defectos congénitos (presidentes del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado; 2 representantes del Congreso, 1 por región, 2 de los abogados y otros 4 por las universidades), por lo que tanto su composición como su incipiente jurisprudencia (Ley Catalana de Contratos de Cultivo, 1934) resultaron a la postre un factor clave y decisivo en la abrupta erosión de su experiencia. En el tiempo trágicamente acotado de su breve vigencia, bajo la CR 31 tres regiones plebiscitaron su estatuto de autonomía (Cataluña, 1932; País Vasco, 1936; Galicia, 1936), aunque su posterior decurso resultó agitado y problemático (los hechos de 1934 impusieron, lamentablemente, un antes y un después sin retorno en el devenir de la II República).

Y, sin embargo, de nuevo, pese a los lugares comunes acerca de su destino trágico, la de la CR 31 no puede despacharse sin más como una experiencia «frustrada». Persiste hasta hoy el debate sobre las diferencias entre la *monarquía parlamentaria* (art. 1.3 de la Constitución española de 1978 [CE 78]) y la *república presidencial* (Constitución francesa de 1958) y la variante de *república parlamentaria* (Constitución italiana de 1948), así como la comparación de sus (alegadas o reales) ventajas y desventajas. Pero si de lo que se trata es cabalmente de evaluar sus enseñanzas, las más aprovechables de la experiencia yugulada de la CR 31 se condensan con toda seguridad en la CE de 1978: siquiera porque no repitió los mismos errores contrastados de aquella, aunque ensayó otros inéditos, toda vez que su memoria gravitaba sobre los constituyentes de la Transición, con un mejor tratamiento de los derechos y libertades, de la Constitución económica, de la cuestión autonómica, de las garantías de la Constitución normativa y de la «*racionalización*» del parlamentarismo, incursionando en el paradigma del «*parlamentarismo estructurado*»: constitucionalización de las bases del sistema electoral; parlamentarismo reglamentado e intensamente *grupocrático*; relaciones Parlamento/Gobierno; control parlamentario; continuidad del Parlamento (Diputación Permanente); cuestión de confianza y moción de censura constructiva; potestad de disolución; Tribunal Constitucional y reforma constitucional.

Pues bien, 90 años después, la CR 31 continúa reclamando una evocación detenida, respetuosa, seria, tanto en su evaluación como en su exposición a la crítica. Y espera y requiere todavía una lectura rigurosa —con reflexión, detenimiento e imparcialidad de un juicio enemigo de prejuicios— del pensamiento político y constitucional desde el que se la alumbró y se la practicó en años cruciales, cuya dureza y sufrimientos resulta tan insoslayable como difícil de evocar si no es desde el manejo de las personalidades que hablaron, escribieron e hicieron, cuanto les fue posible, durante su tiempo vital. Y porque esas enseñanzas siguen siendo la clave desde la que comprender mucho de lo que aprendieron los constituyentes que abrieron paso a la Constitución de 1978, vigente tras más de 43 años de maduración democrática.

Manuel Zafra Víctor, profesor de Ciencia Política en la Universidad de Granada, sorprende con una obra —monumental, por su

volumen y enjundia— que innova, aporta, discute un material tanpreciado para este emplazamiento. Y se presta a la discusión, que es lo mejor que puede hacer una obra en el campo de las ciencias sociales. Lo hace sobre una de las personalidades más significativas y señaladas —por ende, controvertidas— de la II República y del entero siglo xx de España: Manuel Azaña Díaz (1880-1940), escritor (obtuvo el Premio Nacional de Literatura con su biografía de Juan Valera antes de ejercer en política), presidente que fue del Consejo de Ministros —1931-1933, tras la dimisión a fines de 1931 de Niceto Alcalá Zamora (1877-1949), promovido luego a primer presidente de la República— y presidente de la República española en tiempos de tremenda zozobra y tragedia colectiva (1936-1939, hasta su dimisión).

Probablemente con Juan Negrín (1892-1956), presidente que fue del Consejo de Ministros de la República en guerra (1937-39) y luego en el exilio (1939-1945, hasta su dimisión en México), Manuel Azaña Díaz encarna dolientemente el arquetipo de español cuya grandeza pervive habiendo sobrevivido al más prolongado e intenso denuesto y demonización, estrategia esta orquestada deliberadamente y con inclemente saña por la propaganda abrasiva del régimen dictatorial que estableció Francisco Franco (1892-1975) tras la Guerra Civil durante cuatro largas décadas. Recuperados uno y otro por la historiografía más reciente (y la más acreditada), no parece, en principio, empresa fácil acometer una relectura de alguna de sus dimensiones que impacte por su penetración, por su documentación exhaustiva y por su capacidad de aportar e incluso de innovar en algo el conocimiento acumulado, arrojando nueva luz sobre algún aspecto de su pensamiento y acción política no lo bastante explicado o subrayado hasta la fecha.

Pero este es exactamente el caso. Un libro enorme. Casi 500 páginas. Obra de madurez intelectual y personal. Con una estructura integrada en tres partes diferenciadas, precedidas de una «Introducción» que bien podría ser, por su extensión (109 páginas), un libro diferenciado en sí. En la primera parte («Me he educado en 25 años de apartamiento voluntario») estudia la preparación concienzuda a la que se somete Manuel Azaña durante tres largas décadas —aislamiento, soledad, reflexión y estudio— al objeto de prepararse para la ocasión que finalmente llega con el advenimiento de la II República. La

segunda parte («Nada más difícil que administrar una victoria»), relata las vicisitudes políticas a las que tuvo que enfrentarse. La tercera, sin duda original, invita a la *revisitación* del pensamiento político y constitucional de Azaña y su idea de democracia bajo el foco de un analista insobornable, cuya lucidez se recrece con el transcurso del tiempo, Agustín Calvet, Gaziel (1887-1964).

La provocadora tesis central del libro de Manuel Zafra se condensa en el título elegido para el conjunto de una obra difícilmente abarcable en un solo hilo conductor: Azaña prima la República a la Constitución e incluso a la democracia: *Manuel Azaña. República antes que democracia. Más razones que votos*.

La aportación de Zafra Víctor descansa en un conocimiento penetrante y esforzado de la personalidad de Azaña a través de su obra y hechos, desde su formación como estudioso de la historia y del pensamiento patrio, jurista, escritor y, finalmente, dando una oportunidad tardía a su vocación más íntima, como hombre de acción. Habiendo militado primero en el Partido Reformista fundado por Melquíades Álvarez (1864-1936) en 1912 (y cuyo fusilamiento en Madrid en los primeros días de la contienda, víctima de las «sacas» de la Cárcel Modelo en donde había sido encerrado, conmocionó hondamente al ya entonces presidente de la República), fue promotor y dirigente de Acción Republicana y con posterioridad de Izquierda Republicana, formaciones minoritarias en su representación en las Cortes pero cuya influencia basculó sobre el alto perfil, oratoria elaborada y poder de persuasión de su principal exponente.

Los historiadores más citados en el estudio del período convienen a la hora de cifrar su particular momento álgido de influencia y proyección frente al limitado número de los escaños de su formación, octubre de 1931, cuando, en pleno debate constituyente en las Cortes, el entonces jefe del Gobierno provisional de la República, Niceto Alcalá Zamora, presenta su dimisión –junto a su ministro Miguel Maura (1887-1971)– como expresión de protesta frente al tratamiento fijado a la *cuestión religiosa* en la redacción del art. 26 del proyecto de Constitución, en cuyo intenso debate resultaría tan decisiva la intervención de Azaña, en combinación con su implicación en el trance de aprobación parlamentaria de la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1931 (anterior, pues, a la propia Cons-

titución), normativa de excepción que permanecería en vigor hasta la entrada en vigor de la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933. Su preeminencia dialéctica y argumentativa, en esa circunstancia cumbre, explica en buena medida su fulgurante ascenso a la Jefatura del Gobierno provisional hasta las elecciones de noviembre de 1933.

La concentración del activo y del capital político de sus sucesivas formaciones en su personalidad explica, en buena medida, los capítulos de su vida en los que Azaña exhibe una confianza exultante en sus propias facultades intelectuales e interpretativas de tan singular momento en la historia de España como sin duda fue la ocasión republicana. Sus diarios reflejan a menudo desdén por sus interlocutores y una alta apreciación de propia excelencia en un entorno de conspiración incesante en la que primaban los egos y la mediocridad. El punto de apoyo crucial para la interpretación de Zafra del compromiso personal de Azaña con la República descansa, precisamente, en su identificación tan racional como providencialista con la causa republicana y con su papel refundador no ya del Estado en sí, sino de la propia nación y hasta de la conciencia del pueblo como sujeto histórico: «¡Es el pueblo, no nosotros, quien ha traído la República!», repetirá una y otra vez en sus discursos.

Solo cuando, tras la dimisión de Francisco Largo Caballero (1869-1946) como presidente del Consejo, confía a Juan Negrín López (hasta entonces ministro de Hacienda) la dirección del Gobierno de la República en guerra, anota Azaña en sus diarios haber dado con alguien a la altura de su propia talla: no en vano el canario Juan Negrín, científico eminente internacionalmente reconocido, catedrático de Fisiología formado en Leipzig, políglota consumado, descollaba entre sus pares. Azaña lo califica como «el hombre necesario» por su «energía tranquila» («por primera vez en años al hablar con el jefe de Gobierno no he tenido la impresión de estar hablando con un muerto», anota tras su nombramiento). Fascinado desde antiguo por la envergadura intelectual y política de quien, como el propio Azaña, fue sometido a una cruel campaña de desprestigio, si es que no de demolición, por la apisonadora franquista, sobre la imponente figura del último presidente del Consejo de la República en guerra (y a cuya reintegración con todos los honores al Partido Socialista Obrero Español [PSOE] contribuí decisivamente en el 36 Congreso Federal,

2008), publiqué, en 2013, un estudio monográfico –*Juan Negrín López (1892-1956)*– en la preciosa colección *Biografías de Parlamentarios*, del Congreso de los Diputados.

La desembocadura del análisis desarrollado por el profesor Zafra Víctor es una *relectura* del pensamiento político y constitucional de Azaña –su idea de la *libertad* y de la *democracia*, y del *papel del Estado* y de los poderes públicos al servicio de una causa trascendente, metafísicamente fronteriza con la *reinención* de España, por la vía de la educación, de la construcción política de una *civilidad* fundada en un estatuto de *ciudadanía republicana*, de la emancipación y *liberación* del *pueblo* como sujeto histórico en la defensa de la República–, en la que se contrasta la primacía de esa causa respecto de la concepción que de la democracia hemos consolidado en la posterior experiencia del constitucionalismo desde la II posguerra mundial: una suerte anticipatoria de postulación de una «*República militante*» (*Streitbare Demokratie avant la lettre*, explicada en la doctrina como «*Democracia militante*») que debe ser defendida frente a sus enemigos, frente a sus debeladores y frente a sus desafectos, al punto de negar legitimidad para gobernarla a los partidos políticos que renegaban de ella, no solamente a las formaciones nostálgicas de la monarquía o protofascistizantes, sino también a las del arco de los *accidentalistas* que –como buena parte de quienes confluyeron en la Confederación Española de Derechas Autónomas (CEDA) bajo la jefatura de José María Gil Robles (1898-1980)– aceptaron provisionalmente el marco republicano mientras reagrupaban fuerzas para conspirar contra ella.

En consecuencia, de acuerdo con el relato que va enhebrando Zafra Víctor, Azaña adopta una encendida defensa del Parlamento cuando es jefe de Gobierno, pero reniega de las «limitaciones de la política parlamentaria» ausentándose de las Cortes cuando pasa a la oposición durante el «bienio negro» (1934-1935), primando durante esa fase el «discurso plebiscitario» y el encuentro con las «*multitudes*» sobre cuya «*responsabilidad*» elaboró en su juventud su tesis de doctorado. Análogamente, en sus debates desde la Presidencia del Consejo se esfuerza en delimitar las funciones distintivas de los partidos y los grupos parlamentarios; en cambio, al salir del Gobierno, descrece de la «intriga partidaria» y de la «esterilidad» del tiempo y esfuerzo gastado en juntas y comités.

Esta secuencia llevó a Azaña no solo a una confrontación sin margen para diálogo alguno con los sucesivos Gobiernos de coalición de las derechas –desde Alejandro Lerroux (1864-1949) a Manuel Portela Valladares (1867-1952)– durante el «bienio negro» (1934-1935) tras las elecciones habidas en noviembre de 1933, sino a su descalificación y a su deslegitimación para gobernar la República. Posicionamiento este que espoleó aún más la dinámica ya desencadenada por la polarización entre bloques y entre lecturas de España irreconciliables entre sí, preludiando la tragedia en que se sumergió la ocasión para la que Manuel Azaña tanto se había preparado y en la que consumió sus mejores energías, al punto de abocarle, ante la contemplación del horror de la conflagración y la sangre causada por la Guerra Civil, a una creciente introspección, que transitó desde la honda apelación moral a poner fin a la locura –«Paz, piedad y perdón»– hasta el estado depresivo, profundamente melancólico, en que murió en Montauban... apenas con 60 años, con la apariencia física y el cansancio espiritual de un hombre mucho mayor.

Y para acometer esta empresa ciertamente ambiciosa Zafra Víctor acumula y sintetiza varios métodos de ensayo sobre el pensamiento y acción de una personalidad sin biografiarla: hermenéutico, historiográfico, crítico-filosófico (entre otros), con el atrevimiento añadido de conjugarlos entre ellos. Y cumple, acreditadamente, la premisa insoslayable de un conocimiento exigente, riguroso y exhaustivo de los textos publicados (con un manejo fluido de las referencias inequívocas, empezando por la *Vocación de Manuel Azaña* legada por Juan Marichal y la inmensa biografía intelectual construida por Santos Juliá), así como, por descontado, de los escritos y discursos y otros originales firmados por el propio Azaña, como también de los de sus más acreditados exégetas (desde los tempranos escritos de M. Aragón y E. Espín hasta los más recientes de M. Álvarez Tardío y E. González Calleja, pasando por los *hispanistas* e incluso por la variante de su desviación *revisionista* (J. Pérez, S. Payne...). Pero también se vale de lo que el influyente Niall Ferguson (1964), historiador británico y docente en EE. UU.– plantea como el ejercicio de la «Historia virtual» (1998), no para imaginar lo que nunca sucedió sino para oponer lo que realmente pasó con las hipótesis alternativas que, de acuerdo con las fuentes documentadas, sí que fueron barajadas como

viable course of action por los actores del proceso de cuyo examen se trata, incorporando al examen la explicación de por qué esas opciones resultaron sin embargo desechadas.

El resultado, en su conjunto, es ciertamente impactante. En una narración que funde «la bella prosa de Azaña» –Juan José Solozábal la advierte en su «Nota preliminar»– con los juicios fundados y valientes del autor del ensayo, en una aportación neta a la historia del pensamiento político y constitucional de la II República.

En la «Presentación» introductoria al libro, el profesor Zafra Víctor se adentra en la personalidad intelectual, literaria y política de Azaña: no se pierda de vista que Azaña irrumpió en la política de la II República al frente de un pequeño partido minoritario en relación con los dos más votados (el PSOE, por un lado, y el Partido Radical, por otro) de unas Cortes republicanas que, en sus tres sucesivas legislaturas –mediando las tres elecciones de 1931, 1933 y 1936– fueron tan numerosas (de 470 a 496 escaños) como fragmentadas. De ahí que el paisaje político en que se desempeñó su acción se corresponde con el que la politología contemporánea conoce como «*pluralismo atomizado*» e intensamente «*polarizado*». E incluye Zafra en estas páginas de introducción el contraste de la personalidad de Azaña con la de uno de sus primeros interlocutores cruciales: Diego Martínez Barrio (1892-1962), que fue presidente de las Cortes (1936-1939) y (durante un solo aciago día, el 19 de julio 1936) llegó a ser presidente del Consejo de Ministros, y finalmente presidente de la República en el exilio (1945-1962).

Pero se extiende sobre todo el profesor Zafra Víctor en su larga introducción en una exploración exhaustiva de *La velada en Benicarló*, escrita por Manuel Azaña durante su confinamiento forzado en Barcelona (1937) cuando ya ha estallado la Guerra Civil y ya siente en su interior, de forma física, opresiva, la angustia y la repulsión por la sangre y la vesania del cainismo desatado por la confrontación fratricida entre compatriotas que le llevará a deslizarse hacia esa melancolía, al borde de la depresión, descrita tan lúcidamente por Josefina Carabias (autora de *Los que le llamábamos don Manuel*, Plaza & Janés, Barcelona, 1980 en su 1.^a edición). Considerada convencionalmente como el *testamento político* de Azaña, entrevera en esta obra un diálogo entre personajes expresivos de la dialéctica nacional tal

como la visionaba, bajo la pesada aura de un creciente pesimismo, el entonces presidente de la República. Mediante este recurso literario, la interacción de sus trasuntos, Azaña delinea también el perímetro de la *legitimidad para la acción política*, y consiguientemente para la participación en la conversación nacional y para acceder al ejercicio de la responsabilidad de liderar y de gobernar la República, delimitación cuyos confines dan cuenta de la visión republicana que de la Constitución y de la propia democracia acrisola el pensador.

En el segundo capítulo, se detiene Zafra Víctor en el concepto de libertad de Azaña (liberación/emancipación, libertad y *Estado libre*). El *miedo al amo* y el *deseo de ser libre* son nociones principales, interpretadas por Azaña en clave republicana, pensamiento en el que Zafra enlaza creativamente las citas de Niccolò Machiavelli (1469-1527), Isaiah Berlin (1909-1997) y Hannah Arendt (1906-1975) para dar cuenta del examen del debate constitucional republicano «en los libros», esto es, en la doctrina especializada.

El «Capítulo III» lo dedica Zafra Víctor a las dificultades de «administrar la vitoria». Destaca en él el repaso al regeneracionismo y la «agitación estéril» que condensan Ángel Ganivet (pensador nacido en Granada, 1865, autor de *Idearium español*, que se suicidó en Riga en 1898) y la «opresión del pasado» obsesivo sobre España. Y culmina, cómo no, con Miguel de Cervantes (1547-1616) y «*la invención del Quijote*» («no confundir molinos con gigantes... pero tampoco gigantes con molinos») y el recurrente Juan Valera (1824-1905), el gran sujeto/objeto literario y personal de Azaña.

El «Capítulo IV» lo dedica Zafra Víctor al articulista *Gaziel* (1887-1964) («excelente general para la victoria, endeble diplomático para la paz»), director que fue de *La Vanguardia*, y a las semblanzas de Azaña suscritas por «otros tres contemporáneos»: Luis Araquistáin (1886-1959), Antonio Ramos Olivera (1907-1975) y Josep Pla (1897-1981), quien calificó a Azaña como ¡«el Kerensky de Alcalá de Henares»!

Y, finalmente, el «Epílogo» recupera la «evocación de Cervantes» como colofón de un ejercicio de reinterpretación del pensamiento constitucional de Azaña, que llega a identificar la República española con su propio e irrenunciable sueño personalísimo de *recreación* de España, si es que no de *reinversión* («¡La República soy yo!», llega

a espetarle Santiago Alba en un debate en las Cortes, reprochándole su enaltecida visión de su propia misión, rayana en lo trascendental, de *transformación del Estado*).

La obra de Manuel Zafra Víctor, pese a su descomunal formato, se lee de un tirón, con fruición, y con provecho. Atrapa a pesar —o precisamente a causa de— su inusual densidad. Escrita en un estilo que conjuga el laconismo con los juicios lapidarios (en una mezcla expresiva de la personalidad intelectual de su autor), este libro carga las tintas de su erudición y madurez desde su principio a su fin. Se trata de un trabajo que alguien podría calificar de «sorprendente» si hiciese abstracción de sus coordenadas y circunstancias. Escrito en confinamiento, resume luminosamente años de investigación, lecturas agotadoras y poso detenido de maceración para el juicio crítico antes de teclear y posteriormente imprimir.

República antes que democracia. Más razones que votos es uno de esos libros que uno no puede ignorar, ni negligir, sin tan siquiera entrar a debatir con ellos. Merece ciertamente la pena. Se lee con placer, y se aprende. Noventa años después de su proclamación aquella mañana jubilosa que abarrotó un día de abril la Puerta del Sol en Madrid, la suerte y el infortunio de la II República española continúa sorprendiéndonos, «viajando a hombros de gigantes», en la cita de Isaac Newton (1643-1727). Gigantes que siguen inspirándonos, llamándonos a pensar, a escribir, a debatir... Como Manuel Azaña Díaz.

NORMATIVIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA
CONSTITUCIÓN DE LA II REPÚBLICA: A PROPÓSITO
DE OLIVER ARAUJO, J. Y RUIZ ROBLEDO, A.
(DIRS.). (2021). *COMENTARIOS A LA CONSTITUCIÓN
ESPAÑOLA DE 1931 EN SU 90 ANIVERSARIO*. MADRID:
CEPC

Javier TAJADURA TEJADA
Catedrático Acreditado de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea
<https://orcid.org/0000-0001-8744-9860>

I. Con ocasión del 90 aniversario de la Constitución de la II República, los profesores Oliver Araujo y Ruiz Robledo han dirigido una ambiciosa y meritoria obra colectiva en la que se lleva a cabo un comentario sistemático tanto de la Constitución de 1931 como de las más importantes leyes que la completaron y desarrollaron.

Esta obra se suma a la que en 2017 dirigieron los profesores Gordillo, Martín y Vázquez y que con el título de *Constitución de 1931. Estudios jurídicos sobre el momento republicano español* (Marcial Pons) abordaba también el examen de los nuevos principios constitucionales y de las principales innovaciones jurídicas del régimen republicano. Ambas obras tienen en común el hecho de llevar a cabo una aproximación preferente y primordialmente jurídica a la II República y ello, lógicamente, por centrarse en el examen de su Constitución. Obligado es recordar también la edición de la Constitución republicana a cargo de Santos Juliá incluida en la excelente colección de la Editorial Iustel Las Constituciones Españolas (vol. VIII) que vio la luz en 2009 y que contiene, además del estudio introductorio de Juliá, un formidable apéndice documental (discursos, normas, programas de partidos, entrevistas, etc.). Y por lo que se refiere a una institución fundamental pero fallida resulta obligado mencionar también la obra *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II*

República. La primera experiencia de justicia constitucional en España de Martín Bassols (Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [BOE-CEPC], 2010). Finalmente, en este repaso bibliográfico, hay que advertir también que, en la prestigiosa colección de Clásicos del Pensamiento de la Editorial Tecnos que dirige Eloy García, se acaba de publicar una edición del comentario realizado tempranamente por el maestro Pérez Serrano y que (junto con el de Adolfo Posada) ha sido, durante mucho tiempo, el texto de referencia en la materia.

Todas estas obras y estudios ponen de manifiesto el interés que a la doctrina sigue suscitando el texto constitucional que alumbró la primera experiencia democrática en nuestro país. Y ello a pesar de su efímera vida y trágico final. A diferencia de lo ocurrido, por ejemplo, con la Constitución de 1876, muy larga de vigencia pero que murió sin dejar un solo comentario. La razón es fácilmente comprensible: la Constitución de 1931, como Constitución racional-normativa y democrática, tenía un valor jurídico superior al que tenían las anteriores y ello explica y justifica la necesidad de llevar a cabo un análisis jurídico de sus disposiciones. Este es el objeto de los comentarios que tengo el honor de comentar, valga la redundancia.

La obra dirigida por los profesores Oliver y Ruiz Robledo se estructura en dos partes. En la primera, que consta de 18 capítulos, profesores de reconocido prestigio en el ámbito del Derecho Constitucional abordan el estudio de las disposiciones constitucionales agrupadas por bloques. Esta primera parte contiene también dos estudios de valoración global a cargo de los profesores López Guerra y Torres del Moral y un análisis del proceso constituyente realizado por la profesora Rosario Serra. En la segunda parte, integrada por 11 capítulos, se examina la legislación aprobada por las Cortes republicanas en los distintos y más importantes ámbitos materiales. La obra se cierra con un anexo bibliográfico (el capítulo 30) muy completo y útil.

II. La obra se inicia con un prólogo de los directores en el que se destaca que la Constitución de 1931 «era un texto válido sobre el que fundar una auténtica democracia parlamentaria» (p. 11) y que era preciso cubrir la laguna que suponía la inexistencia de un comentario sistemático de la misma. La obra persigue desde esta óptica un objetivo muy plausible: reflexionar sobre hasta qué punto

la Norma Constitucional y su legislación de desarrollo «o acaso su desleal aplicación u olvido, coadyuvó o aceleró el trágico fin de la Segunda República» (p. 15). Efectivamente, la obra es un magnífico compendio de los errores y aciertos de la Constitución republicana.

En el primer capítulo, a cargo de López Guerra, se subraya la novedad que supuso el Texto en cuanto al despliegue de los principios de juridicidad y democracia –como hemos expuesto en el epígrafe anterior– y se advierte de la dificultad de formular juicios técnicos sobre el Texto Constitucional por la falta de tiempo suficiente para la aplicación de la Constitución. En todo caso «las crisis en la agitada vida de la República parecen difícilmente achacables al texto constitucional y se muestran como manifestación de las tensiones existentes en la sociedad española» (p. 33). Se trata de una afirmación de la que es difícil discrepar: las principales causas del fracaso de la II República están extramuros del Texto. Sin embargo, los capítulos posteriores van a poner de manifiesto que el Texto contenía disposiciones que, por una u otra razón, pueden considerarse equivocadas, inoportunas o, sencillamente, que contribuyeron de alguna manera a la desestabilización del sistema. Las iremos viendo.

El proceso constituyente: la exclusión de la mujer y el rechazo de los católicos. El estudio del proceso constituyente a cargo de Rosario Serra es fundamental para comprender muchos de los problemas que aquejaron a la República. El sistema electoral provocó un resultado en el que las Cortes constituyentes no reflejaban fielmente la realidad ideológica del país. A lo que es preciso añadir que, a diferencia del proceso constituyente alemán, las mujeres fueron excluidas del mismo (no hubo sufragio universal femenino en las elecciones constituyentes).

En España, a finales del siglo XIX, el 71 por ciento de las mujeres eran analfabetas y hasta 1910 no pudieron matricularse libremente en la universidad. A la altura de 1930 la mujer española alcanzaba cotas muy bajas de formación cultural y participación en el mundo del trabajo en comparación con otras naciones europeas. La mujer tuvo derecho de sufragio pasivo, pero no activo (Decreto de 8 de mayo de 1931) aplazando esta decisión a las Cortes constituyentes. De 470 diputados constituyentes solo hubo dos mujeres: Clara Campoamor del Partido Radical y Victoria Kent del Partido Radical Socialista. La

primera fue portavoz de la corriente sufragista. La segunda defendió la necesidad de aplazar la concesión del voto por temor a que algunas formaciones se vieran perjudicadas. España fue el primer país latino en establecer esta igualdad. A diferencia también de lo ocurrido en Weimar, donde votaron masivamente, el nivel de abstención de las mujeres en las elecciones de otoño de 1933 fue muy elevado. En el campo, la inmensa mayoría de las campesinas se abstuvo. El derecho de sufragio fue ejercido en general por muchas menos mujeres de lo que se esperaba. Solo fueron elegidas cuatro mujeres, tres por el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y una por la Confederación Española de Derechas Autónomas (CEDA).

En las Cortes constituyentes, el proyecto constitucional fue aprobado por 368 diputados de los 466 que componían la Cámara y se ausentaron de la votación 81 diputados católicos (por oposición al laicismo anticlerical establecido en el artículo 26 y que examinaremos después). El resultado final fue el de un «texto marcadamente de izquierdas desde el punto de vista ideológico, muy completo y sistemático» (p. 52). No cabe hablar, por tanto, de Constitución de consenso.

El profesor Blanco examina en el capítulo tercero el discurso preliminar de Jiménez de Asúa que, a falta de un preámbulo digno de tal nombre, cumplió la función de exponer las líneas maestras del Texto y sus propósitos fundamentales. A continuación, Díaz Revorio analiza el contenido del título preliminar. Entre esas disposiciones ocupa un lugar destacado el artículo 3, que proclama el principio de laicidad, «cambio radical, pero sin duda necesario en esas fechas» (p. 84) aunque el problema vino, y se estudiará en otro capítulo, al desplazar esa decisión por el artículo 26. Singular y relevante fue también la renuncia a la guerra, esto es, la constitucionalización del Pacto Briand-Kellog de 1928. En el capítulo quinto Ruiz Robledo se ocupa del título I de la «Organización nacional». Título fundamental porque a pesar de los defectos y contradicciones inherentes al modelo territorial que diseñó servirá de modelo al constituyente italiano de 1946 y al nuestro en 1977-78. María Josefa Ridaura aborda en el capítulo sexto el análisis de los dos artículos relativos a la nacionalidad y Ángel Rodríguez en el séptimo, las disposiciones declarativas de los derechos y deberes de los españoles. Otro de los elementos de

novedad con tres notas: «la relevancia concedida a la declaración de derechos en la arquitectura constitucional, su extensión regulativa y la distinción entre derechos individuales y derechos sociales» (p. 127). En este campo se produjo la gran novedad que ya advirtió Joaquín Varela cuando subrayó que en la II República se garantizan «unos derechos auténticamente fundamentales» protegidos por la «superlegalidad constitucional» (Jiménez de Asúa). Con todo, Rodríguez advierte que «el texto republicano no pudo contemplar la técnica del aseguramiento en todo caso de un “contenido esencial” del derecho» (p. 138). Y destaca también como de todos esos preceptos el más polémico fue el 26 por su «laicismo radical» (p. 141). El análisis de la parte dogmática prosigue en el capítulo octavo, en el que Luis Jimena examina los derechos y deberes en el ámbito de la familia, la economía y la cultura. Se analiza lo que el autor denomina la «constitución socio-económica» y la «constitución cultural-educativa», otra de las novedades del texto en la estela iniciada en Weimar.

Con el capítulo noveno se inicia el estudio de la parte orgánica. Joan Oliver examina la regulación de las Cortes; Ángela Figueruelo en el décimo la Presidencia de la República; y Miguel Revenga en el undécimo el Gobierno. Son tres capítulos fundamentales que ponen de manifiesto alguno de los defectos y contradicciones de la forma de gobierno que diseñó la Constitución republicana.

Manuel Azaña proclamó que «el centro de gravedad de la República española está en el Parlamento». Manuel Ramírez, cualificado estudioso del régimen republicano, subrayó que «hegemonía de Asamblea, República y Democracia fueron siempre términos similares». Esto supuso un gran avance respecto al parlamentarismo falseado de la Restauración, pero también provocó problemas porque implicaba una concepción jacobina de la democracia. De ahí que no fue pacífico admitir que un tribunal pudiera anular leyes inconstitucionales, por un lado, o que se atribuyera al Parlamento la facultad de cesar al jefe del Estado, por otro. Todo ello pone de manifiesto la dificultad de reemplazar el principio de soberanía parlamentaria por el de soberanía de la Constitución.

Joan Oliver expone las notas definitorias del diseño de las Cortes. La opción por el monocameralismo, el sistema electoral que define como «mayoritario corregido» (p. 164), el estatuto jurídico

de los diputados, su organización y funcionamiento interno y sus funciones. Dado que este comentario se publica en la *Revista de las Cortes* merece la pena detenerse en un par de cuestiones: la regulación de la moción de censura y del derecho de disolución.

La moción de censura del artículo 64 y el inciso final del artículo 75 de la Constitución. Para Oliver la regulación de la moción de censura del artículo 64 merece «un juicio ciertamente positivo». Se trataba de una «moción racionalizada, aunque sin llegar a ser constructiva» (pp. 178-179). Debía ser propuesta al menos por 50 diputados, estar motivada, discutirse cinco días después de su presentación y requería mayoría absoluta de los diputados para prosperar. Se podía censurar al Gobierno o a alguno de sus miembros. El inciso final del artículo 75 por su parte ordenaba al presidente de la República separar al presidente del Gobierno y a los ministros «en el caso de que las Cortes les negaren de modo explícito su confianza». La conjunción de estos dos preceptos dio lugar a dos interpretaciones antagónicas. Una correcta que no prosperó y una disparatada y absurda que es la que se impuso.

Al final de la primera legislatura, el Grupo Socialista defendió que ambos preceptos regulaban dos figuras distintas: el voto de censura sometido a unos requisitos y el voto de desconfianza no sujeto a condición alguna. Oliver recuerda como con esta interpretación «se consiguió –con éxito político, aunque tal vez con quiebra constitucional– que el primer Gobierno Lerroux cayera en los mismos días de su constitución al margen de las garantías del artículo 64» (p. 179).

La segunda interpretación respaldada tanto por la doctrina de la época como por la actual entiende que ambos preceptos se refieren al mismo mecanismo y se complementan. El inciso final del artículo 64 no deja lugar para la duda al disponer que las garantías que establece «se observarán respecto a cualquier otra proposición que indirectamente implique un voto de censura». Desde esta óptica el artículo 75 opera como un refuerzo o complemento del 64: si tras prosperar la censura los ministros no dimiten, entonces y solo entonces está obligado el presidente a separarlos. Oliver defiende con claridad y contundencia esta interpretación y lamenta por ello que «la pasión de la época hizo que se aceptara la primera» (p. 180) al mismo tiempo que recuerda cómo ningún Gobierno cayó por la vía prevista

en el artículo 64 (lo hicieron por desconfianza del jefe del Estado o por disensiones entre los partidos que formaban la coalición de gobierno).

Lo anterior pone de manifiesto el poco respeto que se tuvo por las formas parlamentarias. La racionalización del parlamentarismo operada por el Texto Constitucional resultó truncada por la mala praxis de los autores políticos. Más grave resultó aún el cese de Niceto Alcalá-Zamora como presidente de la República mediante el uso torticero de un muy desafortunado artículo constitucional.

El derecho de disolución y el dislate del art. 81 de la Constitución. El presidente de la República podía disolver las Cortes hasta dos veces como máximo durante su mandato con unas condiciones. Sin embargo, respecto a la segunda disolución se establecía que el primer acto de las nuevas Cortes sería «examinar y resolver la necesidad del decreto de disolución de las anteriores» precisando que el voto desfavorable de la mayoría absoluta de las Cortes implicaría la destitución del presidente. De «dislate» calificó el profesor Ramírez este artículo 81 que como es sabido fue utilizado para destituir a Niceto Alcalá-Zamora. Ni siquiera el presidente de la República pudo así acabar su mandato y su prematuro e injustificado cese puede contemplarse como el preludio de la destrucción del régimen: «un paso más en el proceso de confusionismo y tensiones que desembocaría en breve en la guerra civil» dice Figueruelo en el capítulo dedicado al estudio de la regulación constitucional de la Presidencia (p. 201).

El Parlamento republicano fue muy activo. En este sentido, mi maestro Antonio Torres del Moral –citado por el autor– ha recordado como se produjo un «crecimiento de las leyes de iniciativa parlamentaria sin paralelo en regímenes políticos similares coetáneos, lo que es un buen indicador de la inhibición de los Gobiernos en su función de dirección política del Estado». Faltó Gobierno, a pesar de que este tuvo poderes de excepción. La inestabilidad gubernamental fue crónica y entre 1931 y 1936 se sucedieron veinte Gobiernos.

Tras el estudio de las Cortes, Ángela Figueruelo examina el diseño constitucional de la Presidencia de la República: elección por las Cortes y un número igual de compromisarios elegidos por los ciudadanos, posibilidad de cese por las Cortes, exigencia del refrendo de sus actos. La autora critica duramente una regulación constitucional que pretendía dos cosas: por un lado, establecer un

árbitro y moderador entre los poderes Legislativo y Ejecutivo; y, por otro, evitar su intromisión en política: «Al final, el resultado proporcionó un híbrido en el que el presidente tenía reconocidos ciertos poderes y facultades, pero estaba sometido a un régimen cautelar tan estrecho que sus facultades quedaban desnaturalizadas» (p. 187). La Presidencia republicana era «una magistratura con poco margen de maniobra frente a las Cortes» (p. 192). Figueruelo advierte como «la relación entre los poderes del Estado fue una de las diseñadas con menor fortuna y en el breve periodo de vigencia de la II República dio lugar a complejos y graves conflictos» (p. 192). A lo que cabe añadir, en un juicio extrapolable a otros temas, como causas del fracaso: «la mala interpretación y manipulación partidista de los preceptos constitucionales realizada por quienes ocuparon posiciones de gobierno y de oposición política; esto provocó crisis en el sistema político, desplazando competencias de unos organismos de poder a otros con intromisiones a veces inaceptables» (p. 194).

Este capítulo es muy relevante en cuanto el jefe del Estado era una figura crucial pues el régimen era de doble confianza. Siendo esto así su regulación presentaba contradicciones formidables. Figueruelo subraya el hecho de que el refrendo de sus actos era imprescindible y al mismo tiempo se establecía su responsabilidad política y criminal. «Ambos extremos —concluye con toda razón— son difíciles de hacer convivir» (p. 195). Esto provocó que en 1934 al carecer de refrendo ministerial el presidente no pudo vetar una ley. El acto fue jurídicamente nulo, pero políticamente implicaba la pérdida de confianza del Gobierno, que se vio obligado a dimitir. Se examina con detalle el procedimiento de elección (se completa con su análisis en el capítulo 16 de la disposición transitoria segunda reguladora de la elección del primer presidente) y de cese/destitución del jefe del Estado y sus funciones. Incluido el desafortunado artículo 81 utilizado para destituir a Alcalá-Zamora.

En el undécimo capítulo, dedicado a la regulación constitucional del Gobierno, Revenga inicia su análisis advirtiéndole, por un lado, que la turbulenta vida política de la República no facilita «la realización de juicios ponderados sobre los aciertos y los desaciertos del engranaje constitucional» (p. 203) y, por otro, que fue Weimar (otro régimen de «doble confianza») el modelo que se siguió pues

«inspiró la secuencia regulativa del Gobierno que se había echado a faltar en nuestra historia constitucional» (p. 206). Se denuncia «la confusión» generalizada sobre el correcto funcionamiento del parlamentarismo racionalizado como puso de manifiesto la interpretación que se hizo del artículo 75 ya examinado. La conclusión del autor —en la estela de lo afirmado por otros coautores de la obra en capítulos ya comentados— es que la extrema inestabilidad del régimen tuvo su causa en «el comportamiento de los partidos y su desentendimiento con respecto a las responsabilidades (y los réditos y los costos) que implicaba formar parte de una coalición gobernante» (p. 214). El número de miembros de los sucesivos Gobiernos osciló entre un mínimo de nueve y un máximo de trece. Todos lo fueron de coalición que lo fue de un mínimo de dos y un máximo de seis partidos.

El capítulo duodécimo lleva por rúbrica «La Justicia», que fue otro de los puntos débiles del Texto de 1931. Rafael Bustos reconoce el fracaso republicano en este ámbito: «[...] el título aprobado presenta defectos de sistemática, lagunas y, sobre todo, un exceso de mandatos al legislador tan abiertos que acabaron permitiendo que o bien la legislación posterior cambiara su sentido o bien que, al no producirse desarrollos ulteriores, se mantuviera la situación preexistente como si nada hubiera cambiado en la justicia española» (p. 223). Azaña —advierte Bustos— desconfiaba como toda la izquierda respecto «a la lealtad de los jueces españoles hacia la República» (p. 226). Por ello, y como concluyó Alcalá-Zamora, «en su espíritu la Constitución creaba un auténtico poder judicial, pero el desarrollo legislativo posterior lo rebajó a simple administración de justicia» (p. 226). La clave del debate fue separar la Justicia del Ministerio en lo referente a nombramiento, traslado, ascenso y cese de jueces. Se articuló a través de la posición del presidente del Supremo y de la creación de un órgano colegiado de selección y garantía de la posición de jueces (art. 97) que no llegó a crearse. En este contexto, se examinan con detalle los tres elementos más novedosos y relevantes del título: la unidad de jurisdicción, el fortalecimiento del presidente del Tribunal Supremo y la regulación de las amnistías e indultos.

La regulación de los indultos fue ejemplar gracias a Jiménez de Asúa y Fernando de los Ríos, que advirtieron de su incompatibilidad con el Estado de derecho tal y como se venía configurando dicho

instituto tradicionalmente en nuestra historia constitucional. Por ello su concesión se atribuyó al Tribunal Supremo, a propuesta del tribunal sentenciador, salvo los relativos a delitos de «extrema gravedad» que, a propuesta del Gobierno, competían al presidente de la República. Con todo, la lectura del capítulo ofrece un panorama sombrío (con leyes que adelantan la jubilación, con modificaciones de las asambleas que debían proponer a los candidatos a la Presidencia del Supremo, etc.), que pone de manifiesto que el principio de independencia judicial distó mucho de estar garantizado y mucho menos respetado.

El siguiente capítulo, a cargo de Manuel Medina, examina los preceptos relativos a la Hacienda pública. Es este un tema novedoso y muy relevante. La inversión pública sin precedentes llevada a cabo por la Dictadura requirió un alto endeudamiento, el déficit presupuestario se hizo crónico y la depreciación de la moneda fue uno de los problemas más acuciantes de la época. Ese contexto explica —escribe Medina— la inflación que caracteriza el título de la Hacienda «como reacción frente a los excesos cometidos durante el gobierno primoriverista, no sólo en términos de desmesurado gasto y endeudamiento, sino también derivados de la práctica de gestionar los fondos públicos al margen de la normativa reguladora de la materia» (pp. 243-244). En ese contexto, constitucionalizar restricciones y cautelas existentes ya en la legislación ordinaria pareció el mejor método para «asegurar la disciplina fiscal en el futuro, aun cuando ello supusiera la inclusión de normas no genuinamente constitucionales desde la perspectiva del Derecho Constitucional Comparado de la época» (p. 244). El constituyente republicano fue consciente muy tempranamente de la necesidad de asegurar la disciplina fiscal en sede constitucional, un asunto que resurgiría con especial fuerza a comienzos del siglo *xxi*. Se quería evitar que se hiciera lo que se hizo en la Dictadura: «dilapidar los caudales de la Nación». En este contexto, Medina expone con detalle la regulación del presupuesto y del endeudamiento. La política de saneamiento se hizo depender de la austeridad en el gasto. Todos los Gobiernos se atuvieron a una estricta ortodoxia fiscal. Y es obligado reproducir la ponderada conclusión de Medina: «[...] la precipitada caída de la República impide vislumbrar si la apuesta por la ortodoxia fiscal no se hubiese visto finalmente coronada por el éxito en aquello que constituía uno de los fundamentales principios orientadores de la

Constitución, a saber, imprimir una dimensión social a la acción del Estado, al que se le imponían concretas obligaciones asistenciales y de prestación. Pues parece evidente que, materialmente, ese objetivo no podía alcanzarse sino de forma muy insatisfactoria sin lograr previamente el saneamiento de la Hacienda» (p. 257).

Los dos capítulos siguientes son fundamentales por referirse a las garantías constitucionales: Tribunal de Garantías y reforma constitucional. Al fin y al cabo, su supremacía normativa era la gran novedad y en ello residía el valor de la Constitución republicana (la «superlegalidad» de la que hablaba Jiménez de Asúa). Es muy significativa la escasa atención que se prestó a estas garantías. El democratismo radical y un cierto jacobinismo dificultaron gravemente la cabal comprensión de su significado y alcance.

El profesor Aragón pone claramente de manifiesto el inadecuado diseño del Tribunal en lo que se refiere a su composición. Esta fue la causa de su fracaso: «Esa composición, numerosa (26 miembros) y heterogénea [...] era muy poco adecuada para que pudiese realizar con eficacia sus funciones. En tal sentido, y la experiencia así lo demostró, debe considerarse como el defecto principal del Tribunal de Garantías Constitucionales» (p. 263). Aragón valora en todo caso muy positivamente el intento de dotar a España de jurisdicción constitucional, así como el balance de su jurisprudencia gracias a su cualificado personal técnico, pero insiste en que el modo de composición es «por completo criticable» (p. 278). García-Escudero, por su parte, examina el procedimiento de reforma previsto en el art. 125 (aprobación en dos legislaturas sucesivas y exigencia de mayoría de dos terceras partes de los diputados durante los cuatro primeros años y mayoría absoluta en cualquier momento posterior) y que nunca llegó a aplicarse.

Esta primera parte de la obra concluye con una valoración global del Texto Constitucional y del régimen republicano a cargo de Antonio Torres del Moral. El capítulo es una magnífica síntesis de los aciertos y errores de la Constitución, de las luces y sombras de la II República. Entre los primeros, Torres del Moral subraya el impulso de la educación y la cultura; entre los segundos, se examina el despropósito de la destitución de Alcalá-Zamora posible según el Texto, aunque fuera impropriamente aplicado. Con todo, el autor concluye que «es justo reconocer que, pese a sus obvias deficiencias,

dicho régimen fue, al menos, un atisbo de democracia, el primero y único habido en nuestro país antes de la Constitución vigente y la transición política que nos trajo hasta ella» (p. 337). Quizás este ponderado juicio –y el capítulo en el que se inserta– debieran ir al final de la obra, como colofón de la misma.

En la segunda parte de la obra –cuyo examen detallado no podemos abordar–, prestigiosos juristas examinan la legislación de desarrollo constitucional aprobada durante la vigencia del Texto de 1931: legislación regional, electoral, de excepción, judicial, de régimen local, religiosa, agraria, militar, penal, civil y social. Es un repaso completísimo del ordenamiento jurídico republicano. Realmente, el régimen no puede ser cabalmente comprendido sin el análisis de toda esta legislación de desarrollo de la Constitución y de sus principios.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña hubiera merecido un examen más detallado, subrayando cómo se tomó conciencia de que debía subordinarse a la Constitución, gracias sobre todo a la intervención de Azaña como puso de manifiesto García de Enterría en una obra imprescindible sobre el tema. La legislación electoral y el Derecho de excepción fueron muy problemáticos y están muy bien explicados y analizados. En su capítulo sobre la legislación electoral, L. Gálvez examina hasta qué punto es cierto que esta fue una de las causas del fracaso de la República. Ante todo, es preciso subrayar el avance que supuso la universalización del sufragio. Y establecido eso, hay que reconocer también que el sistema mayoritario arbitrado «condujo a que la representatividad de las Cortes fuese bastante deficiente» y «contribuyó a la polarización política» (p. 371). Junto a estos aspectos negativos, Gálvez subraya otros positivos: «[...] la inclusión de los partidos más radicales en las coaliciones moderó también las exigencias políticas de dichos partidos» y permitió que «todos los partidos con alguna fuerza en la sociedad [...] accedieran al parlamento [...] y a fin de cuentas se lograron articular mayorías parlamentarias, por frágiles que fuesen, y gobiernos de coalición, por mucha debilidad que tuvieran en algunos momentos» (p. 372). Con todo, y compartiendo el muy ponderado juicio del autor, no se puede obviar que en 5 años hubo 20 Gobiernos y que el sistema electoral fue una de las causas explicativas de la fragmentación y polarización del Parlamento republicano.

Pero si hubo alguna legislación de contenido materialmente constitucional y que, por afectar al núcleo fundamental de toda Constitución normativa (los derechos fundamentales), resultó especialmente controvertida, fue la reguladora del Derecho de excepción. El estudio de Barrero (que ya analizó en la primera parte de la obra la disposición transitoria primera, que constitucionalizaba la Ley de Defensa de la República) es muy esclarecedor. «La reflexión sobre la defensa de la República, sobre el Derecho de excepción durante la Segunda República, implica, en último análisis, reflexionar sobre la legitimidad, calidad y autenticidad de la experiencia constitucional entre el 31 y el 36» (p. 376). No es exagerado afirmar que dicha ley ponía en cuestión la propia legitimidad del régimen. El afianzamiento y la consolidación de la II República hubo de enfrentarse a dificultades colosales: desde la insurrección anarquista hasta el golpismo monárquico. En ese contexto, la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1931, derogada el 29 de agosto de 1933 (tras aprobarse la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933), diseñó un procedimiento contrario a los valores y principios de la Constitución. Su finalidad legítima (la defensa del Estado en situaciones de emergencia) se vio ensombrecida por una muy ambigua definición de los actos de agresión a la República, por la concesión de poderes ilimitados al Gobierno y por la negación de la tutela judicial. Todo ello era incompatible con un Estado de derecho.

El examen de la legislación religiosa (Ruiz Rico) y militar (García Fernández) es también imprescindible por la relevancia constitucional de los denominados problemas religioso y militar, a lo largo de nuestro constitucionalismo histórico, y porque abrieron dos frentes de hostilidad al régimen que se coaligaron para su destrucción.

III. En el momento presente, la II República es objeto de un debate (político-académico) en el que, en muchas ocasiones, las pasiones y las emociones reemplazan a los argumentos. En este contexto, obras como la que comentamos suponen una contribución notable a ese debate porque proporcionan, por un lado, información y datos completos y detallados y, por otro, análisis jurídicos rigurosos y bien fundamentados, sobre el Derecho Constitucional de la II República. El constituyente de 1931 fundó un Estado democrático parlamentario y laico, reconoció la autonomía política de las regiones, recogió una

amplia tabla de derechos fundamentales, incluyó derechos sociales como principios y fines del Estado y creó un Estado de cultura en el que la educación recibió un formidable impulso. Y todo ello, por primera vez en la historia, elaborando una Constitución racional-normativa, concebida como una «superlegalidad», y estableciendo en consecuencia las garantías constitucionales que caracterizan a aquella (procedimiento especial de reforma y control de constitucionalidad de las leyes). Todas estas notas se describen y se explican con rigor y detalle en los diferentes capítulos de esta obra.

Ahora bien, en ella también encontramos la exposición de muchas contradicciones y defectos del Texto Constitucional y de su legislación de desarrollo. Entre ellos cabe citar el poco respeto a la independencia del Poder Judicial, la desafortunada composición del Tribunal de Garantías Constitucionales, la contradictoria regulación de la Presidencia de la República, el sistema electoral mayoritario, la escasa preocupación por el establecimiento de una Administración pública eficaz y neutral, etc.

En definitiva, la conclusión que se extrae de la lectura de estos sugerentes y brillantes comentarios es que la Constitución de 1931 –que merece una indudable valoración global positiva por su intento de forjar por vez primera en nuestro país un Estado democrático– tenía también, como toda obra humana, numerosos defectos. En todo caso, el denominador común de los trabajos es afirmar que a ninguno de ellos por sí solo, ni siquiera a todos ellos juntos, cabe atribuir la condición de causa explicativa de la destrucción del régimen. Efectivamente, las causas últimas del fracaso republicano están extramuros del Texto Constitucional que se comenta: polarización social, falta de cultura política democrática, contexto internacional, etc. Ahora bien, el fracaso de esta primera experiencia democrática en España nos obliga a examinar muy críticamente aquellos elementos del Texto Constitucional que, aunque no se les pueda atribuir en exclusiva el trágico final de la República, sí se puede concluir que contribuyeron bastante decisivamente al mismo. Elementos que, de una u otra suerte, minaron la legitimidad del Texto y de esta forma impidieron su consolidación como Constitución racional normativa. Al fin y al cabo, una Constitución para ser normativa tiene que ser legítima, y la legitimidad no queda garantizada únicamente por su

aprobación por una asamblea constituyente democrática, sino que requiere inexcusablemente de tiempo, y evidente resulta que a la II República le faltó tiempo para consolidar una legitimidad que fue siempre precaria. La legitimidad de origen del Texto Constitucional tiene que ser completada por la legitimidad del resultado (la integración) y solo en ella puede fundamentarse su supremacía normativa.

Por ello, y aun aceptando que –como ponen de manifiesto los directores y muchos de los coautores de la obra– la Constitución fracasó por causas exógenas, alguna de ellas es evidente que tiene su fundamento en el propio Texto: el laicismo anticlerical del artículo 26 es el más claro exponente de ello o, en menor medida, el sistema electoral mayoritario que examinan Joan Oliver y Luis Gálvez en los capítulos correspondientes de la obra que comentamos. La Constitución no cumplió su finalidad principal, que es lograr la integración (Smend) y a ello no fue ajeno el hecho de que no fue el resultado de un consenso constituyente, sino que del mismo quedó excluida una gran parte de la sociedad.

La II República no se pudo estabilizar. La polarización política y social no hizo sino aumentar. El sistema electoral fue responsable de una serie de virajes radicales. Cada una de las tres elecciones generales supuso un cambio violento y radical de la vida política nacional. En cada uno de los bienios, la oposición se consideró sometida a una suerte de dictadura y aspiró a salir de ella con un ánimo de revancha. La causa de ello residió en un sistema electoral mayoritario que, con muy ligeros desplazamientos del electorado, producía el efecto de grandes variaciones en la distribución de escaños.

La tesis clásica de Ferdinand Hermes de que la proporcionalidad es la causa de la inestabilidad podría en su caso aplicarse a Weimar, pero no a España. Lo vio bien Juan José Linz: «un sistema electoral que exigía la coalición con extremistas y que generaba una sobrerrepresentación en el parlamento de la coalición ganadora podría llevar a una situación sumamente fragmentada y polarizada que, probablemente fue más peligrosa para la democracia que lo que habría sido un sistema de representación proporcional». Las distintas coaliciones electorales incorporaron a partidos pequeños y extremistas para recabar votos de ese espectro ideológico y ello contribuyó aún más a la polarización.

Desde un punto de vista material, la cuestión religiosa fue probablemente la más divisiva y una de las principales causas de polarización política y social. El indiscutible avance histórico que supuso la separación Iglesia-Estado, como consecuencia del reconocimiento del principio de laicidad desde la primera hora de la República, se vio ensombrecido por la traducción constitucional de dicho principio en el artículo 26 en un sentido anticlerical.

La Ley de Defensa de la República en vigor durante dos años suponía la negación de la parte dogmática de la Constitución. Mientras estuvo vigente, principios básicos del Estado de derecho (tipicidad penal, tutela judicial) estuvieron suspendidos para todos aquellos a los que se aplicó. No se puede discutir la necesidad de proteger el régimen republicano (como cualquier otro Estado constitucional) de sus enemigos ante situaciones extraordinarias, pero esa protección tiene unos límites que no se pueden superar, y la Ley de Defensa no los respetó. De esta forma, erosionó la precaria legitimidad del Texto Constitucional, con el objetivo —que no logró— de blindarlo frente a sus enemigos. Santos Juliá, en el volumen sobre la Constitución de 1931 al que aludimos al inicio, lo subrayó con su habitual lucidez: «Paradójicamente, lo que aparentaba ser una demostración de fuerza fue, en realidad, el signo más palmario de debilidad de una norma suprema que para dotarse de instrumentos de defensa, aceptó ser transitoriamente suspendida en algunas de sus disposiciones esenciales por una norma de rango inferior». En definitiva, con dicha ley, los poderes públicos republicanos actuaron contra la normatividad y contra la legitimidad de la Constitución. Lo hicieron con una finalidad legítima —garantizar el orden público y la paz social— que lamentablemente no lograron cumplir. La República no conoció ninguna época de tranquilidad en las calles.

En conclusión, creo que puede afirmarse que algunas disposiciones del Texto Constitucional dificultaron gravemente la consolidación del régimen. Disposiciones desafortunadas en el contexto político y social en que debieron aplicarse.

Ahora bien, la realización de un examen crítico del Texto Constitucional, que es lo que nos ofrecen estos excelentes comentarios coordinados por los profesores Oliver Araujo y Ruiz Robledo, abordados desde una perspectiva jurídica, nos permite también ser

conscientes del indiscutible valor político e histórico de la Constitución de 1931, un auténtico hito en la historia de nuestro Derecho Público. La Constitución de 1931 fue el primer intento de establecer en España un Estado de base democrática, mediante una decisión constituyente, en el que todos los poderes quedaran limitados por la Constitución. El primer intento de establecer una Constitución racional-normativa. Lamentablemente, el intento resultó fallido y tuvo un trágico final. El fracaso de nuestra primera Constitución democrática –en la senda del nuevo paradigma constitucional que había reemplazado al liberal e inaugurado en Weimar en 1919– nos pone de manifiesto la insuficiencia del Derecho Constitucional para garantizar su normatividad. A ello se refería Adolfo Posada cuando escribió que la Constitución de 1931 no era más que «un acto, un proyecto sobre el papel» y que le falta el espíritu que debe ser insuflado por el pueblo que ha de vivirla. Solo entonces se podrá decir si es o no «una constitución del pueblo». Como advirtió Joaquín Varela: «[...] la constitución de 1931, en realidad, encarnaba tan solo las aspiraciones políticas de la burguesía más radical y del movimiento obrero más reformista, sobre los que se sustentó a lo largo de seis años la labor regeneradora de la Segunda República. No bastó este apoyo para sostenerla».

Los comentarios que nos ocupan, por el rigor y profundidad con que están realizados, nos ofrecen una exégesis completa y detallada de las disposiciones constitucionales. En cuanto que se trata de un comentario jurídico, su principal virtud es que, junto a los indiscutibles avances y aciertos del Texto, se ponen en evidencia también sus numerosos defectos y contradicciones. Y todo ello sobre la premisa de que, al tratarse de una Constitución normativa, el análisis jurídico de sus disposiciones resulta imprescindible. El resultado del esfuerzo llevado a cabo por todos los autores es meritorio y notable. A partir de ahora estos comentarios serán referencia obligada para cualquier aproximación jurídica al Texto Constitucional republicano. Un Texto que fracasó en su pretensión de establecer en España un Estado constitucional y, realmente, incluso en la de crear un Estado. La II República fue un Estado fallido puesto que, al fin y al cabo, como dijo Thomas Hobbes, el Estado fallido es aquel que no es capaz de evitar la guerra civil.

En la medida en que ese fracaso no debe impedir reconocer el valor histórico y político de ese noble intento, el análisis jurídico de la Constitución de 1931 (como Constitución histórica) era una tarea necesaria y pendiente. Y ello porque como concluye su capítulo Torres del Moral, con palabras con las que podía cerrarse la obra, «es justo reconocer que, pese a sus obvias deficiencias, dicho régimen fue, al menos, un atisbo de democracia, el primero y único habido en nuestro país antes de la Constitución vigente y la transición política que nos trajo hasta ella» (p. 337).

Desde esta óptica nos encontramos ante un libro necesario y ante una contribución imprescindible a los estudios sobre la Constitución de la II República. Una Constitución que nació con dos nobles objetivos: por un lado, establecer y consolidar un régimen democrático; por otro, afirmar y garantizar su supremacía normativa. Al no lograr el primero necesariamente fracasó en el segundo. Su precaria legitimidad y su incapacidad para lograr la integración social y política del país erosionó su normatividad. Pero en la medida en que esa normatividad contenía elementos positivos y valiosos que, afortunadamente, están incluidos hoy en la Constitución del 78 su estudio era y es necesario para la mejor comprensión del Derecho Constitucional del presente. De ahí la indiscutible utilidad de estos comentarios no solo para profundizar en el conocimiento de la Constitución republicana en particular, sino también del Derecho Constitucional actual.

ALONSO GARCÍA, R. Y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA
MARÍA, P. (2022). *EL SISTEMA EUROPEO DE FUENTES*.
MADRID: FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO
EUROPEO

Roberto GONZÁLEZ DE ZÁRATE LORENTE

Doctor por la Universidad del País Vasco

Profesor de Derecho Administrativo y de la Unión Europea

en la Universidad Complutense de Madrid

Letrado-Jefe de la Asesoría Jurídica de la Asamblea de Madrid

<https://orcid.org/0000-0002-9207-7480>

En este libro el profesor Alonso García y la profesora Andrés Sáenz de Santa María realizan un muy inteligente estudio acerca de las sombras, lagunas e imperfecciones en el plano de las fuentes del Derecho de la Unión Europea. Si bien expresamente mencionan que no tiene vocación de exhaustividad, resulta cierto que se contemplan los aspectos de mayor relevancia en la materia.

El profesor Alonso García es catedrático de Derecho Administrativo y de la Unión Europea, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y doctor *honoris causa* por un gran número de universidades. Por su parte, la profesora Andrés Sáenz de Santa María es catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales y consejera permanente de Estado.

El origen de este estudio radica en las intervenciones de los autores en el Seminario de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo del pasado 1 de diciembre de 2021, en el que el profesor Alonso García participó como ponente y la profesora Andrés Sáenz de Santa María intervino como contraponente.

La obra se estructura en dos partes, en consonancia con su origen. La primera parte, a cargo del profesor Alonso García, es la relativa al «sistema europeo de fuentes: sombras, lagunas e imperfecciones» y la segunda parte, de la profesora Andrés Sáenz de

Santa María, comprende las «variaciones sobre el sistema europeo de fuentes: sombras, lagunas e imperfecciones». Cada una de las partes se divide en una pluralidad de apartados en los que se desarrolla el objetivo de la obra, partiendo de la lógica propia de la sistemática de un estudio de un sistema de fuentes en la que se sigue su ordenación jerárquica, comenzando, en el plano del Derecho de la Unión, con el Derecho originario o primario.

Los distintos apartados de la obra comienzan por la exposición de los conceptos, su origen y la exposición del régimen jurídico vigente, lo cual facilita la comprensión de la obra y permite su seguimiento ya no solo al lector avezado en la materia, lo cual es muy loable. Por otra parte, el desarrollo de los apartados es completado con el análisis de las cuestiones más recientemente suscitadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), los posicionamientos de los tribunales constitucionales y supremos de los Estados respecto del ordenamiento europeo y, asimismo, con una muy rica y notable referencia a los dictámenes del Consejo de Estado.

I

En la **introducción** a la obra el profesor Alonso García, tras referirse al escaso número de alteraciones que se ha producido en el sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea desde el origen del proceso de integración europeo, circunscribe el objeto de este inteligente estudio a las sombras, lagunas e imperfecciones que subsisten, pese a la clarificación que las sucesivas reformas han producido, lo cual permite afirmar, parafraseando al profesor Martín-Retortillo Baquer, y extrapolándolo al plano del sistema de fuentes del Derecho de la Unión, que no es, en efecto, bucólico o pastoril el actual panorama del sistema de fuentes del Derecho de la Unión.

En el **primer apartado** de la obra, el profesor Alonso García se refiere al Derecho originario, atendiendo a la cuestión relativa al valor jerárquico de las normas que lo integran. Es una cuestión no baladí tanto por el abultado número de instrumentos normativos como por su heterogeneidad.

El profesor Alonso García analiza, en primer término, el posible control por el TJUE del Derecho originario, y recuerda que el

TJUE en el célebre *asunto Pringle*, de 2012, afirmó su competencia en los supuestos en que la reforma constitucional del Derecho de la Unión tenga su origen formal en un acto de sus instituciones.

La equiparación del valor jurídico de los instrumentos jurídicos incardinados en el marco del Derecho originario es examinada por el profesor Alonso García, con especial referencia a los Protocolos.

Finalmente, el profesor Alonso García atiende a los embates a la idea de superioridad del Derecho primario con origen en los tribunales constitucionales de los Estados miembros, con especial referencia al caso del Tribunal Constitucional polaco.

El **segundo apartado** versa sobre la compleja evolución conceptual y práctica de los reglamentos y las directivas. Con relación a esta cuestión, como recuerda el profesor Alonso García, pese a la claridad del artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en lo que respecta a la diferenciación entre ambos tipos de actos jurídicos, la práctica no ha transcurrido en ese sentido.

Así, el profesor Alonso García se refiere, de modo pormenorizado, a las muy extendidas prácticas de reglamentos que requieren de medidas nacionales de transposición y de directivas que carecen de margen de apreciación; a la combinación de ambos instrumentos normativos; al supuesto de directivas implementadas en el nivel europeo mediante reglamentos de ejecución; a las cuestiones más tradicionales, pero no menos relevantes, de la «eficacia horizontal» y «eficacia vertical ascendente» de las directivas; a la posibilidad de aplicar directivas que concreten principios generales del Derecho de la Unión; a la eficacia de las directivas en el período que intermedia entre su entrada en vigor y la fecha límite para su transposición y, finalmente, a la compleja cuestión de la delimitación en algunos supuestos entre la interpretación conforme y la aplicación directa de la directiva.

El **apartado tercero** del libro se dedica al rol de los principios generales del Derecho, en particular en su vertiente de derechos fundamentales. No se puede pasar por alto que el profesor Alonso García es una de las voces más autorizadas acerca de los principios generales del Derecho de la Unión toda vez que su tesis doctoral, dirigida por el profesor Tomás Ramón Fernández, versaba acerca de su estudio.

Los principios generales del Derecho de la Unión tienen origen en la responsabilidad extracontractual (artículo 340 del TFUE). Frente a la posición del TJUE (por todos, *asunto Audioflux e.a.*, de 2009) estableciendo su rango constitucional, el profesor Alonso García explica que la riqueza conceptual de la categoría impide su reconducción a una unicidad.

El profesor Alonso García se refiere a la posibilidad de ampliar el ámbito de actuación de los derechos fundamentales en lo que se refiere a los Estados, acudiendo, a tal efecto, a su consideración como principios generales, *ex art.* 6.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

Posteriormente, el profesor analiza la posibilidad de que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) despliegue efectos en el ámbito interno sin reunirse las condiciones a tal efecto sobre la base de la propia CDFUE. Supuesto que, como recuerda el profesor, ha sido asumido por nuestro Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo y que precisa de moderación.

Concluye este apartado el profesor Alonso García con la cuestión relativa a las relaciones de la CDFUE y las Constituciones nacionales, tal y como fueron definidas en la doctrina del TJUE, en función de que se trate de situaciones regladas o no por el Derecho de la Unión (*asuntos Melloni y Akerberg*, de 2013, respectivamente), si bien demandando, para el correcto funcionamiento del sistema, «que el engranaje prejudicial funcione engrasado».

En el **apartado cuarto**, relativo al alcance del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) en el contexto del sistema de fuentes de la Unión, aborda una serie de interrogantes que se plantean respecto a la articulación como fuente inspiradora del TJUE del CEDH cuando se han formulado reservas por parte de algunos Estados en relación a determinados Protocolos del CEDH, lo cual se agudiza, como señala el autor, sobre la base de que el CEDH es elemento para la interpretación de la CDFUE y, asimismo, constituye estándar mínimo en materia de derechos fundamentales (artículo 52.3 de la CDFUE).

Finalmente, el profesor Alonso García se refiere a la cuestión relativa al rol otorgado por el TJUE al CEDH en el contexto de los principios de equivalencia y efectividad, discrepando de la posición

del TJUE (*asunto XC e.a.*, de 2018), y la considera excesivamente autocomplaciente ante las acreditadas carencias que se han puesto de manifiesto en lo que se refiere a los posibles mecanismos de corrección en la vía prejudicial.

En el **apartado quinto**, relativo a la impugnabilidad del *soft law*, tras referirse a sus funciones, el profesor Alonso García se centra en su control jurisdiccional. Así, partiendo de la doctrina consolidada del TJUE, contenida en el *asunto Grimaldi*, de 1989, recuerda que habría que esperar hasta el *asunto BT*, de 2021, a que el TJUE no ya solo examinara la validez de un acto de *soft law*, sino a que lo invalidara.

Sin embargo, el profesor Alonso García considera necesaria la apertura del recurso de anulación a la impugnación de los actos de *soft law*, a efectos de unificar el control de la legalidad de los actos de la Unión. A tal efecto, realiza una contundente argumentación basada tanto en la posibilidad de prescindir de la literalidad del artículo 263 del TFUE, con fundamento en célebres asuntos del TJUE (*asuntos Foto-Frost*, de 1987 y *Comisión v. Francia*, de 2005), como en la posibilidad de ajustarse a la misma.

El **apartado sexto** atiende a la inaplicación, invalidez, anulación de normas europeas. Con relación a los efectos de la técnica invalidatoria (artículo 267 del TFUE) y los de la anulatoria (artículo 263 del TFUE), el TJUE ha difuminado la diferencia entre una y otra, con origen en el *asunto International Chemical Corporation*, de 1981. Asimismo, la equiparación entre anulación e invalidez se ha producido en el contexto de la presunción de legalidad. Considera, por tanto, el profesor que la diferencia entre la invalidación y la anulación es algo meramente nominal.

Finalmente, se refiere a la excepción de ilegalidad, regulada en el artículo 277 del TFUE, que solo produce efectos jurídicos entre las partes del litigio previo. El profesor Alonso García propone que el TJUE, prescindiendo de la literalidad del artículo 277 del TFUE, tenga la posibilidad de que la estimación de una excepción de ilegalidad pueda ir acompañada de una declaración de nulidad.

En el **apartado séptimo**, relativo a la frontera entre los actos delegados y los actos de ejecución, el profesor Alonso García recuerda que el artículo 290 se referiría al reparto horizontal del poder en el

seno de la propia Unión y, por su parte, el artículo 291 versaría acerca de la distribución del poder en términos verticales, entre la Unión y los Estados miembros.

Sin embargo, el TJUE no siguió esta línea y tampoco las instituciones políticas por lo que la frontera entre uno y otro tipo de actos se ha difuminado, tal y como el profesor expone con detalle. Especialmente, el TJUE también ha contribuido a esa difuminación, toda vez que fuera de los supuestos en que claramente quedarían excluidos del artículo 290 del TFUE, deja al legislador la decisión acerca de cuándo acudir a unos u otros, circunscribiendo el control jurisdiccional a errores manifiestos de apreciación.

En cualquier caso, el profesor Alonso García, en la medida en que se trata de una cuestión que ostenta «importancia de naturaleza constitucional», considera que la jurisprudencia del TJUE tenderá con el tiempo a un mayor refinamiento.

En el **apartado octavo**, relativo a aclaración final, el profesor Alonso García se refiere al propósito y ámbito de la obra.

II

La segunda parte de la obra, realizada por la profesora Paz Andrés Sáenz de Santa María, en la **introducción**, tras aclarar el propósito de su trabajo como contraponente del profesor Alonso García, ardua labor, como bien señala, y referirse al objetivo común de poner de manifiesto las lagunas, sombras e imperfecciones del sistema de fuentes del Derecho, con coincidencias y discrepancias con el profesor Alonso García, parte de la crítica al concepto de «sistema de fuentes», atendiendo a las peculiaridades del sistema de producción normativa de la Unión, prefiriendo la denominación de «sistema de normas y actos jurídicos de la Unión Europea». Y concluye la introducción exponiendo el contenido de su parte de la obra.

En el **apartado primero**, referido a cuestiones en torno al Derecho originario, la profesora Andrés Sáenz de Santa María considera que ni la existencia de bases jurídicas en los Tratados que habilitan la labor del TJUE con respecto al control de las reformas simplificadas de los Tratados (artículos 48.6 y 7 del TUE y 86.4 y 281 del TFUE), ni la *sentencia Pringle* (en la que, recuerda la profesora, «el objeto

de control es el acto de la institución»), pueden ser un fundamento para superar la clásica afirmación de que el TJUE no puede examinar la validez de los Tratados.

Aborda la cuestión, analizada previamente por el profesor Alonso García, relativa a si todas las normas del Derecho originario ostentan el mismo valor jurídico y, refiriéndose a los Protocolos, descarta que puedan colisionar con los Tratados sobre la base de que su lectura se ha de realizar a la luz de éstos. Es entonces cuando la profesora Andrés Sáenz de Santa María entra en el análisis de la Sentencia del TJUE de 16 de noviembre de 2021, que confirma la interpretación estricta de los Protocolos que reconocen excepciones a algún Estado miembro.

La posición de primacía del Derecho primario en lo que atiene a los tribunales constitucionales de los Estados es también analizada por la profesora, que alude al desafío del Tribunal Constitucional Polaco. Finalizando con una visión optimista sobre la base del pronunciamiento de la Corte Costituzionale italiana de 8 de febrero de 2022.

El **apartado segundo** de la profesora Andrés Sáenz de Santa María se refiere a la relación entre reglamentos y directivas. A efectos de ilustrar supuestos de medidas internas de desarrollo de determinados reglamentos, la profesora acude, conforme a su dilatada experiencia en el Consejo de Estado, a importantes e interesantes ejemplos, como el dictamen 757/2017.

Con relación a las directivas detalladas, esta práctica contribuye, como recuerda la profesora, a su vez, a otra: los reglamentos que modifican parcialmente directivas. Con ello se quiebra la regla del paralelismo de formas, enunciada por el TJUE en el *asunto Parlamento/Ripa de Meana*, de 2004. Asimismo, no es una buena técnica normativa. El Consejo de Estado se ha referido a este supuesto, así, cita la profesora el Dictamen, también analizado por el profesor Alonso García, 249/2021. Concluye la profesora Andrés Sáenz de Santa María refiriéndose a si detrás de esta criticable práctica no se esconderá el objetivo de evitar una nueva obligación de transposición con la carga que ello supone para el Estado miembro y, del mismo modo, para la Comisión, que debe controlarla.

En el **apartado tercero**, relativo a la presencia del Derecho Internacional en el sistema de fuentes, la profesora parte de cómo

el TJUE (*asunto Eslovenia/ Croacia*, de 2020) ha reconocido su vinculación a todo el Derecho Internacional, tanto el Derecho Internacional general como el contenido en los convenios internacionales, analizando primero los Tratados para referirse después al Derecho Internacional general, y finalizando con el protagonismo del Derecho Internacional Público en los asuntos ante el TJUE.

En el **apartado cuarto**, relativo a la inimpugnabilidad de las decisiones de los representantes de los Estados miembros, la profesora Andrés Sáenz de Santa María señala que tal ausencia de un control de legalidad no resulta tan clara cuando los Tratados contemplan expresamente que los Estados miembros adoptarán decisiones en materias relacionadas con la Unión, con supuestos tales como los contenidos en los artículos 253 y 254 del TFUE.

De acuerdo con ello, la profesora recoge los pronunciamientos del TJUE y las opiniones de los abogados generales exponiendo el estado de la cuestión. Especial referencia hace, en lo que se refiere al primer supuesto, a la gran litigiosidad derivada del fin anticipado del mandato de la Advocate General (AG) Sharpston. Con relación al segundo, relativo a la sede de las instituciones, la profesora Andrés recoge las muy interesantes afirmaciones del AG Bobek en su escrito de conclusiones de 6 de octubre de 2021, que diferencia en función de que la actuación de los Estados miembros sea dentro del marco de los Tratados o bien fuera de tal marco. Esta posición del AG Bobek ha sido confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2022, *asunto Comisión/Consejo*.

El **apartado quinto** de la parte de la obra de la profesora Andrés Sáenz de Santa María se refiere a la cuestión del papel del TJUE ante las sombras, lagunas e imprecisiones del sistema de fuentes de la Unión. Así, el TJUE, como recuerda la profesora, ha llevado una labor de integrar actos atípicos o bien de descifrar la naturaleza de actos respecto de los que los Tratados no se pronuncian con claridad.

Finalmente, la profesora Andrés Sáenz de Santa María se refiere a los límites e insuficiencias del control jurisdiccional y, en concreto, respecto de los dos supuestos planteados por el profesor Alonso García relativos a la ausencia de posibilidad de impugnación en anulación de los actos de *soft law* y, asimismo, con relación a la

excepción de ilegalidad, mostrando sus coincidencias y discrepancias con la posición expuesta por el profesor Alonso García.

En el **apartado sexto**, relativo a unas variaciones atípicas, señala la profesora Andrés Sáenz de Santa María, tras recordar el concepto de «variación» en el plano musical, que las variaciones de su parte de la obra respecto a la del profesor Alonso García son atípicas toda vez que no existe una identidad de las cuestiones tratadas y tampoco existe en todo caso coincidencia en ellas.

III

Como **recapitulación**, se trata de un laborioso estudio realizado por dos especialistas, del máximo nivel en la materia, que atiende a los problemas de mayor relevancia en la actualidad en el marco de las fuentes del Derecho de la Unión Europea, con un prolijo estudio de la doctrina más reciente del TJUE. Por todo ello, y en definitiva, constituye una obra de referencia.

BOIX PALOP, A. Y CASTELLANOS CLARAMUNT, J.,
(COORDS.) (2021). *TRANSPARENCIA Y COMUNIDADES
AUTÓNOMAS: UNA PERSPECTIVA MULTINIVEL*.
VALENCIA: TIRANT LO BLANCH

Noel ARMAS CASTILLA

Personal investigador en formación

VI Plan Propio de Investigación y Transferencia US

Departamento de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

<https://orcid.org/0000-0002-3171-3279>

En estas páginas procederemos a recensionar el libro *Transparencia y Comunidades Autónomas: una perspectiva multinivel*. Se trata de una obra colectiva en la que han participado investigadores especializados en el estudio de la transparencia, así como profesionales de innegable experiencia en la materia, cuya aportación resulta muy valiosa.

La coordinación del libro corre por cuenta de los investigadores Andrés Boix Palop y Jorge Castellanos Claramunt. El primero de ellos es profesor titular de Derecho Administrativo, el segundo es profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional, y los dos son investigadores de la Universidad de Valencia con demostrada solvencia en el estudio de estos ámbitos.

A continuación, y por orden de intervención en la obra, reseñamos las ideas que nos quieren transmitir los once autores de los diez capítulos de este libro.

Emilio Guichot Reina, prestigioso catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla reconocido por sus estudios en torno a la transparencia y el derecho de acceso, es el autor del primer trabajo de la obra. En él, diserta sobre el criterio por el que se aplican normas distintas a las personas que quieren acceder a información. En este sentido, se explica de qué manera la norma de aplicación difiere en atención a si el solicitante de la información tiene

la consideración de interesado y el procedimiento está en curso [Ley de Procedimiento Administrativo (LPAC) o específica si la hubiera] o no [en cuyo caso se aplicaría la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTAIPBG)]. El autor critica el criterio por el que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, CTBG) contempla la inadmisión de reclamaciones interpretando que no se puede solicitar información de interés privado a través de las vías de la LTAIPBG, sino por los cauces previstos en la legislación administrativa, y concretamente en la LPAC. Guichot Reina también considera que los interesados no tienen garantías suficientes al quedar excluidos de la LTAIPBG, norma que debería funcionar de manera supletoria para cubrir las lagunas que deben enfrentar los interesados a la hora de recabar información en aras de su derecho a la tutela judicial. Sí contempla con buenos ojos que las autoridades de garantía inadmitan las solicitudes de interesados contra las decisiones de la administración relativas al acceso a los expedientes que tienen naturaleza de acto de trámite. En estos supuestos es más funcional que conozca la reclamación la administración concernida, bien recurriendo el acto de trámite si es decisivo, bien en la impugnación de la resolución definitiva.

A continuación, Concepción Barrero Rodríguez, reconocida catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla especializada en transparencia, estudia las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información. Tal y como detecta la autora, el CTBG examina la admisión de las reclamaciones de oficio, con independencia de que las partes aleguen alguna circunstancia que puede afectar a la admisibilidad de las reclamaciones. La autora estudia las causas de inadmisión de este tipo de reclamaciones, a saber: solicitudes referidas a información en curso de elaboración (aquella que no se haya finalizado de elaborar) o publicación general (que está pendiente de publicación), solicitudes relativas a información auxiliar o de apoyo (de carácter puramente interno, excluidos los que pretenden objetivar o valorar aspectos realmente relevantes de la decisión), solicitudes de información que requiere reelaboración (donde distingue los distintos esfuerzos que deben realizar las diferentes administraciones según su nivel de recursos), solicitudes dirigidas a órganos en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca

el competente (desconocimiento que debe ser ostensible), solicitudes de información manifiestamente repetitivas (aquellas de las que se conoce de antemano su resolución) y abusivas (que no se adaptan al espíritu de la LTAIPBG). Destaca la notable armonía entre el CTBG y los consejos de transparencia autonómicos a este respecto.

El tercer trabajo corresponde a Ana Aba Catoira, profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad de La Coruña, analiza algunos aspectos relativos a las limitaciones del derecho de acceso en los procedimientos sancionadores. Entre ellos, cabe destacar la finalidad de este límite como garantía del curso del procedimiento con el que la Administración salvaguarda el buen fin del mismo, a través de un test de daño *ad hoc*. También estudia el impacto del límite en supuestos de procesos penales, en los que no cabe suponer una restricción al derecho de acceso salvo que se perjudiquen los resultados de la investigación o la integridad de otra persona. La profesora concluye que la falta de una consideración genérica del derecho de acceso como un derecho fundamental produce inseguridad jurídica, lo que podría solventarse con una intervención legislativa tendente a distinguir en qué circunstancias nos encontramos ante un derecho de acceso fundamental u ordinario y aclarar las vicisitudes de su régimen jurídico.

Jorge Castellanos Claramunt, coordinador de la obra e investigador interesado en cuestiones relacionadas con la participación y la transparencia, es el autor del cuarto capítulo. En él, proclama que la transparencia es un principio rector del modelo democrático, de manera que la articulación del derecho a la transparencia debe ser un requisito fundamental de toda democracia. Destaca el valor preventivo y disuasorio que ostenta la transparencia en el comportamiento de las autoridades, lo que asegura la calidad e integridad de los poderes públicos. El profesor subraya que el hecho de que España haya desarrollado normas de transparencia a nivel estatal y autonómico y que se haya integrado en el marco de derecho europeo e internacional en la materia, es síntoma del desarrollo democrático de nuestra sociedad. Esto no quiere decir que no haya que mejorar el sistema, muy al contrario, Castellanos Claramunt recuerda que aún no se ha aprobado el reglamento de la LTAIPBG y que se requiere contestar con consecuencias reales los incumplimientos en transpa-

rencia a través de un régimen sancionador eficaz. Por ello, el autor apuesta por mejorar algunos aspectos concretos de esta legislación como una oportunidad de incrementar nuestros índices democráticos y, por efecto, nuestra calidad de vida.

A continuación, Elisabet Samarra i Gallego, presidenta de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña (GAIP), reflexiona sobre la vía que ostentan los electos locales para acceder a la información pública. A propósito de ello, surge la duda de saber si deben accionar su derecho de acceso a través de su vía específica, la vía general prevista en la legislación en materia de transparencia, o cualquiera de estas dos vías a su elección. La autora expone el criterio de la GAIP, según el cual los concejales no pueden tener un derecho de acceso menor al que gozan los ciudadanos de a pie, y las normas de transparencia y régimen local deben ser complementarias para asegurar el derecho de acceso, reforzado en el caso de los concejales por el derecho fundamental a la plena participación política como miembros electos de las entidades locales. Los concejales además gozarían de restricciones más atenuadas con respecto a los límites de protección de datos personales en su acceso a la información pública, pues no son realmente sujetos ajenos a la Administración de la que requieren la información. Por último, la autora aclara que no resultan admisibles las reclamaciones que tengan por objeto ruegos y preguntas de los concejales dirigidas al equipo de gobierno, al no estar amparada por la vía prevista en la legislación en materia de transparencia.

Seguidamente, Joaquín Meseguer Yebra, exdirector general de Transparencia y Buen Gobierno de la Junta de Castilla y León, repasa los aspectos que se habrían mejorado en la futura legislación castellano-leonesa a través del proyecto de ley que se estaba tramitando hasta la anticipación de las elecciones a Cortes celebradas en febrero del presente año en esa comunidad autónoma. En concreto, el autor valora positivamente la necesidad de incluir a las entidades locales, y a otros sujetos, en el ámbito de aplicación de la ley. También considera que se mejora notablemente la publicidad activa, al reforzar los compromisos de publicidad de los poderes públicos, siendo esperable que el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, cuyo régimen jurídico se clarifica, sea menos recurrente. Para mejorar la calidad de la publicidad activa, además, el proyecto de ley prevé un

impulso en el desarrollo tecnológico al servicio de la Administración que permita la reutilización de la información pública. Coincidimos con el autor, que reclama la subsanación de la ausencia de un verdadero régimen sancionador en esta revisión normativa.

Continuando con la siguiente intervención del libro, Juan Luis Beltrán Aguirre, presidente del Consejo de Transparencia de Navarra (CTN), se pregunta por la legitimación de los representantes políticos para formular reclamaciones ante las autoridades de transparencia, y para ello pone el ejemplo concreto de dos miembros del Parlamento autonómico navarro que reclamaron ante el CTN el acceso efectivo a una determinada información solicitada a la Administración de la comunidad foral. El autor constata que los Consejos de otras CCAA ya han resuelto esta cuestión, admitiendo las reclamaciones de los representantes políticos, pero en la mayoría de casos referida a concejales y no a miembros de asambleas autonómicas, de los que solamente conoce dos casos con resultados contradictorios. El autor, citando a Gifreu, defiende la postura de que sería un contrasentido que los representantes políticos tuvieran un derecho de acceso menor al que ostentan los ciudadanos. En términos similares cita a Guichot, quien añade la necesidad de que el legislador aclare expresamente esta cuestión en las normas de transparencia para dotar al sistema de mayor seguridad jurídica. Desde el punto de vista del autor, la legislación autonómica navarra presenta la singularidad de resolver las dudas que puede comportar la presentación de reclamaciones por parlamentarios al prever expresamente el carácter supletorio de la normativa de transparencia y la posibilidad de que el CTN conozca reclamaciones contra una respuesta insatisfactoria a una petición de información dirigida a la Administración navarra por un parlamentario autonómico.

En el octavo capítulo, Rafael Rubio Núñez, vocal del Consejo de Transparencia y Participación de la Comunidad de Madrid (CTPCM) y profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, y Ana Ibarz Moret, directora del Gabinete de Comunicación, Transparencia y Relaciones Internacionales del CTPCM, comentan las diferencias regulatorias entre el CTPCM y otras autoridades de garantía autonómicas. Establecen una relación de autoridades en cada comunidad autónoma, revelando que en algunos territorios no existe esta figura y que en otros aún no está en

pleno funcionamiento. Distinguen a las autoridades por su naturaleza jurídica, detectando que la mayoría de ellas no ostentan personalidad jurídica propia. También comprueban las diferencias en torno a la estructura interna, composición y su mecanismo para la resolución de reclamaciones, entre otros aspectos relativos a su funcionamiento. En líneas generales, Rubio Núñez e Ibarz Moret afirman que el modelo del CTBG inspira a la mayoría de autoridades autonómicas, aunque el resultado ha sido el de un ecosistema de autoridades bastante heterogéneo. Denuncian la necesidad de dotar a estos entes de personalidad jurídica propia para garantizar la independencia que preconiza el común de normas autonómicas en materia de transparencia.

Llegando a las postrimerías del libro, María Dolores Montero Caro, profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba e investigadora especializada en el estudio del gobierno abierto, diserta en torno a uno de los pilares que conforma este arte de gobernar, esto es, la transparencia. En concreto, la autora analiza la transparencia en el contexto jurídico andaluz, a través de su normativa autonómica. Destaca que la ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, ha sido modélica en el desarrollo de esta figura en España, y analiza el papel que ha jugado el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, comentando la evolución de las reclamaciones recibidas en su seno. En este sentido, la profesora se hace la conveniente pregunta de saber si esta norma está generando una verdadera cultura de transparencia entre la ciudadanía, promoviendo en tal caso un cambio de «arriba hacia abajo», de las instituciones a la ciudadanía.

Finalmente, Andrés Gomis Fons, director general de Transparencia, Atención a la Ciudadanía y Buen Gobierno de la Generalitat Valenciana, desgrana la proposición de ley de transparencia y buen gobierno que está llamada a sustituir la actual regulación autonómica en la materia y a culminar la institucionalización de la transparencia en ese territorio. Esta futura ley no está exenta de sufrir cambios durante su trámite parlamentario, pero parece que sus principales trazos ya están esbozados, sobre todo teniendo en cuenta que muchas de las novedades en realidad ya habían sido recogidas en otras normas o se habían reclamado en las memorias de la autoridad de garantía valenciana. En este sentido, parece que se consolida la idea de máxima

transparencia como principio informador. Sin embargo, nos llama la atención el hecho de que las entidades locales siguen sin ser incluidas en el ámbito de obligaciones de publicidad activa en la legislación valenciana (limitándose a atribuir a las entidades locales a la legislación básica en materia de publicidad activa), en disonancia con el criterio mayoritario de las comunidades autónomas, y tal y como perpetúa este proyecto de ley. Se observan bastantes novedades en torno al régimen de impugnaciones para ejercer el derecho de acceso, así como al régimen sancionador, que también contempla un impulso a la figura del Consejo Valenciano de Transparencia como autoridad de garantía. También resulta relevante el hecho de que el proyecto ahonda en la organización administrativa necesaria para materializar la normativa en materia de transparencia, así como en otras materias afines, y en concreto, la gobernanza a través de la generación de datos abiertos y algunas prescripciones a propósito de la planificación y rendición de cuentas de la Administración autonómica.

A modo de conclusión, es claro que el desarrollo autonómico de la legislación básica de transparencia se está viendo afectado por las novedades normativas, doctrinales y jurisprudenciales que están terminando de dar cuerpo a esta materia, coincidiendo con los primeros años de andadura de regulación autonómica.

En esta misma línea, y como se puede comprobar, esta obra aúna las aportaciones de sus autores en materia de transparencia y derecho de acceso, siempre desde una perspectiva autonómica. Los participantes de esta obra colectiva contribuyen a este libro con el resultado de sus investigaciones en torno a aspectos del ámbito de la transparencia en las comunidades autónomas. Se estudian concretamente los casos de Cataluña, Castilla y León, Comunidad Foral de Navarra, Madrid, Andalucía y Comunidad Valenciana.

La obra por tanto permite una visión panorámica de la transparencia en nuestro modelo territorial, observándose un interés creciente de los legisladores autonómicos en el desarrollo de esta materia que, a juzgar por los primeros pasos que está dando la normativa de las comunidades autónomas, seguirá evolucionando y desarrollándose en los próximos años. No en vano, casi se ha completado el mapa de leyes autonómicas, y se empieza a alumbrar una segunda generación de leyes llamadas a mejorar el régimen primigenio.

PAOLI BOLIO, F. J. (2021). *LA UTOPIA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL*. CIUDAD DE MÉXICO: EDITORIAL PORRÚA

Manuel GONZALO

Letrado de las Cortes Generales

<https://orcid.org/0000-0002-5405-9679>

El libro es una joya sobre un asunto con perspectivas políticas universales. En esencia, este libro ofrece la consistencia de hacer ver algo escondido. El *tránsito de algunas utopías políticas a la realidad de la vida humana en común*, concretamente desde los judíos hasta las utopías en proyecto de nuestros días. Investiga la obra de los pensadores entrando por el resquicio de lo que llamamos el pensamiento utópico. Utilizamos un forense plural comunitario, no mayestático. Para Ortega y Gasset la filosofía es un *apetito de transparencia*, es el deseo de revelar claridades en lo oculto, un espíritu que anima toda investigación filosófica.

No utilizamos en el inicio de esta recensión la palabra *alhaja*, cuya etimología árabe se remite al oropel y a los objetos puramente *decorativos*. El libro es una *joya* sin brillantes ni oro ni plata. Apela en el fondo directamente a su significado prístino, a la *alegría* y al *gozo*, como la voz italiana *gioia*, la francesa *joie* y hasta al sentido lúdico del *joy* inglés. Una alegría de difícil definición, pues la alegría más que una virtud representa una suma de cualidades que combinan en armonía los hábitos vitales de una persona o de una comunidad. Emerge el espíritu festivo del mejicano que se siente *llorar de alegría y cantar de dolor*. El libro *La Utopía del Estado Constitucional* hará sentir a quien lo lea lo que es una *fiesta* verdadera por el espíritu positivo que lo anima. Quien haya visto la película *Gringo Viejo* de 1985, realizada sobre la novela de Carlos Fuentes, sabe bien de lo que hablamos.

Estamos ante una monografía que *no es un libro más* entre cerca del millón de nuevos títulos que al parecer se publican cada

año en el mundo. El papel en proceso descendente y el soporte digital ascendente; la proporción en España el año 2019 es de tres en papel por uno digital, 65 000 y 24 000 respectivamente. En el conjunto del mundo 1 000 000 de títulos para unos 7 870 millones de personas, en estimaciones para el 2022. No es magra marca, si multiplicamos esa cantidad por la tirada de cada edición que, de ser de 1 000 ejemplares, correspondería algo más de media de un libro al año para cada terrícola.

Tampoco es una obra más entre los tal vez trescientos mil editados en español. Se trata de un libro diferente de verdad que, siendo nuevo, tiene las antiguas raíces bíblicas investigadas con lucidez por su autor y su posterior desarrollo con vocación de contemplar nuestro futuro. Transmutará lectores recientes en viejos amigos. Hace pensar y dará mucho que hablar sin duda. Resultará germinativo, será madre de los estudios, que prevemos necesarios y próximos, de otros investigadores prospectivos. En el autor concurren las condiciones de jurista, sociólogo, historiador, novelista, periodista, político parlamentario y gubernamental, poeta y, en definitiva, filósofo humanista. Buen equipaje para la compleja tarea que ha culminado.

Nos sitúa ante una nueva visión vigorosa de lo que es una utopía. De ella surgen nuevas voces con imán: las ucronías, las heterotopías y las distopías latentes en las corrientes principales del pensamiento jurídico-político a lo largo de la historia humana. Paoli ha escrito una *Teoría del Estado* (2014), un clásico avanzado en la materia que él actualiza sin cesar, donde subraya dos elementos que ocupan las reflexiones del hombre actual: el *imperativo de los derechos humanos* desde 1948 y la implantación de la idea de *gobernanza*, un invento incipiente, una utopía en ciernes, para renovar la organización de la sociedad y del Estado que aparece en la década de los años 90 del siglo pasado, el momento crucial de la caída del muro de Berlín, la desaparición de la Unión Soviética y ensoñaciones en torno al fin de la historia.

Occidente es hoy muy consciente de haber construido las fórmulas expansivas del capitalismo y del socialismo como unos motores eficaces, generadores del impresionante desarrollo económico del bienestar de los dos últimos siglos. Sus excesos, sin embargo, tienden a oscurecer a veces el correlativo *bienser* de los valores sociales.

Ahora bien, el mundo occidental raramente advierte un peligro, el de la invisible tiranía de su orgullo vacío por haber contribuido al bienestar que todo el mundo acepta. De hecho, no es lo bastante consciente de que a la cultura de occidente le toca ahora la ineludible responsabilidad de contribuir a encontrar unas soluciones adecuadas para evitar los duros conflictos que generan tanto el hiperindividualismo presente, injusto para una inmensidad de seres humanos, como por otra parte, las tendencias del colectivismo intervencionista totalitario que asimismo las priva en buena medida, aunque de otra manera, de su dignidad de personas. Nos referimos a la necesidad de obviar las arbitrariedades en las que de modo paradójico convergen ambas tendencias: el consumismo.

Coinciden ambas fórmulas en cultivar calladamente, por ejemplo, el imperante *consumismo* de los bienes y los servicios, mientras se ocupan con frivolidad de triviales diversiones que ambos fenómenos comparten. Posee efectos deslumbrantes y también consecuencias deshumanizadoras que inciden en el grave peligro de *hacer cosas de las personas* y de encaminar a muchas hacia una especie de *suicidio* social, sin acertar a poner tope al creciente desarraigo de la naturaleza existencial propia de los seres humanos. El influyente paradigma de la socialdemocracia que enunció con hondura el Schumpeter de la escuela de Viena, *Capitalismo, Socialismo y Democracia* (1942), las posteriores búsquedas de otras terceras vías, han propiciado el consumismo devastador de valores y bienes y del ocio.

La trama del libro la manifiesta su autor con un lema categórico, que toma de la *Crítica de la Razón Práctica* de Kant. Su claridad resplandece como un brillante: «Una idea no es otra cosa que la concepción de algo que todavía no existe en la experiencia». Es algo *mejorable*, es lo que anudan esencialmente las utopías, el objeto de la investigación de esta obra. Se trata de un desafío que induce a la reflexión personal y que recalca en la coherencia de los proyectos de actuación plural que promueve el profesor yucateco. Chesterton enseñaba que una idea que no se hace palabra es una mala idea, mientras una palabra que no conduce a la acción es una mala palabra. El sentido de la buena acción ética debe prevalecer entre las personas, conforman el cauce por el que discurren las ideas. Solo se pueden patentar algunos de los productos de la industria humana:

las herramientas útiles, así un sacacorchos, y los procesos para la fabricación de los bienes materiales de cualquier género. No obstante, tan solo se patentan durante un tiempo limitado establecido en las leyes desde la invención del *copyright* y de la propiedad intelectual a comienzos del siglo XVIII, precisamente para fomentar la *creación* de productos útiles. Pero hay que tratar de impedir de raíz que, concediendo a sus autores la exclusiva de la explotación temporal de los inventos patentados, estos cometan el abuso de incumplir su función social.

Los inmateriales derechos de autor están abocados desde su producción a integrarse en el dominio público de la sociedad, a la que por otro lado deben en buena medida su existencia. Ningún Shakespeare o Beethoven han aparecido en las tribus primitivas de las Amazonas. Cada producto lo es de una persona al tiempo que, de una sociedad concreta, en desiguales proporciones. En definitiva, las ideas de un libro emanan de una fuente cuyo caudal colectivo fluye al servicio de la persona que convive en una sociedad.

Este libro, de pequeña letra y sin erratas, parece breve, pues comprende XXI páginas y otras 220. Pero es de densa y a la vez de fácil lectura, de pluma ágil. Ha sido publicado hace pocos meses en la Ciudad de México, bajo el sello de la editorial Porrúa, por el profesor Francisco Paoli, un yucateco investigador del *Instituto de Investigaciones Jurídicas* de la UNAM, el centro académico de lengua española que carece de igual en el mundo por la calidad de sus más de ciento cincuenta miembros dedicados al cultivo y desarrollo del saber propio de las ciencias sociales.

La palabra cultura, en su reciente sentido figurado, procede del Renacimiento como la voz utopía. Trasciende por lo tanto el ámbito de la agricultura, del *ager donde crecen las plantas y viven los animales*, del latín clásico de la Roma antigua y de las lenguas romances del medievo. La irrupción de su nuevo significado, el de *cultivo de la sabiduría*, surge probablemente en el idioma español, en 1515 según Corominas, pues, dentro de la cultura europea, nuestra lengua usa esta palabra acaso un siglo antes que el francés o el inglés, por causa de que los pueblos francos desplazaron parte de la identidad romanizada de los galos, mientras que los anglosajones mutaron en mayor medida aún la de los británicos romanos.

En esencia el libro tiene la consistencia de una investigación innovadora en torno a la idea moderna, pero muy antigua como veremos, que expresa la singular palabra *utopía*, inventada en 1516 por Tomás Moro como título de un ensayo de ficción. En el fondo nos encontramos una *protonovela* que precede al Quijote en cien años justos. Como es sabido, versa sobre una supuesta comunidad humana, cuya acción la sitúa Moro en una isla de las Américas recién descubiertas. Hay ideas que en la *ficción* cobran mayor energía para guiar la conducta humana que la que posee la precaria *realidad* que inspira la permanente lucha del hombre contra las limitaciones que todo lo humano comporta. La invención de América constituye el más importante hecho de la historia de la humanidad «sacando la pasión y muerte del que la crió», en palabras de Fray Antonio de Guevara; nos lo recuerda el historiador Rumeu de Armas. Pues, bien, significó este hecho un giro antropocéntrico existencial del que nacen el fértil humanismo renacentista y la aparición con Francisco de Vitoria del derecho internacional regulador de las relaciones humanas a escala planetaria, precisamente a los pocos años del descubrimiento por España y por Europa de la ubérrima América.

El título del libro invoca en tres palabras dos conceptos capitales: Estado constitucional y utopía. La reflexión del pensamiento crítico aconseja definir brevemente ambos conceptos por nuestra cuenta y riesgo. Nuestra responsabilidad, compartida o no, tiene el modesto fin de mostrar la importancia de las aportaciones que proporciona el libro del profesor Paoli.

Mientras vamos leyendo la obra, consideramos el ESTADO constitucional como aquella articulación o *compósitum* estructural de una comunidad de personas asentada en un territorio y dotada de poder soberano, libre e independiente, que no reconoce poder superior en el orden interno, pero sí poderes iguales en el orden internacional. Es decir, un poder de carácter absoluto en el primer tramo de su desarrollo histórico a partir del siglo XV de España y un poder de calidad democrática emergente, que considerando el fracasado ensayo griego del siglo de Pericles, el «tiempo eje de la historia» en palabras de Jaspers, va progresivamente implantando democráticos elementos a partir de las revoluciones del siglo XVIII al concentrar la soberanía en los parlamentos. Este fenómeno trascendental coincide con la

emergencia de la revolución industrial que implanta poco a poco el maquinismo en la economía.

Por otra parte, el Estado tiene por objeto compartir un *proyecto sugestivo de vida en común*, dirigido a satisfacer las necesidades de sus miembros en justicia y en paz, mediante el recurso a la fuerza solo si fuera necesaria, pero ejerciéndola con arreglo a la ley y, sobre todo, la correlativa exclusión de la violencia. El poder de dicha comunidad estatal participa además mediante pactos con otros Estados en el concierto y contra el desconcierto de las naciones a la espera utópica de establecer el poder soberano único en el universo mundo, durante cuyo inacabable desarrollo el hombre, a su vez, seguirá inventando nuevas utopías de mejora de la condición humana personal y colectiva. Esta dinámica condición incita a encontrar la perfección como meta para alcanzar la felicidad humana. Una busca sin cesar que, padeciendo una especie de suplicio de Tántalo, con alternativas de avance y retroceso, se aproxima cada vez más a ella sin poder tocarla. La aporía de Aquiles y la tortuga muestra bien el sentido de su dinámica. Es la tensión creadora que Paoli acierta a identificar en las utopías humanas dinamizadoras de la realidad. El profesor Torres del Moral, jurista y filósofo, considera estas cuestiones en su conferencia de mayor calado literario sobre *El Valor Ético de la Democracia* (2009).

El concepto de la UTOPIA fue un éxito; esta es una voz de uso común que escribimos en minúsculas. Expresa el coraje perenne de los ricos antecedentes que van descubriendo las generaciones, su espontánea renovación y, lo que tal vez más importa, su coraje esperanzador en la dramática oportunidad de remontar las crisis de nuestras sociedades del siglo XXI, cuyas consecuencias afectan ya a la humanidad entera, merced a la irrupción de una desconcertante *globalidad* creciente de las relaciones entre los seres humanos. La situación requiere encontrar ideas y compartir caminos viables para ejercer una actividad política progresiva, capaz de ir construyendo una convivencia justa y pacífica, creadora de nuevos horizontes *verticales*, por así decirlo, el que observan los montañeros y los alpinistas, ampliando al tiempo los horizontes *acostados*.

Una utopía, la ficción de una comunidad que está fuera de todo lugar como fuera del tiempo, no ha de sembrar la confusión de las *ilusiones* superficiales que son *engaños*. Más bien, responden las

utopías a un impulso personal y colectivo de *mejora* de las condiciones de la vida de las mujeres y los hombres para liberarse de las ataduras que implica la satisfacción de sus necesidades primarias, un sobrevivir para abrir la puerta a las de la cultura creadora. El historiador Yuval Noah Harari, en sus libros *Sapiens* y *Homo Deus*, señala las prometedoras revoluciones que estamos viviendo para poner remedio al hambre, la salud y la guerra. A esta apreciación responde el imperativo de ciertos pensadores alemanes de proveer «mediante el *prius* económico al primado humanístico».

Hemos de hilvanar con concisión las principales impresiones que el libro provoca, no sin dejar constancia de que el autor apenas practica, desafortunadamente, la *autocita* de su densa obra precedente, pues habría proporcionado mayor coherencia y perspectiva pletórica al conjunto de su libro.

PRIMERA IMPRESIÓN. El contenido teórico y práctico. No solo procede el autor a examinar con detenimiento las fuentes doctrinales originarias que exponen claras utopías, sino que descubre el detalle de su impacto sobre la realidad desde la aparición del pensamiento jurídico-político.

Tiene una introducción sobre los presupuestos que inspiran la obra: culturas, lenguaje, civilidad, poder, método y diálogo, conceptos clave, para, a continuación, exponer en capítulos de diversa extensión las utopías iniciales de índole doctrinal: 1/ la bíblica o veterotestamentaria, las de 2/ Homero, 3/ Heródoto, 4/ Platón, 5/ la cristiana de los primeros tiempos que expone con considerable acierto y 6/ la de Agustín de Hipona.

Luego presenta las utopías jurídico-políticas primeras de mayor impronta real: 7/ Roma y el estado romano, 8/ Cicerón y 9/ resalta su carácter de antecedente de los Estados modernos.

Después, las utopías que inspiran programas de acción en el Renacimiento: 10/ Moro, 11/ Campanella, 12/ Bacon, 13/ insinúa la ínsula barataria del Quijote, y da 14/ una simple noticia de la *Sinapia*, la tardía utopía anónima española, ignoramos si del siglo de oro o de la ilustración, encontrada a finales del siglo XX entre los papeles del poderoso Conde de Campomanes, un protagonista del despotismo ilustrado.

Una digresión conviene hacer acerca de Moro (1478-1535), el amigo de Juan Luis Vives, un gran educador, y de Erasmo de

Róterdam, el de la *rara avis*, porque nos aporta una noticia inesperada a los juristas sobre las posibilidades de una eficaz organización administrativa. Moro fue canciller en 1529 con Enrique VIII, que lo hizo condenar a muerte y ejecutar por su discreta y firme discrepancia en el asunto del divorcio de Catalina de Aragón por causa de Ana Bolena, que originó el anglicanismo imperante en la Gran Bretaña. Moro fue memorable por causa de su justicia sin igual, de manera que los pleitos durante su mandato quedaron allí exhaustos, por decirlo así, en el sentido de que los tribunales estaban al día en el despacho de las actuaciones procesales; de aquí emana, *vox populi vox Dei*, una famosa rima popular forense de su tiempo: «Cuando Moro por un tiempo fue Canciller, / no quedaron juicios pendientes. / Algo así jamás será visto otra vez / hasta que Moro esté allí nuevamente».

A falta de una décima parte de letras, se decía en inglés: “When More some time had Chancellor been / no more suits did remain. / The like will never more be seen, / till More be there again”.

Un hecho este tan descomunal que lleva a preguntarnos, en particular a los juristas, si habrá tenido un efecto diferido cuatrocientos años después, cuando Pío XI, el papa Ratti de la *Quincuagésimo Anno* y de la Acción Católica, canoniza a Tomás Moro en 1935. Merece conocer al respecto un libro con enjundia ética titulado *Tantos Tontos Tópicos* (2012), donde el eminente filósofo Aurelio Arteta Aisa considera las diferencias que distinguen al atleta, al profesional o al sabio del hombre de bien como persona responsable.

Más adelante, el libro analiza las utopías novedosas en Iberoamérica: 15/ Vasco de Quiroga, 16/ el *comunismo cristiano* de los jesuitas en el Paraguay y unas reflexiones sobre ellas.

Siguen los socialismos utópicos de: 17/ Saint-Simon, 18/ Fourier y 19/ Owen.

Termina el itinerario investigando las utopías contemporáneas de acrecido arraigo social: 20/ la constitucional de los Estados Unidos, 21/ la de la Francia revolucionaria y su proyección exterior, 22/ las utopías marxianas, que finaliza rematando el itinerario con las utopías mejicanas del siglo XX, las de 23/ Salvador Alvarado, 24/ la Constitución de 1917 y, en fin, 25/ la Constitución de Yucatán de 1918.

Para concluir, dedica unos capítulos de pletórico valor doctrinal al examen de las cuestiones cardinales que suponen la *crisis del*

Estado nacional, la utopía del Estado constitucional, las distopías y heterotopías, unas recapitulaciones excelentes y ciertas reflexiones críticas, que resultan decisivas para entender el mollar significado de la obra.

SEGUNDA IMPRESIÓN. Las aportaciones. Sus reflexiones más hon-
das y personales parten de las páginas introductorias y las que acabamos
de mencionar que se inician en las que llevan los números 63, 77, 94,
109, 160 y 173. Lo decimos como pauta sugerente para tomar del libro
su tensión, sus latentes certidumbres en una primera ojeada que, de
modélica por novedosa, originará luego lecturas cuyo carácter *ejemplar*
será germen de investigaciones para buscadores avisados.

TERCERA IMPRESIÓN. Una síntesis definitiva. Ciertamente es que no hay
en las relaciones humanas ni última pregunta ni respuesta concluyente.
Las personas somos seres tan problemáticos que cuando no tenemos
problemas, los inventamos. No obstante, el Paoli investigador escribe
la síntesis de su obra en la página 181 de una manera impecable por
maravillosa, de poderoso estilo articulador de elementos dispares:

Las utopías crecen con los seres humanos. Cuando más humanos
somos, más amplios, complejos y ambiciosos son nuestros proyectos
utópicos. Y también puede decirse que somos más humanos en
cuanto tenemos una mejor percepción y entendimiento de los otros
seres. Y para cerrar el círculo somos más plenamente humanos en
cuanto vamos ganando formas inteligentes para resolver problemas
comunes a todos los seres vivos, ejercitamos mejor nuestra razón
y ejercemos nuestra voluntad libre con responsabilidad. Es decir,
vamos escalonando utopías y en esa forma somos cada día más
autores de nuestra propia evolución y creadores de nuestro propio
destino.

Estas palabras están diciendo al lector algo así como *atrévete
a confiar*, *atrévete a ser libre*, que no consiste en el vano intento de
carecer de limitaciones para holgazanear, sino en superar las contra-
riedades haciéndote *autor de tu propia vida compartida y de nuestro
destino*. Actualizan así el vigor de un imperativo de Machado el poeta
filósofo: «Haced política porque si no la hacéis, otro la hará por
vosotros y probablemente contra vosotros». Alude con estas palabras
al egoísmo, a la corrupción, al odio, al mal. Con la política hoy pasa
lo que con los fosfatos en la agricultura, sin ella no podemos vivir,

está en todo. Que un sueño o una utopía se haga realidad es lo que dota de interés a la vida, como sucede a veces en los pleitos perdidos por alguna arbitrariedad manifiesta, que los hace los más dignos de defensa, más allá de los recursos jurídicos necesarios, mediante la hondura que cobran en las obras de ficción, las novelas y las películas, la ciencia ficción. Está claro que el libro ofrece simientes, repetimos, para abordar tesis doctorales.

Esta aportación es la que consideramos fundamental. Numerosos factores todavía utópicos se hallan ya en proceso de estudio y algunos pendientes de su aplicación como mejoras efectivas en el dilatado ámbito del derecho y de cuantas ramas se compone, incluida la evidente necesidad de la reforma de la ONU, por citar un solo ejemplo del libro. En esto incide la genial distinción ética creadora de Dilthey al contraponer «las ciencias del ser y las ciencias del deber ser» en consideración a la ausencia aparente y la ineludible presencia de la libertad humana en ellas. Guarda cierto parentesco esta dicotomía con la tradicional contraposición religiosa entre los pensadores *ortodoxos* y *heterodoxos* y con la reciente de Umberto Eco entre los pensadores *apocalípticos e integrados*, por no hablar de los *pesimistas* y *optimistas*.

Por cierto, una impresión que puede parecer pintoresca. Hay libros clave que se los traga la tierra. No se cultivan sus aportaciones. En la educación están postergados. Algunos de ellos entre nosotros desaparecen después de algunas ocasionales recensiones de circunstancias, sin polémica ni debate que los incorpore vitalmente al desarrollo de la enseñanza y de la cultura o, contrariamente, que los denigre en lugar de marginarlos sencillamente. *Sacar bien de mal* consiste en observar el imperativo de conocer el bien y el mal y de hacer la criba con libertad responsable. Entre ellos están los más recientes de Francisco Rodríguez Adrados, un lingüista de primer rango metido a historiar y filosofar, en particular su *Historia de la Democracia de Solón a Nuestros Días*, como los de José María García Escudero y los de Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona. Sus visiones comprenden, a nuestro juicio, utopías en parte realizadas unas y hacederas otras.

Pero ¿por qué enterramos libros de valor permanente? ¿Por adversos intereses creados de mayor fuerza que las verdades que re-

sultan de investigaciones y testimonios serios, por incompetencia para gestionar el bien común, por desidia, por desgana, por abandono, por miseria? Deseamos que el libro de las utopías del profesor Paoli no corra por el mundo ninguna suerte desgraciada y prevalezca el vigor de su innovadora energía creadora para la dinámica política. ¿Será preciso crear un *club a favor de conservar libros que no los trague la tierra*?

En España hemos de recibir este libro joya con la alegría de celebrar la tragicomedia o drama de una fiesta con personajes reales, principalmente dos, Tomás Moro y Francisco Paoli, y otros dos de ficción, los creados por Cervantes, el idealista don Quijote, junto a su escudero Sancho, del cual su señor acabó compartiendo, llegado a cuerdo, buena parte de su cazurro realismo. Convengamos que el argumento del libro consiste en un invento sacado de nada material o tangible, sino de unos pensamientos utópicos y ucrónicos que vienen impulsando al hombre a ensayar medidas para *mejorar* la acción política desde la antigüedad. Cobran singular relieve en la práctica de la Roma clásica y luego en el Renacimiento con la obra de Tomás Moro, que abrió cauces a nuevos torrentes de vitalidad *re-evolucionaria* colectiva, valga este mostrenco vocablo útil. Sirve para expresar un hecho que pasa inadvertido para muchas personas: la violencia desencadenada durante los desastres de las *revoluciones* totalitarias del siglo pasado, enseña que lo más valioso que producen las *cruentas revoluciones* son las *evoluciones pacíficas*, las que producen la deliberación reflexiva en negociaciones críticas humanas, *las* que mejoran la convivencia de los seres vivos y hacen que a la historia la haya podido definir Adenauer con sarcasmo como «la suma total de las cosas que habrían podido evitarse».

Recordamos una simpática anécdota sobre Picasso y el autorretrato que pintó en su vejez tocado con un sombrero de paja; está expuesto en su Museo de París y viene al caso. Una persona inteligente contemplando el autorretrato le preguntó: «¿Para usted qué es pintar?». Y respondió con estas o parecidas palabras: «Intentar hacerlo todos los días durante noventa años para acabar haciendo lo que un niño». Con las utopías, viene a decirnos el maestro Paoli, tenemos que hacer eso mismo.

Ahora bien, ¿la obra de Paoli es perfecta? ¿O tiene defectos que el pensamiento crítico no puede silenciar? Viene en nuestra ayuda

Antoine de Rivarol, el mismo personaje que, cuando vivía Francia las violencias revolucionarias, Luis XVI de Francia, le preguntó por «¿qué hacer?», y le respondió: «hacer de rey». Pero la ayuda más directa se la debemos a haber observado que «sin la libertad de crítica todo elogio carece de valor». O sea que, después de lo que llevamos dicho, nuestra respuesta a la pregunta planteada nos apremia, pues parece bastante complicada si es que somos más amigos de la verdad que del autor del libro utópico. Citamos para orientarnos una brújula del filósofo humanista del tiempo de Felipe III, Pedro de Valencia, que advierte: «*Quod ad omnes tangit ab ómnibus debet approbari*». Un imperativo que cabe completar para adecuarlo a nuestras consideraciones: «Lo que afecta a todos por todos ha de ser aprobado y, en consecuencia, debe ser realizado por todos».

La obra de Paoli tiene LAGUNAS, si bien, a nuestro juicio, se trata de unos defectos que no son erratas ni errores, al menos no los hemos advertido si los hubiere. Es un *quid lo que le falta*, algo que complete y multiplique su valor enorme. Nos referimos al estudio de las patologías que impiden la realización de utopías hacederas, las que tenemos al alcance de realizar los seres humanos. Equivale a preguntarnos el por qué de los tropiezos de las democracias cuando caen en abusos despóticos, incluso el por qué los regímenes democráticos dejan su sitio a tiranías. Sirva de prueba a escala global un ejemplo. La humanidad hace años que produce la cantidad de alimentos necesaria para abastecer a la población mundial y acabar con el hambre, pero existen unos *intereses creados*, legales muchas veces, que impiden su distribución equitativa y, mientras tanto, estamos tirando al mar toneladas de alimentos para que los precios no bajen. Ilustra este hecho los defectos que apunta desde años atrás Jean-François Revel en sus perspicaces obras *Cómo terminan las democracias* (1976) y *La Tentación Totalitaria* (1983).

Para estudiar las patologías sociales y políticas resulta alentador seguir las sendas abiertas por la UNAM con la creación de instituciones como su Instituto de Investigaciones Jurídicas. Esta opinión la respalda el que fue presidente de la Unión Interparlamentaria, André Chandernador, que tuvo la sensibilidad de percibir, en *Un Parlement, pour quoi Faire?* (1967), que las comunidades conocedoras en algún momento de su historia de la libertad solidaria, no la olvidan, debido

a que, en definitiva, «los pueblos no toleran durante mucho tiempo que se haga su felicidad sin ellos».

Despojar de su poder al pueblo soberano o marginarlo, escondiendo toda posibilidad de que pronuncie su voluntad vinculante sobre los verdaderos problemas colectivos, por ejemplo, en los programas electorales, significa prescindir del poder de la opinión pública. La cuarta dimensión del pueblo: soberano, legislador, elector y opinión pública, algo que desarrolla ideas de Maurice Hauriou. *El genio invisible de la ciudad* la llama el historiador Guillermo Ferrero, quien clasificó los regímenes políticos con arreglo al principio del miedo: «¿teme al gobierno el pueblo o, por el contrario, el gobierno es temido por el pueblo?». El gobierno legítimo se basa en el consentimiento voluntario del pueblo sin miedo ni uso de la fuerza. «El temor esclaviza tanto a los detentadores como a los destinatarios del poder», comenta lapidariamente Karl Loewenstein. La libertad importa, es la semilla de la que crece la equidad.

El sentido finalista de mayor alcance del trabajo de Paoli deja patente el propósito de contribuir a satisfacer la necesidad de articular de manera equitativa las relaciones humanas entre las personas y las de ellas con los bienes de la tierra. En el fondo, propone partir del paradigma de dos parámetros combinados de carácter estructural, dogmático uno y orgánico el otro: primero, el respeto de los derechos humanos de la naturaleza, que impone la dignidad de la mujer y del hombre, aliada con su sentido de la solidaridad y, segundo, la articulación de una gobernanza, el neologismo que tiende a disolver las fronteras que separan a los gobernantes de los gobernados, esto es, se propone arraigar la utopía de ir transformando la *democracia gobernada* en la mejor verdad de una *democracia gobernante*, en la poderosa expresión que debemos a Georges Burdeau. Participar implica compartir las discrepancias incluso, sin violencia.

Así la sociedad irá asumiendo el papel mayor que le corresponde en el desenvolvimiento de la convivencia. El tema de la gobernanza lo trata Paoli con maestría en su citada *Teoría del Estado*. Y por este camino la convivencia va alcanzando modestas utopías que suponen cambios de paradigma deseables en la acción política con repercusiones a nivel planetario.

De vivir Plutarco, tal vez se le ocurriera trazar las vidas paralelas del profesor español santanderino Eduardo García de Enterría y del mejicano yucateco Francisco Paoli. Ambos han descubierto, cada uno a su modo, utopías que les han permitido contemplar horizontes verticales hacia nuevas metas liberadoras de las ataduras y de las limitaciones humanas. Su común condición de juristas, de historiadores, de escritores con sensibilidad poética (en griego *poiesis* significa esencialmente *crear con armonía* mediante la palabra), de maestros filósofos y de personas entusiastas, dejan rastro. Es curioso, ellos han donado sus respectivas bibliotecas jurídicas a universidades a las que han servido. Los dos son humanistas, gigantes intelectuales de vocación en cuantas iniciativas han acometido o que han dejado larvadas. Esto no impide reconocer matizadas diferencias de inclinación o de estilo. Llevan ellos el signo de los seres hacedores de utopías; nunca «están» sino que «son» utópicos en las reales ínsulas tópicas y crónicas.

Enterría aparece más pugnaz y atrevido cuando examina las patologías de la convivencia que experimentan las realidades que vivió apasionadamente, con sus tenaces luchas y batallas a lo largo de su dilatada vida, dedicada a implantar más humanismo, más libertad, justicia, igualdad y democracia, encontrar los resquicios del sistema público administrativo para promover medidas de interdicción cuando la arbitrariedad de los poderes empeora la convivencia. Paoli, de carácter más morigerado cuando escribe, representa el afán de conquistar el futuro mejor, ampliando las capacidades de las personas que alientan las utopías de protección de los derechos humanos y de la gobernanza. ¿Llevan su vida creando diferentes adagios musicales para un mismo fin vital? El entusiasmo adivinatorio y semánticamente divino de las metas que nos presentan, poco tiene que ver con la primera acepción de la palabra *ilusión* que es la de *engaño* en la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) y que desemboca en *autoengaños*.

En fin, presentan los dos una rara y poderosa coherencia entre su existencia personal y su obra. Una nota de carácter común que comparten con los singulares *maestros de maestros*, el rasgo capital de una armónica pasión por la vida y por el Derecho, en feliz expresión de Fernando Sáinz Moreno. Una pasión que la razón no quita. La

refuerza. El historiador francés Le Goff sostuvo en los *Intelectuales en la Edad Media* (1966), que *los maestros no son nuestros amos, sino nuestros guías*. De aquí sus seguidores y las escuelas que pilotan ya algunos discípulos como maestros. Comparten cada uno, desde la libre iniciativa de su libertad con su sello individual respectivo, la fisonomía de los mejores intelectuales entre nosotros. De la talla del historiador Menéndez Pidal, los filósofos Ortega y Gasset y Julián Marías, el filólogo Adrados y otras muchas personas menos conocidas, como las que hemos mencionado, ejemplarmente dotadas cuando ejercen el humanista sentido solidario de su acción ciudadana.

Tomando la perspectiva de los tiempos, lo dicho es pura realidad, no hipérbole. Nos asalta entonces la gracia de volver a citar a dos letrados del tenor de José María García Escudero y de Juan Antonio Ortega, los cuales también son autores de obras históricas de amplia proyección jurídico-política en España. La mayoría de los ciudadanos del común cumplen por su parte un cometido responsable y el mundo sigue girando. Los intentos del siglo pasado de instalar una socialdemocracia merecen un cambio de paradigma en cuanto a derechos humanos y gobernanza.

El libro no tiene final. Invita al lector a continuarlo procurando utopías hacederas, sin violencia y con el deseo de nuevos sueños, utopías a las que toda persona está llamada para hacer de la vida dicha pasión que la razón no quita. Interesa resaltar en este caso que el optimismo de la voluntad realza dicho paradigma con el optimismo de la inteligencia. La piel del derecho abarca la vida del cuerpo y la del espíritu que lo anima, cuya esencia afirma la poesía. Sus versos enuncian verdades que no necesitan prueba. Y puesto que hemos mencionado a don Quijote, terminamos esta reseña de la obra que comentamos, *escalonando utopías*, con las divinas palabras apócrifas de alcance universal que efectivamente Cervantes ideó, dice algún ser anónimo prudente, poniéndolas este así en boca del caballero andante: «Hoy es el día más hermoso de nuestra vida, querido Sancho, / los obstáculos más grandes del camino, nuestras propias indecisiones; / nuestro enemigo más fuerte, el miedo al poderoso y a nosotros / mismos; / la cosa más fácil, equivocarnos una y mil veces; / las más destructivas, el egoísmo, la mentira, los sentimientos de / posesión y nuestro / individualismo; / nuestras peores derrotas, el desaliento,

el temor de no tener el valor / de atrevernos y la ausencia de un compromiso verdadero con las / angustias y los anhelos de nuestros semejantes, sobre todo con los / más desamparados; / nuestros defectos más peligrosos, la soberbia y el rencor; / nuestras sensaciones más gratas, / la buena conciencia, / el esfuerzo para ser mejores sin querer ser perfectos y, sobre todo, / nuestra disposición para hacer el bien tal cual, / combatiendo sin desmayo cada una de las injusticias de toda jornada, / donde quiera que estén. / ».

Valga lo dicho para cerrar esta recensión acompañada de cuatro versos inolvidables de León Felipe, el preclaro poeta hispano y mejicano. Son versos sacados de la antología que le dedicó Gerardo Diego. Asocian al lector con los maestros del saber, unidos calladamente en investigar el camino de tantas *escalonadas utopías hacederas*: «Voy con las riendas tensas / y refrenando el vuelo / porque no es lo que importa llegar sólo ni pronto, / sino llegar con todos... y a tiempo. / ».

IN MEMORIAM. JAVIER BALLARÍN, AMIGO DE LA CONSTITUCIÓN

Benigno PENDÁS

Presidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

Catedrático de Ciencia Política

Universidad CEU San Pablo

Letrado de las Cortes Generales

<https://orcid.org/0000-0003-3861-5126>

Había comentado el asunto muchas veces con mi buen amigo, colega y vecino: nuestra generación, los nacidos más o menos entre el 50 y el 60 del siglo pasado, carece de proyecto propio, aunque contamos por supuesto con grandes y merecidos triunfadores a título individual en el ámbito político, económico o académico. Hijos de la Transición democrática, aprendimos –como diría G. Steiner– las lecciones de los maestros, nuestros mayores en edad y sabiduría, a quienes tanto conocimos y admiramos.

Javier Ballarín Iribarren (1956-2021) falleció hace pocos meses en Madrid. Veló sus primeras armas como aprendiz de líder político en la Facultad de Derecho de la Complutense. Dejó huella como brillante opositor a letrado de las Cortes Generales, ganando plaza en la promoción de 1981. Lo hemos contado muchas veces: aquel infausto 23 de febrero, un grupo de jóvenes entusiastas hacía pasillos en el Congreso de los Diputados esperando la llamada del tribunal que presidía el añorado Landelino Lavilla para «cantar» el ejercicio oral. Por la tarde, pasó lo que pasó. Nos examinamos poco tiempo después: Javier con el ruido de fondo de la imponente manifestación que mostró la voluntad inequívoca del pueblo español en favor de la democracia. Xavi (o Chavi: nunca estuvo muy claro) ejerció durante cuarenta años como letrado especialista en materia tan delicada como los suplicatorios y, este último año, como titular de la Oficina de Control de Conflictos de las Cortes Generales, guardián jurídico de un instrumento capital para reforzar la imagen (deteriorada) de nuestro sistema constitucional.

Nunca faltó la vocación doctrinal durante su larga carrera profesional. Fueron muy reconocidos algunos trabajos suyos elaborados durante una estancia en Florencia como joven investigador y su firma ha sido frecuente en las revistas especializadas en Derecho Constitucional y Parlamentario. Me consta que estaba orgulloso de su traducción de las *Falacias políticas* de Jeremías Bentham, una colaboración que nos permitió discutir amistosamente durante horas sobre los matices del lenguaje jurídico. Publicado por el (entonces) Centro de Estudios Constitucionales en 1990, mereció una recensión elogiosa de Javier Pradera en *Babelia*. Sin embargo, la universidad española no supo –una vez más– encontrar el lugar adecuado para aquel joven servidor del Estado social y democrático de Derecho, sin perjuicio de su participación en múltiples jornadas, seminarios y debates, siempre desde el rigor y la templanza.

Volcó entonces su vocación hacia el ejercicio de la abogacía, herencia del Derecho *vivo* que le transmitió su muy querido padre, Alberto Ballarín Marcial, notario ilustre y senador de Unión de Centro Democrático, uno de aquellos referentes de la Transición a quienes tanto debemos. Javier era un abogado serio y meticuloso, capaz de plantear las aspiraciones de sus clientes con una dialéctica de gran estilo. Dirigió durante años un prestigioso despacho según el modelo artesanal que defiende las viejas esencias de la profesión frente a las grandes firmas multinacionales. Recuerdo algún dictamen suyo sobre cuestiones de patrimonio cultural, donde lucían sus muchos saberes en el ámbito del arte y la cultura. Porque nuestro letrado era un lector infatigable, con buen criterio para seleccionar libros y para discutir con los amigos sobre las últimas novedades bibliográficas.

Italia fue un punto de inflexión en su vida. Felizmente casado con Vittoria, padre orgulloso de hijo y de hija, fue un viajero frecuente por aquel país estupendo, cargado de belleza estética y sutileza intelectual. Su segunda patria nunca le hizo olvidar la primera: Navarra y Huesca, orígenes materno y paterno, respectivamente, eran anclajes firmes para una españolidad natural y profunda que conjuga razones y emociones sin necesidad de exageraciones ni algarabías.

La última lección fue acaso la más memorable. Javier llevó la cruel enfermedad que apenas le concedió unos meses de prórroga con la dignidad y la elegancia propias de un sabio estoico y de un

humanista cristiano, dos rasgos complementarios de su perfil personal. Los compañeros de la misma edad, el mismo oficio, el mismo barrio, tenemos muy buenos motivos para recordarle con afecto y admiración. Lo he comentado estos días a propósito de las necrológicas con Íñigo Méndez de Vigo, Chema Robles Fraga, Piedad García-Escudero, Emilio Recoder y tantos otros que bien le apreciábamos. Gracias por todo, amigo y colega.

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
IV

Informes y jurisprudencia
parlamentaria comentada

Reports and parliamentary
Case law with commentaries

NOTA SOBRE LA CONFORMIDAD A DERECHO DEL ACUERDO ADOPTADO POR LA MESA DEL SENADO EN SU REUNIÓN DEL DÍA 17 DE MARZO DE 2020, RELATIVO A LA LIMITACIÓN DE LA CONVOCATORIA DE SESIONES DE PLENO Y DE LAS COMISIONES DEL SENADO DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

NOTE ON THE LEGALITY OF THE AGREEMENT ADOPTED BY THE
BUREAU OF THE SENATE, AT ITS MEETING ON 17 MARCH 2020,
ON THE LIMITATION OF THE CONVENING OF SENATE PLENARY
SESSIONS AND COMMITTEE MEETINGS DURING THE STATE OF
ALARM

SECRETARÍA GENERAL DEL SENADO

SUMARIO: I. ANTECEDENTES. II. CONSULTA. III. CONSIDERA-
CIONES JURÍDICAS. IV. CONCLUSIÓN.

I. ANTECEDENTES

1. En su reunión del día 17 de marzo de 2020 la Mesa del Senado adoptó el acuerdo siguiente:

No convocar sesiones de Pleno ni de Comisiones mientras se encuentre vigente el estado de alarma declarado por el Gobierno mediante 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, sin perjuicio de que puedan convocarse para la tramitación de asuntos de urgencia o para dar cumplimiento a las obligaciones constitucionalmente atribuidas al Senado cuando estas resulten inaplazables.

2. Mediante escrito número de registro 19.554, de fecha 2 de abril de 2020, el portavoz del Grupo Parlamentario Popular en el Senado solicita la convocatoria urgente de la Junta de Portavoces y de la Mesa del Senado para que, entre otros asuntos, se examine el siguiente:

Debate y análisis sobre la legalidad y constitucionalidad del acuerdo de la Mesa del Senado referente a no convocar sesiones de Pleno ni de Comisiones durante el estado de alarma, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 116.5 de la Constitución española y el artículo 1.4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, así como las consecuencias que se podrían derivar en el orden jurisdiccional sobre este acuerdo.

II. CONSULTA

En el escrito 19.554 se plantea, pues, la adecuación a Derecho del acuerdo de la Mesa del Senado transcrito más arriba. De forma concreta se solicita el análisis de su conformidad con lo previsto en el artículo 116.5 de la Constitución y con el artículo 1.4 de la norma legal que desarrolla el precepto constitucional, que es la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Adicionalmente se plantean las consecuencias de orden jurisdiccional del mencionado acuerdo.

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- El marco normativo en el que se ha de encajar el razonamiento jurídico que se solicita está integrado por los dos preceptos indicados.

El artículo 116.5 de la Constitución dispone lo siguiente:

No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en periodo de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados.

De la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, interesa a los efectos de la presente Nota su artículo primero, apartado cuatro, que establece: La declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado.

Existe, como resulta evidente, una conexión inmediata entre ambos preceptos: de hecho, el precepto legal, en la práctica, reproduce el contenido en la Norma Fundamental, si bien con una adición (la referente al «normal» funcionamiento) cuyo alcance es relevante para las conclusiones a las que se haya de llegar.

Segunda.- El artículo 116 de la Constitución constituye la base jurídica de la regulación de las situaciones de crisis estatal. No es el único precepto constitucional en la materia, pues cabe englobar en tal regulación las previsiones de los artículos 55 (suspensión individual de derechos fundamentales) y 169 (imposibilidad de reformar la Constitución cuando se halla declarado uno de los estados excepcionales); y, en otro ámbito, el artículo 155 (mecanismo excepcional para afrontar las situaciones de anomalía del Estado autonómico).

El constituyente quiso que, incluso en los momentos en los que el Estado se halla sometido a una situación crítica excepcional, se mantenga el principio fundamental del Estado constitucional de Derecho que establece el artículo 9.1: *los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*. Y lo están en todo momento, incluso cuando la crisis exige la declaración

de los estados de alarma, de excepción o de sitio. De lo contrario, en esos momentos la Constitución dejaría de ser la norma superior del ordenamiento jurídico español y el Estado de Derecho quedaría orillado. No cabe la suspensión de la Constitución. Y, en consecuencia, la regulación de los estados excepcionales se configura como un mecanismo de defensa de la Constitución.

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, es la norma de desarrollo directo prevista en el apartado 1 del artículo 116 CE.

El constituyente y el legislador orgánico optaron por establecer una regulación que juridificase en la medida de lo posible las situaciones en las que el ejercicio ordinario de los poderes del Estado no fuera posible. El artículo 1.1 de la Ley Orgánica 4/1981 establece que «Procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes». En eso consiste la excepcionalidad de la situación: en que los poderes ordinarios no son suficientes para garantizar la normalidad.

Sobre la base del artículo 116 CE, la ley orgánica establece la tipificación, necesariamente abierta, de los supuestos de crisis; la definición de las medidas a aplicar, con especial preocupación por las limitaciones de los derechos constitucionales; la proporcionalidad y la temporalidad de los distintos estados; el control parlamentario específico por el Congreso de los Diputados de los mismos; la no interrupción del funcionamiento de las Cámaras y de los demás poderes constitucionales en tanto dure la declaración; y el pleno control jurisdiccional de las disposiciones dictadas y de los actos adoptados con motivo de la declaración de la situación excepcional.

Tercera.- Los poderes constitucionales del Estado, sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico *ex* artículo 9.1 (por tanto también a la Ley Orgánica 4/1981), no deben interrumpir su funcionamiento en los estados de alarma, excepción y sitio.

Por poderes constitucionales hay que entender, al menos, los tres poderes clásicos: legislativo (Congreso de los Diputados y Senado), ejecutivo (Gobierno) y judicial (Jueces y Tribunales), así como el Tribunal Constitucional. Centrémonos en las Cámaras, y

singularmente en el Senado, para examinar las consecuencias que sobre su funcionamiento tiene la declaración de alguno de los estados excepcionales.

La propia Constitución adelanta de modo explícito algunos de esos efectos. Lo hace en el propio artículo 116. 5: (1) no cabe la disolución del Congreso, de lo que cabe, pues, inferir que sí sería posible la del Senado; (2) las Cámaras quedan automáticamente convocadas si no se hallaran en periodo de sesiones, formulación no excesivamente afortunada desde el punto de vista técnico, pero que cabe interpretar en el sentido de que no es preciso recurrir a los mecanismos de convocatoria de sesiones extraordinarias previstos en el artículo 73.2 CE para convocar sesiones plenarias o de comisión; y (3) si el Congreso se hallara disuelto o su mandato expirado, sus competencias serán asumidas por su Diputación Permanente.

En el segundo inciso del artículo 116.5 lo que dispone la Constitución para las Cámaras (pero no solo para ellas) es que no podrá interrumpirse su funcionamiento. Como se indicaba más arriba, el artículo 1.4 de la Ley Orgánica 4/1981 matiza que lo que no debe interrumpirse es el «normal» funcionamiento.

El concepto de funcionamiento de las Cámaras debe ser objeto de alguna reflexión, siquiera sea genérica.

Las Cámaras funcionan a través de las reuniones de sus órganos en los periodos ordinarios de sesiones previstos en el artículo 73.1 CE: septiembre a diciembre y febrero a junio. Los meses de enero, julio y agosto también lo hacen pues se pueden convocar sesiones extraordinarias de los mismos.

Las Cámaras disueltas o con el mandato expirado siguen funcionando a través de su Diputación Permanente.

También lo hacen cuando, constituidas tras las elecciones y antes de que se produzca la investidura del presidente del Gobierno, el Gobierno saliente se halla en funciones (STC 124/2018, sobre el control por el Congreso al Gobierno en funciones).

A su vez, los Reglamentos señalan qué días de la semana se pueden reunir los órganos parlamentarios y cómo se pueden reunir, en su caso, en días distintos.

Pero todo lo anterior no implica que las Cámaras se hallen reunidas en asamblea permanente, sino que sus órganos (Pleno, co-

misiones, ponencias, Mesa, Junta de Portavoces...) se reúnen cuando son reglamentariamente convocados. Hay días en que no hay sesiones parlamentarias, lo que no implica que las Cámaras hayan dejado de funcionar.

Existen además mecanismos, sobre todo en el ámbito del control parlamentario, que se pueden emplear sin limitaciones de naturaleza temporal. Es el caso de las preguntas para respuesta escrita o de las solicitudes de informe.

Cuarta.- Es preciso ahora detenerse en el adjetivo «normal» que el artículo 1.4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, añade a la previsión constitucional del artículo 116.5 de la que trae causa para intentar precisar su alcance.

La inclusión del mismo en el texto de la Ley Orgánica fue objeto de debate entre los diputados Pons Irazazabal (G.P. Socialista) y Alzaga Villaamil (G.P. Centrista), reflejado en el Diario de Sesiones de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados número 160, del día 21 de abril de 1981, páginas 9.888 a 9.891.

El primero (Pons Irazazabal) defendía la inclusión porque «debería quedar absolutamente claro que los estados excepcionales no son estados de congelación de la democracia; que los estados excepcionales deben desarrollarse con el funcionamiento normal de los órganos y de los poderes constitucionales y de las autoridades constitucionales»; y porque

A esta enmienda, en Ponencia y en Comisión, se le objetó que le sobraba una palabra; que se estaba de acuerdo, y no podía ser de otra manera, porque la Constitución dice literalmente que la declaración de los estados excepcionales no interrumpe el funcionamiento de los poderes y órganos constitucionales, pero que era excesivo pretender que durante estas situaciones excepcionales los órganos y poderes constitucionales, además de funcionar, funcionasen normalmente. Pues bien, el Grupo Parlamentario Socialista tiene la pretensión, que no le parece nada excesiva, de que ese funcionamiento sea el normal, es decir, el que les atribuyen las normas. ¿Y cuáles son las normas que regulan el funcionamiento de los poderes y órganos constitucionales? Nada menos que la Constitución y las leyes que la desarrollan. Tendrán en su poder más o menos poderes, pero el funcionamiento

será el normal y Dios nos libre de que ese funcionamiento no fuese el normal.

El segundo (Alzaga Villaamil), tras considerar que la *ratio legis* del artículo 116.5 de la Constitución era

garantizar la existencia vital de esta Cámara durante esos períodos, su no disolución y, por consiguiente, que igualmente ni se disuelvan ni se consideren entre paréntesis, los poderes públicos del Estado, que existen, y no vegetativa sino operativamente, es decir, en funcionamiento. Ese es el sentido y la interpretación correcta del artículo 116. Es obvio que el funcionamiento de los poderes públicos en los estados de excepción no es normal, sino más bien anómalo o excepcional, y que no se diga que cuando se quiere adjetivar de normal se quiere decir con arreglo al ordenamiento jurídico, porque si eso es lo que desea expresar el señor Pons, podemos ahorrarnos esos gramos de tinta legislativa, toda vez que el artículo 9.1 de nuestra Constitución —que es de general aplicación y que está en el título póstico de nuestra ley de leyes— establece que los poderes públicos están sujetos siempre a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. No es esa, por tanto, la interpretación que tendría sentido. Porque en cualquier caso, por disposición de nuestra norma fundamental, durante la vigencia de los estados a que se refiere la presente Ley Orgánica, los poderes públicos están acogidos a la legislación vigente. Durante los estados anómalos, seamos realistas, el funcionamiento de los poderes públicos es a la defensiva; en defensa de la sociedad y de su Estado en una situación anormal [...] En suma, como dice un constitucionalista alemán, en los estados de excepción no pierden temporalmente vigor las decisiones políticas fundamentales sobre la forma de convivencia de un pueblo, pero sí pueden perder transitoriamente vigencia las normaciones generales contenidas en leyes constitucionales, sobre cómo llevar a ejecución tales decisiones y en especial las normas dirigidas a la protección de las libertades públicas.

Las largas citas son relevantes porque ponen de manifiesto cual era la preocupación de los legisladores en el momento de aprobar la ley orgánica. Todo el debate transcrito en el Diario de Sesiones pone de manifiesto hasta qué punto el intento de golpe de Estado del 23 de febrero de 1981 pesaba en el ánimo de los diputados (de todos, no

solo de los reseñados). Como es evidente, la enmienda defendida por el Sr. Pons fue aprobada.

Sin embargo, de las intervenciones reseñadas puede concluirse que no había una diferencia sustancial entre las posiciones de sus autores. Se trataría de dos aproximaciones complementarias: la necesidad de garantizar que los poderes ejerzan sus funciones con la mayor normalidad posible, en todo caso sometidos a la Constitución y a las leyes, siendo conscientes de que es, precisamente en las situaciones de anomalía estatal, en las que el Estado entra en crisis, cuando el ejercicio ordinario de sus competencias resulta más complicado.

Solo así puede interpretarse un precepto que, de otra manera, introduciría una exigencia no prevista en la propia norma constitucional.

Quinta.- Delimitada así una interpretación constitucionalmente conforme del artículo 1.4 de la Ley Orgánica 4/1981, es preciso ahora examinar de qué manera afecta la situación generada por el COVID-19 y por la declaración del estado de alarma al funcionamiento del Senado.

Lo primero que ha de indicarse es que, como no podía ser de otra manera, ninguna de las previsiones del 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, prorrogado por Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, establece disposición ninguna que limite el funcionamiento constitucional del Senado.

Ello no obstante, a raíz de la prórroga y por resolución del Congreso, se incluyó una disposición adicional sexta en el real decreto que establece la obligación del Gobierno de remitir semanalmente al Congreso de los Diputados información documental estructurada de la ejecución de las distintas medidas adoptadas y valoración de su eficacia para contener el virus COVID-19 y mitigar su impacto sanitario, económico y social. En la reunión de la Junta de Portavoces del Senado del pasado 31 de marzo, y con el compromiso expresado por el secretario de Estado de Relaciones con la Cortes, el Gobierno remite al Senado la misma información, que se distribuye inmediatamente a los portavoces de la Cámara y a los miembros de

las Comisiones de Sanidad y Constitucional (del mismo modo que se hace en el Congreso).

Incluso, en el ámbito del personal al servicio de las Cámaras, la disposición adicional segunda, apartado 2, del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, señala que las medidas equivalentes serán adoptadas «por las autoridades competentes de las Cortes Generales». Se trata de una previsión respetuosa con la autonomía administrativa que el artículo 72 CE confiere a las Cámaras.

No es la declaración del estado de alarma la que ha alterado el normal funcionamiento del Senado. Lo que ha obligado a adoptar un conjunto de medidas que ha modificado radicalmente el normal desenvolvimiento de la actividad de la Cámara es la causa de dicha declaración: la pandemia causada por el COVID-19 y las gravísimas características de la misma, que han obligado a adoptar medidas para limitar el contagio y que afectan a la proximidad entre las personas, los desplazamientos de las mismas, la continuidad de las actividades empresariales y de la prestación de servicios, entre otras.

De forma resumida, cabe enumerar las medidas adoptadas por los órganos competentes de la Cámara para hacer frente a la situación. Como puede apreciarse, las mismas se van adoptando en reuniones sucesivas, cercanas en el tiempo, y adaptadas a la información existente en cada momento sobre la crisis de salud pública y sobre las crecientes limitaciones que comporta. Cabe señalar que se relacionan todas las de índole parlamentaria y solo las más relevantes, a efectos del funcionamiento de la Cámara, en el ámbito administrativo:

- Autorizar el voto telemático generalizado, mucho más allá de las estrictas previsiones contenidas en el artículo 92.3 del Reglamento del Senado. El acuerdo de la Mesa del día 12 de marzo de 2020 fue el siguiente: «Sin perjuicio del derecho de los Senadores y Senadoras a asistir a las sesiones plenarias, autorizar la emisión del voto telemático para todos ellos en relación con la autorización del Protocolo al Tratado del Atlántico Norte sobre la adhesión de la República de Macedonia del Norte hecho en Bruselas el 6 de

- febrero de 2019, incluida en el orden del día de la próxima sesión plenaria».
- Suspender los plazos reglamentarios. El acuerdo de la Mesa del día 12 de marzo de 2020 fue el siguiente: «Suspender desde el día 13 de marzo el cómputo de los plazos reglamentarios que afectan a las iniciativas que se encuentran en tramitación en la Cámara hasta que la Mesa levante la suspensión».
 - Adoptar dos acuerdos sucesivos sobre la convocatoria de plenos y comisiones. El primero, en la Mesa del día 12 de marzo de 2020, fue el siguiente: «Desconvocar las sesiones de las Comisiones de la Cámara y de sus órganos previstas para las próximas dos semanas». El segundo, adoptado en la reunión de la Mesa del día 17 de marzo, y que motiva la presente Nota, fue el siguiente: «No convocar sesiones de Pleno ni de Comisiones mientras se encuentre vigente el estado de alarma declarado por el Gobierno mediante 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, sin perjuicio de que puedan convocarse para la tramitación de asuntos de urgencia o para dar cumplimiento a las obligaciones constitucionalmente atribuidas al Senado cuando estas resulten inaplazables».
 - Autorizar la utilización de medios electrónicos para facilitar la presentación y registro de iniciativas parlamentarias sin necesidad de que los senadores, los funcionarios encargados del registro y el personal de los grupos parlamentarios tengan que desplazarse a la Cámara. El acuerdo se adoptó en la reunión de la Mesa del día 17 de marzo de 2020.
 - Limitar el horario del registro para la presentación de los anteriores documentos. En la reunión de la Mesa del día 12 de marzo de 2020 se acuerda lo siguiente: «Establecer como horario del Registro presencial del Senado, de 10 a 14 horas de lunes a viernes, salvo festivos».
 - Celebrar las reuniones de la Junta de Portavoces y de la Mesa por videoconferencia, aunque con presencia física de algunos de sus integrantes en el Palacio del Senado.
 - Establecer los servicios esenciales y determinar los servicios presenciales, reduciéndolos al mínimo imprescindible, facilitar

salvoconductos para el personal que deba acceder a la Cámara, así como potenciar los mecanismos para trabajar a distancia.

Sexta.- El conjunto de las medidas que se han adoptado por el Senado puede considerarse conforme a las previsiones constitucionales y legales indicadas al inicio de esta nota.

La dificultad mayor para un funcionamiento del Senado y de sus órganos más cercanos al que se puede considerar normal deriva de la imposibilidad jurídica y técnica para llevar a cabo sesiones plenarias y de comisión por videoconferencia. Dicha imposibilidad fue objeto de sendas notas, examinadas por la Junta de Portavoces y por la Mesa en sus respectivas reuniones del día 17 de marzo de 2020.

Pese a ello, el Senado no está cerrado. Sigue funcionando, adaptado a las circunstancias derivadas de la pandemia que originó la declaración del estado de alarma, circunstancias que están en permanente evolución:

- La Junta de Portavoces y la Mesa se reúnen con regularidad (con frecuencia menor de la habitual).
- Los senadores y los grupos parlamentarios continúan presentando iniciativas. En el caso de las preguntas para respuesta escrita y de las solicitudes de informe los senadores lo hacen en los niveles habituales. El Gobierno remite las correspondientes contestaciones, sin que la suspensión del plazo para la contestación haya tenido, hasta el momento, consecuencias apreciables.
- Se celebró una sesión plenaria el día 17 de marzo con un solo punto en el orden del día relativo a la autorización del Protocolo al Tratado del Atlántico Norte sobre la adhesión de la República de Macedonia del Norte hecho en Bruselas el 6 de febrero de 2019, en el que 259 senadores ejercieron su derecho al voto en forma telemática y solo cinco lo hicieron de forma presencial.
- El acuerdo de la Mesa de 17 de marzo, cuya adecuación constitucional y legal se cuestiona, no cierra la posibilidad de que se convoquen sesiones parlamentarias, sino que la limita, pues no debe olvidarse que sobre los órganos rectores de la Cámara pesa también una responsabilidad en el cuidado de la salud de quienes integran la Cámara y de quienes prestan sus servicios en ella. El acuerdo permite su convocatoria cuando por la Mesa del

Senado se aprecie urgencia o cuando se trate del cumplimiento de obligaciones constitucionales inaplazables.

Pues bien, tal es el supuesto que ha tenido lugar en la reunión de la Mesa del día 31 de marzo de 2020, cuando esta acordó «Autorizar la convocatoria de sesión de la Comisión General de las Comunidades Autónomas, al amparo del artículo 56 bis 3 del Reglamento, en el plazo más breve posible, para debatir la situación generada por el estado de alarma en las diferentes Comunidades Autónomas, como excepción al acuerdo adoptado por la Mesa del Senado en su reunión del día 17 de marzo de 2020», iniciativa formulada por un número suficiente de senadores del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, miembros de la citada Comisión.

Como consecuencia de lo anterior, el día 8 de abril ha tenido lugar la reunión de la Mesa con los portavoces de la Comisión General a efectos de examinar los asuntos correspondientes a la celebración de la sesión solicitada.

Séptima.- El acuerdo de la Mesa objeto de la presente nota puede considerarse jurídicamente correcto en los términos antes señalados y temporalmente adecuado a las circunstancias del momento en que se adoptó.

Ello no obsta a que, si las circunstancias de hecho que lo fundamentaron variasen, resulte procedente su adaptación a la nueva situación, en una suerte de extensión del principio de proporcionalidad que, a otros efectos, se prevé en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica. Se trataría, pues, de modular las limitaciones que el acuerdo establece, de forma que el funcionamiento del Senado se acerque a la normalidad en la medida en que las circunstancias excepcionales provocadas por el COVID-19 también vayan aproximándose a la deseada normalidad.

Octava.- Restaría únicamente examinar la pretensión que se formula en el último inciso del punto primero del escrito número 19554 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, consistente en «... las consecuencias que se podrían derivar en el orden jurisdiccional sobre este acuerdo».

Dos son, a primera vista, los ámbitos a los que pudiera derivarse esa hipotética pretensión procesal.

El primero sería el de la intervención del Tribunal Constitucional. Como ya se ha indicado, de lo señalado en esta nota no se deduce

infracción constitucional. Ello no obstante, la única vía procesal que cabría emplear sería la del recurso de amparo previsto en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por supuesta infracción del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE al ejercicio del cargo público representativo.

Menos aún cabe pensar en el ámbito de lo penal. Si no hay infracción constitucional, no hay margen para la eventual comisión de un delito. Pero además tampoco parece existir en el vigente Código Penal un tipo delictivo que se pudiera invocar en un supuesto como el que se examina.

IV. CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, cabe afirmar que el acuerdo de la Mesa del Senado de 17 de marzo de 2020, por el que se limita la convocatoria de las sesiones plenarias y de comisión del Senado, no infringe los artículos 116.5 CE y 1.4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

CRITERIO DE EQUIPARACIÓN O REPRESENTATIVIDAD EN LA REGULACIÓN DEL GRUPO PARLAMENTARIO MIXTO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 38/2022, DE 11 DE MARZO. RECURSO DE AMPARO NÚM. 4885-2020. (BOE NÚM. 84, DE 8 DE ABRIL DE 2022)

CRITERION OF EQUALITY OR REPRESENTATIVENESS IN THE REGULATION OF THE MIXED PARLIAMENTARY GROUP. COMMENTARY ON CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENT 38/2022, OR MARCH 11. CONCERNING THE APPEAL FOR LEGAL PROTECTION NUM 4885-2020. (BOE NUM. 84, OF APRIL 8, 2022)

Raquel MARAÑÓN GÓMEZ
Letrada de las Cortes Generales
<https://orcid.org/0000-0002-8729-0404>

RESUMEN

El Grupo Parlamentario Mixto del País Vasco y doña Amaia Martínez Grisaleña interponen recurso de amparo respecto de los acuerdos de la Mesa de la Cámara que definieron el régimen de ejercicio de sus funciones parlamentarias. El Tribunal declara la nulidad de los acuerdos de denominación del grupo parlamentario y de los que establecieron el número de iniciativas que podía presentar y sus intervenciones en los debates parlamentarios.

Palabras clave: Grupo Mixto, denominación del grupo, fijación número de iniciativas, tiempo de intervenciones.

Artículos clave: art. 23 CE., arts. 24 y 25 del Reglamento del Parlamento Vasco.

Resoluciones relacionadas: STC 39/2008 de 10 de marzo.

ABSTRACT

The mixed parliamentary group of the Basque Country and Miss Amaia Martínez Grisaleña file an appeal for legal protection regarding the agreements of the Bureau that defined the regime for the exercise of her parliamentary functions. The Court declares the nullity of the name agreements of the parliamentary group and of those that established the number of initiatives that it could present and its interventions in parliamentary debates.

Keywords: Mixed Parliamentary Group, group name, fixing the number of initiatives, time of interventions.

Key articles: art. 23 CE., arts 24 y 25 of the Standing Orders of Basque Parliament.

Related decisions: STC 39/2008, March 10.

I. ANTECEDENTES

La sentencia comentada trae causa del recurso de amparo promovido por el Grupo Parlamentario Mixto del Parlamento Vasco y doña Amaia Martínez Grisaleña, diputada del citado Parlamento contra los Acuerdos de la Mesa del Parlamento Vasco de 13 de agosto y de 8 de septiembre de 2022 en los que, en primer lugar, se desestimó y en segundo lugar, se rechazó en trámite de reconsideración, determinadas solicitudes de la diputada formuladas en calidad de portavoz del Grupo Parlamentario Mixto, en relación con el número de asistentes asignados a cada grupo parlamentario, la denominación del grupo y los órdenes del día e intervenciones del Grupo Parlamentario Mixto en el Parlamento Vasco.

El fallo parcialmente estimatorio cuenta con dos votos particulares.

En las elecciones al Parlamento Vasco celebradas el 12 de julio de 2020, la candidatura del partido político VOX obtuvo una única acta de diputado que correspondió a doña Amaia Martínez Grisaleña. En virtud de las previsiones reglamentarias contenidas en los artículos 24.1 y 25.1 del Reglamento del Parlamento Vasco, al no alcanzarse la cifra mínima de tres diputados que permitirían la constitución de un grupo propio, quedaría integrada en el Grupo Parlamentario Mixto.

El artículo 24 de su Reglamento contiene las reglas para la constitución de los grupos con una regulación similar a las contenidas en otros reglamentos parlamentarios. De tal manera que las parlamentarias y parlamentarios, en número no inferior a tres, podrán constituirse en grupo parlamentario.

Asimismo, no podrán constituirse ni fracciones en grupos parlamentarios diversos quienes en las elecciones hubieran comparecido ante el electorado bajo un mismo partido político, federación o bajo una misma agrupación de electores. Solo quienes hubiesen concurrido en coalición de partidos podrán constituirse o fraccionarse en tantos grupos parlamentarios como partidos políticos conformen la coalición siempre que alcancen el número mínimo de tres.

Ninguna parlamentaria o parlamentario podrá formar parte de más de un grupo y añade el citado artículo 24 que, la constitución de los grupos parlamentarios deberá realizarse dentro de los cinco días

siguientes a la sesión constitutiva del Parlamento, mediante escrito dirigido a la Mesa de la Cámara. Ese escrito deberá ir firmado por todas y todos los que deseen constituir el grupo y deberá constar la denominación de este y los nombres de todos sus miembros, de su portavoz y de una o más sustitutas y sustitutos, así como el miembro designado para formar parte de la Comisión del Estatuto del Parlamentario.

Por su parte, el artículo 25 de su Reglamento recoge las reglas de funcionamiento de los grupos parlamentarios una vez constituidos en los siguientes términos:

En primer lugar, las parlamentarias y parlamentarios que conforme a lo establecido en los artículos precedentes no quedaran intergrados en un grupo parlamentario en los plazos señalados quedarán incorporados al Grupo Mixto y añade que la participación del Grupo Mixto será idéntica a la de los restantes grupos. Destacamos de esta regulación, porque resultará decisiva para la resolución del recurso, que la elección del Reglamento es el criterio de identidad en cuanto a la participación del Grupo Parlamentario Mixto en la actividad de la Cámara.

El Grupo Mixto se regirá por los acuerdos a que internamente lleguen sus miembros. Ante la imposibilidad de alcanzarlos o cuando sobreviniera la ruptura de los acuerdos, el Grupo Mixto, a instancia de cualquiera de sus miembros, procederá a elaborar y aprobar por mayoría absoluta de sus integrantes un Reglamento interno de organización y funcionamiento. Dicho Reglamento, así como las eventuales modificaciones o adaptaciones del mismo que como consecuencia de las variaciones del número y composición de los miembros del Grupo Mixto hayan de adoptarse, garantizará la expresión de la pluralidad interna del grupo bajo la supervisión, a estos únicos efectos de la Mesa de la Cámara y ordenará su publicación el Boletín Oficial del Parlamento Vasco. En caso de no alcanzarse la mayoría exigida para su aprobación, la Mesa de la Cámara resolverá definitivamente sobre las reglas de funcionamiento de este grupo durante toda la legislatura.

Añade la previsión reglamentaria que las intervenciones en los debates de los componentes del Grupo Mixto tendrán, en su conjunto, la misma duración que la de un grupo parlamentario. Destacable también a los efectos de la sentencia comentada el inciso

final de este artículo en el que se establece que los miembros del Grupo Mixto podrán formular con su sola firma, y a título personal, enmiendas, votos particulares, interperaciones, preguntas, mociones o cualesquiera otras iniciativas parlamentarias, teniendo todos los miembros del Grupo Mixto la condición de portavoces habilitados, sin perjuicio de quien lo sea en cada caso particular. Profundiza por tanto el Reglamento en el criterio de identidad de participación del Grupo Parlamentario Mixto que concreta en los tiempos de intervención en el debate y en la posibilidad de presentación de iniciativas.

El inicio de la legislatura trae consigo, que tras la constitución de los grupos parlamentarios, uno de los primeros acuerdos que debe adoptar la Mesa de la Cámara es la distribución de cupos para la presentación de iniciativas que permitirán echar a andar los debates parlamentarios, estableciendo los criterios de inclusión en los respectivos órdenes del día de los plenos y comisiones. En ese marco es donde surge la conflictividad que es objeto de recurso. Por un lado, respecto a la propia denominación del grupo parlamentario al que no se le permite dar entrada al nombre de la formación política de referencia, VOX, y por otro lado, los cupos y tiempos de debate asignados al Grupo Parlamentario Mixto, conformado este con una única diputada, Doña Amaia Martínez Grisaleña, que se había presentado a las elecciones autonómicas por el partido político VOX.

En el Acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco de 13 de agosto de 2020 no se accedió a la propuesta de la recurrente y diputada de VOX de cambio de la denominación del Grupo Parlamentario Mixto por el Grupo Parlamentario VOX o alternativamente Grupo Parlamentario Mixto-Vox y se aprobó la propuesta de otros grupos de establecimiento de los órdenes del día y tiempos de debate en las sesiones plenarias de tal manera que al Grupo Mixto le correspondía la posibilidad de incluir una iniciativa (proposiciones de ley, no de ley, mociones consecuencia de interpelación) cada tres plenos ordinarios. Se limitaba el tiempo de intervención en los debates a un tercio de lo previsto para el resto de grupos pudiendo, finalmente, incluir una interpelación y cuatro preguntas orales cada tres plenos de control al Gobierno y se ponía a disposición del Grupo Mixto un asistente para el desarrollo de sus funciones parlamentarias.

Este acuerdo fue objeto de reconsideración por la diputada alegando que suponía una arbitraria y discriminatoria limitación con el propósito, según sus palabras, de imponerle a ella y a su formación política, un cordón sanitario que limite a la mínima expresión posible su presencia y actividad en el Parlamento Vasco. Apoya sus afirmaciones en el estatus que se concedió en términos de comparación a otros grupos parlamentarios y en concreto con el tratamiento que recibieron grupos parlamentarios mixtos en legislaturas precedentes. A juicio de la recurrente los acuerdos impugnados manifiestamente innovan o contradicen con toda claridad lo dispuesto en el Reglamento parlamentario vasco, en una previsión que juzga establecida para defender a las minorías. Como hemos tenido ocasión de destacar en líneas anteriores, la dicción reglamentaria vasca en cuanto a la regulación de la participación del Grupo Parlamentario Mixto, establece un criterio de identidad o equiparación y no de representatividad.

Por la representación del Parlamento Vasco se alega, en primer lugar, que la inscripción de los diputados en el Grupo Mixto se produce *ope legis* y no contemplan la figura del parlamentario no adscrito, y por ello, se integran a título individual y no como miembros de una formación política en un grupo con una homogeneidad artificial a fin de poder disfrutar de las ventajas que el Reglamento de la Cámara ofrece al resto de grupos parlamentarios. Considera que la regulación vasca es una remedo, aunque con una técnica legislativa deficiente del artículo 29 del Reglamento del Congreso de los Diputados, en el que se establece que todos los grupos parlamentarios, con las excepciones previstas reglamentariamente, gozan de idénticos derechos. Por tanto, a su juicio, ambos Reglamentos establecen el principio de igualdad entre los grupos parlamentarios que se configuraría en palabras de Rubio Llorente como una igualdad de segundo grado e imperfecta, puesto que las diferencias existentes entre los grupos hacen que la igualdad solo sea posible como proporcionalidad, de modo que se refleje también así el principio de pluralismo político. En definitiva, consideran que es una atemperación de las facultades del Grupo Mixto en los plenos de la Cámara para evitar que una interpretación literal del Reglamento conduzca a resultados desproporcionados o injustos. La rotundidad con la que expresa ese criterio el artículo 25 del Reglamento vasco contrasta con la regulación del Reglamento

del Congreso de los Diputados en la que también el artículo 25, no se decanta ni por el criterio de equiparación o identidad, ni por el de representatividad en su tenor literal. A esta parquedad hay que sumar la doctrina constitucional en la que en relación al régimen jurídico del Grupo Mixto, el Tribunal ha admitido implícitamente que las circunstancias en las que los diputados del Grupo Mixto pueden desarrollar sus derechos representativos «no son iguales» que las circunstancias de los demás parlamentarios (Auto del Tribunal Constitucional 18/2002, de 11 de febrero).

De tal modo, en palabras de Galindo Elola-Olaso¹ el principio básico sobre el que se sustenta el precepto reglamentario del Congreso de los Diputados es la necesidad de alcanzar un acuerdo entre los integrantes del Grupo Mixto y añade que no cabe que amparándose en su heterogeneidad obtenga una posición privilegiada que pudiera resultar atentatoria contra el principio de proporcionalidad perjudicando a los grupos parlamentarios que se hubieran constituido válidamente al reunir los requisitos reglamentarios.

El Ministerio Fiscal por su parte advierte que el tratamiento que se dispensa al Grupo Parlamentario Mixto en los acuerdos de Mesa recurridos supone un trato diferenciado y conlleva una reducción y limitación de las iniciativas parlamentarias frente al resto de grupos de la Cámara vasca porque altera la igualdad que establece el Reglamento entre todos los grupos y acude a la proporcionalidad, lo que quiebra la igualdad en el ejercicio del derecho de participación política de la recurrente, imponiéndole una limitación con carácter general para toda la legislatura.

Ninguna de las partes había objetado la especial trascendencia constitucional del recurso que, en todo caso, es apreciada por el Tribunal al considerar que era preciso establecer un pronunciamiento constitucional sobre el derecho de participación política de los diputados que integran el Grupo Mixto, su ejercicio, funciones y facultades de iniciativa y actuación parlamentaria.

¹ Galindo Elola-Olaso, F. (2021). Artículo 25. En *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*. Cortes Generales.

II. COMENTARIO

Los grupos parlamentarios son el trasunto de los partidos políticos y son sujetos fundamentales de la vida parlamentaria, auténticos protagonistas de su día a día, ocupando una suerte de monopolio que relega en muchos casos al parlamentario individual a un segundo plano y no son pocas las voces que reclaman una mayor visibilidad y protagonismo para el parlamentario individualmente considerado. De hecho, el Parlamento decimonónico se consideraba un Parlamento que giraba en torno al representante que se agrupaba inicialmente en fracciones o clubes, germen de los partidos políticos y hoy en día asistimos, sin embargo, a un Parlamento grupocrático, pues son los grupos parlamentarios, los sujetos principales de la vida en la Cámara.

Sobre la naturaleza de los grupos parlamentarios han corrido ríos de tinta. Como sintetiza Ripollés Serrano², la doctrina oscila entre la consideración de meras asociaciones de derecho privado investidas de funciones públicas (Torres del Moral), órganos de las Cámaras (García Martínez), órganos de los partidos políticos (Ciaurro) o entes dotados de naturaleza dual considerados como órganos de los partidos y órganos de las Cámaras (Pizzorruo).

Los grupos parlamentarios poseen una dimensión instrumental o facilitadora de la toma de decisiones, pero también una dimensión política. Como indica Pauner Chulvi³ si los partidos deben expresar la voluntad popular en los órganos del Estado, precisan de un instrumento que realice esa tarea con cierta eficacia y este instrumento ubicado en el interior de los actuales Parlamentos es el grupo parlamentario.

El Grupo Parlamentario Mixto surge como consecuencia reglamentaria de la necesidad de adscripción a un grupo parlamentario en el supuesto en el que no se han cumplido los requisitos para la constitución de grupo parlamentario propio, bien por no alcanzar el número suficiente de parlamentarios exigido o por otras exigencias reglamentarias. No recoge el Reglamento del Parlamento Vasco la

² Ripollés Serrano, R. (2014). Los grupos parlamentarios. *Diccionario de términos de derecho parlamentario*. La ley.

³ Pauner Chulvi, C. (2010). El Estatuto de los parlamentario en un contexto multinivel: las relaciones entre parlamentarios, grupos y partidos en *Revista de Derecho Político*. Madrid nº 78, p. 223.

figura del diputado no adscrito originario como, por ejemplo. regula el artículo 26 del Reglamento del Parlamento de Cantabria que considera diputados no adscritos a aquellos que no se hayan integrado en el grupo parlamentario correspondiente a la formación política en cuya candidatura hayan concurrido a las elecciones. Es decir, que aun en el supuesto de la existencia de un único diputado sin grupo parlamentario, este se integraría en el Grupo Parlamentario Mixto y conforme al tenor del Reglamento en plenitud de derechos y equiparación al resto de grupos parlamentarios de la Cámara. En otras regulaciones autonómicas como la de Castilla la Mancha, la condición de no adscrito vendría condicionada por el número de diputados que no pudieran constituir grupo. Así en un número inferior a tres no formarían el Grupo Parlamentario Mixto, sino que tendrían la condición de diputados no adscritos.

Los diputados no adscritos surgen como respuesta reglamentaria para evitar el transfuguismo en supuestos generalmente sobrevenidos en los que la convivencia entre el parlamentario y su grupo de origen deviene imposibles y se produce bien una expulsión o un abandono voluntario del grupo pero también cabe, como hemos tenido ocasión de exponer, la figura del diputado no adscrito originario.

La diferencia de estatus entre los diputados no adscritos y el Grupo Parlamentario Mixto viene dada por el hecho de que los diputados no adscritos gozan exclusivamente de los derechos individualmente reconocidos en el Reglamento. No procede en estas líneas hacer un estudio detallado de la figura del diputado no adscrito si bien conviene indicar que la intensidad de ejercicio de sus derechos está modulada y mediatiza por el papel tan relevante de los grupos parlamentarios. En relación a las distintas iniciativas parlamentarias habrá que estar siempre a la configuración reglamentaria de las mismas, si bien en función de los perfiles de las habituales regulaciones reglamentarias podemos indicar que suele atribuirse en exclusiva a los grupos parlamentarios la posibilidad de presentar comparencias, proposiciones no de ley, solicitudes de debate monográfico, declaraciones institucionales y propuestas de candidatos para cargos elegidos o designados por la Cámara, supuestos todos ellos que les estaría vetado. A ello habría que añadir que les sería dificultado el

acceso a las iniciativas para cuyo perfeccionamiento se necesita la firma de una pluralidad de diputados.

La modulación de la intensidad del ejercicio de estos diputados ha determinado que autores como Calatayud Chover⁴ los considere diputados residuales.

El supuesto que nos ocupa, aún tratándose de una única diputada, es la de única integrante y portavoz del Grupo Parlamentario Mixto por previsión reglamentaria por lo que es este el marco de análisis.

Comienza el Tribunal recordando la jurisprudencia constitucional sobre el alcance de la autonomía parlamentaria y el *ius in officium*. La autonomía normativa que consagra el artículo 72 de la Constitución española determina que el estatuto del parlamentario viene determinado por su propio Reglamento interno y una vez aprobado encuentra su límite en el respeto a los derechos de los parlamentarios. El derecho fundamental de participación del artículo 23 de la Constitución, el llamado *ius in officium* ha de ponerse en conexión con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos. Sobre este, como nos recuerda el Tribunal, existe una reiterada doctrina que lo perfila como un derecho de configuración legal que comprende tanto el acceso como la permanencia en el ejercicio del cargo y su desempeño con la ley sin tener perturbaciones ilegítimas.

La eventual infracción del *ius in officium* tiene relevancia constitucional siempre que afecte al núcleo de la función representativa parlamentaria. Así lo establecen las Sentencias del Tribunal Constitucional 159/2019, 69/2021, 137/2021 entre otras que consideran como pertenecientes al núcleo de la función representativa las que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción de gobierno.

Partiendo de que la pertenencia a un grupo parlamentario es obligada y previa al despliegue de la actividad parlamentaria y en tal sentido «no cabe duda de que la facultad de constituir un grupo parlamentario, en la forma y con los requisitos que el Reglamento establece, corresponde a los diputados, y que dicha facultad pertenece

⁴ Calatayud Chover, D. (2000). «Unas consideraciones sobre los tránsfugas en los parlamentos autonómicos (o la sensación de ser unos incomprensidos)». En *Corts. Anuario de Derecho Parlamentarios*. – Valencia.- nº 9, p. 245.

al núcleo de su función representativa parlamentaria» (Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2002, de 11 de marzo).

En relación al ejercicio del *ius in officium* en el Grupo Mixto destaca el Tribunal tres ideas principales. En primer lugar, que la pertenencia a un grupo parlamentario se erige en *conditio sine qua non* para el normal desenvolvimiento de la actividad parlamentaria. En segundo lugar, la integración en el Grupo Mixto es automática y se hace a título individual y, en tercer lugar, serán las condiciones establecidas reglamentariamente sobre la participación del Grupo Mixto y sus integrantes en las diferentes actividades las que conformen el estatuto jurídico de los parlamentarios que lo integren, pudiendo introducirse criterios de modulación respecto a su participación en los órganos y actividades de la Cámara o establecerse una participación idéntica.

La sentencia aborda posteriormente la impugnación del recurrente sobre el acuerdo de la Mesa relativo al número de asistentes asignados a cada grupo parlamentario, que no es acogida por el Tribunal al considerar que, en este concreto caso, el acuerdo de Mesa impugnado cumple el mandato reglamentario y se ha ajustado al grado de representatividad del único integrante del Grupo Mixto, al exigir el artículo 28.2 del Reglamento del Parlamento Vasco, como criterio determinante de la asignación de asistentes, el de la representatividad obtenida en el proceso electoral previo.

La invocación a precedentes de legislaturas anteriores en las que el Grupo Mixto gozó de un mayor número de asistentes como uso reglamentario invocado no puede prevalecer sobre la norma reglamentaria y, haciendo suya la argumentación del Ministerio Fiscal, tampoco por el recurrente se ha justificado en que medida la asignación de un solo asistente ha menoscabado o limitado la función parlamentaria, más allá de la obvia facilidad para el ejercicio de la función parlamentaria que supone disponer de mayores medios

Con relación al acuerdo de Mesa denegatorio de la denominación solicitada por el Grupo Mixto que recordamos solicitó incluir la denominación VOX, parte el Tribunal de la especial relevancia que tiene la denominación para particularizar ante la sociedad la existencia y actividad de un partido político.

El Grupo Mixto conforme al artículo 25.2 del Reglamento del Parlamento Vasco se regirá por los acuerdos a los que internamente lleguen sus miembros, en el caso que nos ocupa, su miembro único. Conforme a los usos parlamentarios existen tres precedentes en los que el Grupo Mixto con un único miembro añadió la denominación del partido político de referencia para designar el Grupo. Este es el caso de Grupo Mixto Unidad Alavesa, Grupo Mixto Aralar y Grupo Mixto Unión Progreso y Democracia (UPyD). La denegación de la denominación propuesta por acuerdo de la única integrante del Grupo Mixto, de manera inicial, careció de motivación según el Tribunal, para con posterioridad basar la desestimación en el hecho de que no existe confusión alguna en la denominación y, en un lacónico, que «esta es la adecuada reglamentariamente». El Tribunal considera que el derecho a la denominación se integra en el estatuto jurídico del Grupo Parlamentario Mixto y que es una aplicación de la facultad de autoorganización y que la Mesa se ha apartado, por tanto, de los usos parlamentarios seguidos anteriormente sin haber aportado una argumento justificativo. Aun no existiendo posible confusión de siglas al estar el Grupo Parlamentario Mixto integrado por una única diputada, la privación de la denominación VOX en la nomenclatura del grupo restaba visibilidad a la formación política subyacente al omitirse en todas las referencias en el debate parlamentario. En mayor medida podía considerarse agraviado el grupo recurrente a tenor de los precedentes obrantes en la Cámara que sí habían facilitado esa identificación para otras formaciones políticas como UPyD, Aralar o Unión Alavesa que también como resultado de las elecciones habían dado un único diputado, integrante único del Grupo Parlamentario Mixto.

Por último, como tercer aspecto objeto del recurso, se aborda el acuerdo de la Mesa sobre órdenes del día e intervenciones del Grupo Mixto. Descartado por el Tribunal juicios de intencionalidad política sobre eventuales cordones sanitarios para minimizar la intervención de la diputada de VOX, los hechos de exclusivo análisis, son si cada grupo parlamentario podría incluir hasta dos iniciativas (proposiciones de ley y no de ley, mociones como consecuencia de interpelación) en cada sesión plenaria. Para el Grupo Mixto el cupo era de una cada tres plenos ordinarios. De igual modo, el tiempo de intervención del

Grupo Mixto en todos los debates era de un tercio del correspondiente al resto de los grupos y, para las sesiones de control, solo podía incluir una interpelación y cuatro preguntas orales cada tres plenos de control al Gobierno.

A juicio del Tribunal, en el Reglamento del Parlamento Vasco con una vocación protectora del respeto al derecho de los grupos minoritarios de la Cámara se establece un régimen de igualdad para todos los grupos parlamentarios con independencia del número de componentes del mismo. Para los restantes grupos de la Cámara se utilizó por tanto un criterio de equiparación mientras que, al Grupo Mixto, de manera diferenciada, fue de representatividad apoyada esta en una modulación de la participación efectiva que contraviene el tenor literal del Reglamento. La existencia de un criterio de identidad como mandato regulatorio determina que el Grupo Parlamentario Mixto ha de tener igualdad de derechos en tiempos de intervención y posibilidad de participación en la presentación de iniciativas aunque con ello, dada su composición de miembro único, se genere una situación de sobrerrepresentación. Esta situación de sobrerrepresentación ya había tenido lugar en ocasiones anteriores como ponen de manifiesto los precedentes sin que por ello se hubiera cuestionado o instado a su modificación en la búsqueda de una regulación basada en el criterio de representatividad que posibilitase a la Mesa realizar la pretendida modulación de la participación de este grupo minoritario.

A la sentencia, como anticipamos, se formularon dos votos particulares discrepantes. En síntesis, en el voto particular del magistrado Xiol Ríos, en relación con la denominación Grupo Mixto VOX, considera que asociar la idea de la vulneración del artículo 23.2 de la Constitución Española a la pérdida de oportunidad de publicitación del partido político al que pertenece la única diputada integrante del Grupo Mixto no resulta expresivo de una limitación objetiva al contenido material del derecho fundamental, estableciendo una inadecuada confusión entre el titular del *ius in officium* y el partido al que pertenece. De igual modo, cuestiona la capacidad de autoorganización para establecer reglas internas de organización y funcionamiento en un grupo de un único miembro.

El segundo voto particular lo firman los magistrados Conde Pumpido Tourón, Saez Valcárcel y Montalbán Huertas, quienes, de

igual modo, respecto a la denominación consideran que la pretensión de amparo debía haber sido desestimada pues la norma reglamentaria no contiene un mandato de incluir una denominación específica y, en el caso del Grupo Mixto, es una configuración automática y residual, que no forma parte pues del *ius in officium* una determinada denominación del grupo y que los usos parlamentarios no pueden pese a su valor hermenéutico congelar decisiones de la Cámara apoyadas en la composición representativa.

Disiente el voto particular de la interpretación literal del Reglamento de exigencia de una igualdad de trato que a su juicio genera una sobrerrepresentación, gozando en aplicación del mismo, de una injustificada posición preponderante en perjuicio de la representatividad que debiera haber llevado en su opinión a considerar razonable y proporcionado que la Mesa modulara su participación al existir razonabilidad en el trato diferencial.

III. CONCLUSIONES

A juicio del Tribunal, como hemos tenido ocasión de destacar, el Reglamento del Parlamento Vasco posee una vocación protectora del respeto al derecho de los grupos minoritarios de la Cámara que, en consecuencia, establece un régimen de igualdad para todos los grupos parlamentarios con independencia del número de componentes del mismo. En los acuerdos objeto de impugnación la Mesa había utilizado para los restantes grupos de la Cámara el criterio de equiparación mientras que para el Grupo Mixto, de manera diferenciada, fue el de la representatividad apoyada esta en una modulación de la participación efectiva que contraviene el tenor literal del Reglamento y, *de facto*, aunque el Tribunal no realiza juicios de intencionalidad política, supuso un cordón sanitario, reduciendo la participación en la Cámara.

La posibilidad de incluir la denominación de VOX en la nomenclatura del Grupo Parlamentario Mixto, restaba visibilidad a la formación política subyacente y es contraria a los precedentes existentes en la Cámara en los que hasta en tres ocasiones grupos parlamentarios mixtos con un único integrante habían incluido el nombre referente a la formación política en su denominación del

grupo. El derecho a la denominación se integra en el estatuto jurídico del grupo parlamentario mixto y es una aplicación de su facultad de autoorganización.

En cuanto a la regulación de los debates, cupos de iniciativas y tiempos de intervención, el criterio de ordenación de la participación necesariamente ha de ser el de equiparación o identidad entre todos los grupos parlamentarios en virtud del tenor literal del artículo 25 de Reglamento vasco, que de manera muy clara evidencia la voluntad regulatoria. Dispuesto de este modo el Reglamento, queda integrado en su estatuto jurídico y en el núcleo de su función representativo de modo que la pretendida modulación en atención a la representatividad vulnera el artículo 23.2 de la Constitución española.

No se contempla en el Reglamento parlamentario vasco la figura del diputado no adscrito originario y por tanto la eventual modulación en el ejercicio de sus derechos que podría suponer la existencia de esta figura para la que está impedido el acceso a iniciativas que corresponden a los grupos parlamentarios, no puede realizarse a través de un acuerdo de Mesa que socava el criterio de equiparación de todos los grupos parlamentarios que figura en el tenor del reglamentario vasco.

ELECCIÓN DE LA MESA O LA CUADRATURA DEL
CÍRCULO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 35/2022, DE 9 DE
MARZO. RECURSO DE AMPARO NÚM. 4409-2019.
(BOE NÚM. 84, DE 8 DE ABRIL DE 2022)

THE ELECTION OF THE BUREAU OR THE SQUARING OF THE
CIRCLE.COMMENTARY ON CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENT
35/2022, OF MARCH 9. CONCERNING THE APPEAL FOR LEGAL
PROTECTION NUM. 4409-2019. (BOE NUM. 84, OF APRIL 8, 2022)

María GARROTE DE MARCOS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid
<https://orcid.org/0000-0003-2388-5991>

RESUMEN

La presente sentencia resuelve un recurso de amparo parlamentario que examina la posible vulneración del derecho a formar parte de la Mesa de la Asamblea de Madrid de una candidata que, pese a pertenecer a una formación política con un significativo número de diputados, no resultó elegida en las votaciones celebradas. La controversia surge por la inadecuación de las previsiones del Reglamento de la Asamblea con el mandato de proporcionalidad contenido en el Estatuto de Autonomía. A juicio del Tribunal Constitucional, el presidente de la Mesa de edad debería haber interpretado la normativa reglamentaria de acuerdo con la prescripción estatutaria. La sentencia aborda importantes cuestiones pero la solución adoptada suscita muchas dudas y no resuelve la raíz del problema.

Palabras clave: recurso de amparo parlamentario, sesión constitutiva, Asamblea de Madrid, Mesa, Mesa de edad, proporcionalidad.

Artículos clave: art. 23 CE, art. 12.2 c) EAM, arts. 9, 19, 11, 51, 52, 49 y 55 RAM.

Resoluciones relacionadas: SSTC 199/2016, 32/1985, 36/1990, 93/1998.

ABSTRACT

This ruling resolves an appeal against parliamentary decisions that examines the possible infringement of the right to sit on the Madrid Assembly's bureau of a candidate who, despite belonging to a political party with a significant number of deputies, was not elected in the votes held. The controversy arises from the inadequacy of the provisions of the Assembly's rules of procedure with the mandate of proportionality contained in the Statute of Autonomy. In the opinion of the Constitutional Court, the chair of the Bureau of age should have interpreted the regulations in accordance with the statutory prescription. The ruling addresses important issues, but the solution adopted raises many doubts and does not resolve the root of the problem.

Keywords: appeal against parliamentary decisions, constituent sitting, Madrid Assembly, bureau, bureau of age, proportionality.

Key articles: art. 23 of the Spanish Constitution, art. 12.2 c) of the Statute of Autonomy of Madrid, arts. 9, 19, 11, 51, 52, 49 and 55 of the Madrid Assembly's rules of procedure.

Related decisions: SSTC 199/2016, 32/1985, 36/1990, 93/1998.

I. ANTECEDENTES

La sesión constitutiva del Parlamento marca el inicio efectivo de la legislatura y supone, además del perfeccionamiento del mandato de los representantes, el momento en que comienzan a contar una serie de plazos, como por ejemplo el de la constitución de los grupos parlamentarios. La organización y desarrollo de esa sesión está regulada de manera muy semejante en todas las comunidades autónomas, siguiendo el modelo previsto para el Congreso de los Diputados, aunque con algunas particularidades (Sanz Pérez, 2011, pp. 243-252).

La Mesa de edad es el órgano de gobierno, de carácter transitorio, que preside la sesión constitutiva. Sus miembros tienen predetermined su condición por razón de la edad: será presidente el mayor de los presentes y secretarios los dos más jóvenes. La Mesa de edad se encarga de verificar la constitución de la Cámara y de iniciar sus primeros actos, sobre todo en lo relativo a la elección de Mesa. Se constituye al inicio de la sesión constitutiva y se disuelve al terminar la elección de los miembros de la Mesa. Aunque breve, el mandato de la Mesa de edad posee una relevancia extraordinaria para el adecuado desenvolvimiento de esta sesión inicial (Boyra, 2012, p. 46).

Hasta 2015 el desarrollo de la sesión constitutiva y, sobre todo, la elección del presidente y demás miembros de la Mesa, había sido una cuestión pacífica, en la que, más allá de algunas incidencias de índole política, prevalecía la solemnidad y monotonía de un acto de trámite (Greciet, 2017, p. 107). Sin embargo, la progresiva fragmentación del sistema de partidos ha conducido a que nuevas formaciones políticas obtengan representación parlamentaria en todos los niveles, aumentando los actores políticos y, con ellos, los grupos parlamentarios de las Cámaras. Este incremento de formaciones políticas y el limitado número de puestos a cubrir ha comenzado a plantear situaciones problemáticas cuando no ha existido acuerdo político entre las diversas fuerzas.

La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 199/2016, de 28 de noviembre, resolvió un recurso de amparo parlamentario contra la decisión del presidente de la Mesa de edad, que, haciendo una interpretación de las previsiones del Reglamento del Parlamento de Andalucía (RPA), proclamó como secretario tercero a un diputado de

Izquierda Unida (IU), desplazando a la diputada del Partido Popular, que había obtenido mayor número de votos. En ese caso, el presidente de la Mesa de edad trató de conjugar dos normas aparentemente contradictorias: por una parte, el art. 36 RPA, que declara que los partidos, federaciones y coaliciones que hayan obtenido representación parlamentaria suficiente como para formar grupo parlamentario tendrán derecho a estar presentes en la Mesa; y, por otra, los arts. 33 y 34 del RPA, que describen con detalle el procedimiento de votación de los miembros de la Mesa y que no tienen en cuenta la anterior previsión.

Aquella sentencia tuvo un impacto notabilísimo y fue objeto de no pocos comentarios (entre otros, Aranda, 2015; Vázquez, 2016; Marañón, 2017; Greciet, 2017). Era la primera vez que el Tribunal Constitucional examinaba el procedimiento de elección de la Mesa y lo hacía, además, con respecto a la interpretación adoptada por el presidente de la Mesa de edad. Con independencia del fallo, que fue estimatorio del amparo, la STC 199/2016 planteó cuestiones de indudable interés: las facultades que ostenta el presidente de la Mesa de edad en la dirección y ordenación de la sesión constitutiva, y si dentro de estas se encuentra la de interpretación del Reglamento; la garantía de la necesaria seguridad jurídica o derecho de predeterminación normativa del procedimiento de acceso a los cargos públicos; o las dificultades que puede provocar la ejecución de la sentencia estimatoria del amparo (Vázquez, 2016, p. 346).

La sentencia que pasamos a comentar tiene muchos puntos en común con la de 2016 aunque hay dos diferencias que la dotan de una especial significación: la eventual contradicción de normas aplicables se produce entre lo prescrito en el Estatuto de Autonomía y el Reglamento parlamentario, y no entre dos normas del Reglamento. Junto a ello, el recurso se interpone contra el acto de proclamación de los miembros de la Mesa, pero no cuestionando la concreta interpretación que hace el presidente de la Mesa de edad, sino precisamente reprochando la ausencia de interpretación.

El recurso de amparo es resuelto por el Pleno con una sentencia que no tiene efectos prácticos –a diferencia de lo que ocurrió con la de 2016– pero que no termina de resolver el problema latente y, sin embargo, puede generar otros nuevos.

II. COMENTARIO

Los hechos en los que se funda el recurso de amparo son, en síntesis, los siguientes:

- Las elecciones autonómicas madrileñas, celebradas el 26 de mayo de 2019, arrojaron los siguientes resultados: el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) obtuvo treinta y siete diputados (27,3 % de los votos); el Partido Popular (PP), treinta diputados (22,23 %); Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía (Cs), veintiséis diputados (19,45 %); Más Madrid (MM), veinte diputados (14,69 %); Vox, doce diputados (8,88 %); y Unidas Podemos-IU-Madrid en Pie (UP-IU), siete diputados (5,59 %).
- El 11 de junio de 2019 se celebró la sesión constitutiva de la XI legislatura de la Asamblea de Madrid. De acuerdo con el art. 10 del Reglamento de la Asamblea de Madrid (RAM), la sesión constitutiva fue presidida inicialmente por la Mesa de edad, integrada por el diputado electo de mayor edad de los presentes, como presidente, y los dos miembros más jóvenes presentes en la Cámara, como secretarios. Tras abrir la sesión constitutiva, los secretarios dieron lectura al decreto de convocatoria de las elecciones y a la relación de diputados electos. El presidente puso de manifiesto que no había sido interpuesto ningún recurso contencioso-electoral contra la proclamación de los electos. Seguidamente se dio paso a la elección de los miembros de la Mesa.
- El presidente explicó el contenido del art. 52 RAM, según el cual, se elige, en primer lugar, la Presidencia; en segundo lugar, las tres vicepresidencias simultáneamente; en tercer lugar, dos secretarías, y, por último, la Tercera Secretaría, no pudiendo en ningún caso ser elegidos más de cuatro diputados pertenecientes a la misma formación política, cuya candidatura hubiera obtenido escaños en la Asamblea de Madrid. En todos los casos, estas elecciones se realizarán mediante votación secreta por papeletas. En las explicaciones sobre el modo de votación, el presidente de la Mesa de edad no hizo ninguna mención a la regla de proporcionalidad en ninguna de sus intervenciones.
- Según los antecedentes de la sentencia, «Las votaciones se llevaron a cabo, aplicando el principio mayoritario, sin correcciones

de proporcionalidad [sic]», aunque en realidad se llevaron a cabo siguiendo el procedimiento previsto en el art. 52 RAM, esto es, mediante voto limitado a uno para las tres vicepresidencias y las secretarías Primera y Segunda, siendo la votación de la Secretaría Tercera la que, al igual que la de la Presidencia, se efectúa por el sistema mayoritario puro.

- Después de cada votación, el presidente de la Mesa de edad proclamó *in voce* a los diputados electos en sus respectivos puestos en la Mesa. Finalmente, este órgano quedó constituido por los siguientes miembros:

Órgano	Nombre	Formación política	Votos	Votos Más Madrid
Presidencia	Juan Trinidad Martos	Ciudadanos	68	Sin candidata
Vicepresidencia Primera	Paloma Adrados Gaultier	Popular	35	30
Vicepresidencia Segunda	Diego Cruz Torrijos	Socialista	34	30
Vicepresidencia Tercera	José Ignacio Arias Moreno	Vox	33	30
Secretaría Primera	M. ^a Eugenia Carballedo Berlanga	Popular	68	20
Secretaría Segunda	M. ^a Encarnación Moya Nieto	Socialista	44	20
Secretaría Tercera	Esther Ruiz Fernández	Ciudadanos	68	57

- La diputada doña Clara Ramas San Miguel, perteneciente a la formación política Más Madrid, presentó su candidatura en todas las votaciones a las tres vicepresidencias y a las tres secretarías, pero no obtuvo las mayorías necesarias para ocupar ninguno de los puestos de la Mesa, «quedando así excluido de la mesa el Grupo parlamentario Más Madrid, cuarta formación política más votada en las elecciones autonómicas (con un 14,69 por 100 de votos y veinte diputados, representando un 15,15 por 100 de los miembros de la Cámara), por delante de Vox y de UP-IU». Las personas elegidas ocuparon sus puestos en la Mesa, cesando la Mesa de

edad en ese mismo acto y sin interrupción o trámite intermedio alguno.

- Una vez declarados formalmente constituidos los distintos grupos parlamentarios, por acuerdo de la Mesa de la Asamblea el 20 de junio de 2019, los siete miembros de la Mesa fueron distribuidos de la siguiente forma: PSOE, dos; PP, dos; Ciudadanos, dos; Vox, uno. Quedaron fuera de la Mesa los grupos parlamentarios Más Madrid y UP-IU-Madrid en Pie.
- El 18 de junio de 2019 se solicitó informe de la Secretaría General sobre la adecuación a derecho del resultado de la votación proclamado el 11 de junio de 2019, que fue emitido el 28 de junio de 2019, y se pronuncia a favor de la legitimidad del resultado de las votaciones a miembros de la Mesa de la Asamblea.
- El 15 de julio de 2019 don Íñigo Errejón Galván, como portavoz del Grupo Parlamentario Más Madrid, y doña Clara Ramas San Miguel, diputada de dicho grupo parlamentario, presentaron recurso de amparo contra el acto de proclamación de los miembros de la Mesa de la Asamblea realizado por el presidente de la Mesa de edad. Los recurrentes entienden vulnerado el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, reconocido por el art. 23.2 de la Constitución española (CE), en conexión con el art. 23.1 CE. Las vulneraciones de dichos derechos habrían sido provocadas por medio de la proclamación, realizada *in voce* por el presidente de la Mesa de edad, de los miembros de la Mesa de la Asamblea de Madrid, con desatención del mandato del art. 12.2 c) del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (EAM), que determina que tanto en la Mesa como en las comisiones y en la Diputación Permanente los grupos parlamentarios han de participar en proporción al número de sus miembros. Lo dispuesto en el art. 12.2 c) EAM integra el *ius in officium* de los diputados de la Asamblea de Madrid. Entienden que, aunque la elección de los miembros de la Mesa fue gestionada por el presidente de la sesión constitutiva siguiendo estrictamente los preceptos del Reglamento de la Asamblea a tal efecto, el presidente obvió por completo el mandato estatutario de que la Mesa tenga una composición proporcional al número de diputados de las diferentes fuerzas políticas presentes en la

- Cámara. No se adoptó ninguna medida correctora del sistema de elección de los miembros destinada a asegurar la presencia en la Mesa de la Asamblea de los representantes elegidos en las listas de la formación política Más Madrid. A su juicio, la aplicación práctica del art. 52 del RAM no impide que el presidente en la sesión constitutiva pueda añadir algunas disposiciones tendentes a evitar la vulneración del derecho de las formaciones políticas a participar proporcionalmente en la composición de la Mesa conforme a su número de diputados, de acuerdo con el art. 55 del mismo Reglamento. La aplicación mimética del Reglamento provocó que la composición de la Mesa no guardara ningún tipo de proporción, siquiera aproximada, con el número de diputados. Los recurrentes también sugieren una posible inconstitucionalidad de los arts. 52 y 53 del RAM. Sin embargo, recuerdan que es obligatorio explorar todas las posibilidades de interpretación de las normas reglamentarias y, solo si el Tribunal apreciara que eso no es posible, podría elevar la cuestión al Pleno. Solicitan, en definitiva, la nulidad de la proclamación hecha por el presidente de la Mesa de edad y que se integre a doña Clara Ramas de Miguel en la Mesa de la Asamblea.
- Los letrados de la Asamblea plantean, en primer lugar, la inadmisión del recurso, por ausencia de especial trascendencia constitucional y por falta de legitimación de los recurrentes. Subsidiariamente, defienden la desestimación del recurso en siete puntos: 1) la proporcionalidad en la composición de los órganos internos no puede ser entendida como una regla matemática y la previsión contenida en el art. 12.2 c) EAM debe ser interpretada como un mandato que oriente la regulación reglamentaria; 2) la peculiar naturaleza de la Mesa –no actúa con criterios políticos y sus miembros son cargos institucionales– atenúa las exigencias de proporcionalidad, frente a las comisiones o la Diputación Permanente; 3) el RAM incluye salvaguardas de la proporcionalidad, que cumplen debidamente con las determinaciones del EAM. El vigente Reglamento fue aprobado por unanimidad del Pleno de la Cámara el 7 de febrero de 2019 y no se dudó de su adecuación al EAM; 4) el derecho a formar parte de la Mesa de la Cámara lo es «con los requisitos que el Reglamento de la misma determine»

- (STC 199/2016, fundamento jurídico [FJ] 3). El Reglamento constituye el parámetro para enjuiciar la validez de la actuación controvertida; 5) la adecuación del acto impugnado a las previsiones reglamentarias; 6) la elección de la Mesa es el resultado de la voluntad del Pleno conformada por la decisión de todos y cada uno de los diputados que lo integran y ejercen su derecho al voto. En esa conformación de la voluntad plenaria pueden concurrir acuerdos que dificulten una correlación estricta entre los puestos en la Mesa y el número de escaños que poseen las formaciones políticas en las que se integran los diputados elegidos; 7) la decisión que se reclama, que supondría alterar la votación en favor de la proporcionalidad de la Mesa, excede, con mucho, las facultades presidenciales interpretativas o supletorias.
- El Ministerio Fiscal defiende la estimación del recurso, destacando en sus alegaciones que la ausencia en el RAM de la regulación específica sobre el principio de participación proporcional de los grupos parlamentarios no es argumento válido para hacer prevalecer el resultado desproporcionado frente a la participación proporcional en la Mesa que exige el EAM. Señala que el presidente de la Mesa «no adoptó ninguna medida o decisión *para acomodar los resultados de las votaciones a las exigencias de participación proporcional* del Estatuto de Autonomía, omitiendo toda referencia a lo establecido en el mismo, pese a tener potestad para hacerlo (STC 199/2016, FJ 4)» (cursiva nuestra). Y en relación con la inexistencia de grupos parlamentarios en el momento de celebrarse las votaciones, se advierte que los recurrentes pertenecían a una de las formaciones políticas que habían obtenido más de cinco escaños para tener grupo propio, «por lo que era perfectamente determinable en el momento de la elección de los miembros de la mesa cuál iba a ser el peso que cada uno de los grupos tendría en la Cámara».

Una vez centrado el objeto del recurso, el Tribunal comienza despejando los óbices procesales planteados (FJ 2). Afirmar con contundencia la legitimación que ostentan la diputada Clara Ramas y el portavoz de su grupo parlamentario, quien defiende los derechos de su grupo a formar parte de la Mesa «también cuando todavía era formación política». Para el Tribunal no cabe duda de que el

asunto reviste especial trascendencia constitucional, pues plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre los que no hay doctrina. Y no la hay porque el asunto resuelto por la STC 199/2016 se refería a un «supuesto contrario al presente». A juicio del Tribunal, en Andalucía, ni el Estatuto ni el Reglamento del Parlamento se refieren a la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad en la composición de los órganos, mientras que en el presente caso es el EAM el que lo contempla sin que sea explicitado en el Reglamento parlamentario, de modo que esto le permite al Tribunal «pronunciarse sobre cómo hacer compatible el mandato estatutario de proporcionalidad en la mesa de la Asamblea con el silencio reglamentario y cómo articularlo en la sesión constitutiva». Sin embargo, como se verá, no consigue acometer dicha tarea.

A continuación, el Tribunal repasa la doctrina constitucional sobre el derecho de participación política del art. 23 CE, en conexión con el contenido y finalidad del acuerdo parlamentario impugnado (FJ 3). Concluye que corresponde a los diputados el derecho a formar parte de la Mesa de la Cámara, con los requisitos que el Reglamento determine, y esa facultad pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria. Advierte, no obstante, que no es un derecho de participación genérico, sino que se debe circunscribir al marco normativo existente en cada Parlamento. El Tribunal entiende, de manera algo reduccionista, que el recurso plantea esta disyuntiva: «determinar si la falta de respeto a la exigencia de que la composición de la mesa sea proporcional a los resultados electorales, produce una vulneración del *ius in officium*». Para ello se examinan tres cuestiones: la identificación de la base normativa del derecho alegado, que es de configuración legal; la doctrina del Tribunal respecto de la proporcionalidad en la representación política; y las potestades de la Presidencia de la Mesa de edad (FJ 4).

a) El régimen jurídico aplicable lo constituye, por un lado, el citado art. 12.2 c) del EAM, que establece que:

El Reglamento determinará de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto, las reglas de organización y funcionamiento de la Asamblea, especificando, en todo caso, los siguientes extremos:

c) La composición y funciones de la mesa, las comisiones y la diputación permanente, de manera que los grupos parlamentarios participen en estos órganos en proporción al número de sus miembros.

Por su parte, el RAM regula en los arts. 9 a 11 la sesión constitutiva de la Asamblea de Madrid, en los términos que hemos descrito más arriba: Mesa de edad, inicio de la sesión, lectura del decreto de convocatoria de elecciones, relación de diputados electos y, en su caso, recursos pendientes y comienzo de la elección de la Mesa. La elección de la Mesa se describe con detalle en los arts. 51 y 52 del RAM. En lo que interesa en este caso, conforme al art. 52 (apartados 3 y 4), las tres vicepresidencias son elegidas simultáneamente. Cada diputado escribirá un solo nombre en la papeleta correspondiente y resultan proclamados, por orden sucesivo, los tres diputados que obtengan mayor número de votos. A continuación, las tres secretarías son seleccionadas en dos votaciones sucesivas. En la primera, son elegidas la Secretaría Primera y la Secretaría Segunda, mientras que, en la segunda, se vota la Secretaría Tercera. De nuevo, cada diputado escribe el nombre de un candidato en la papeleta correspondiente y resultan proclamados los diputados que obtengan mayor número de votos. El apartado 6 del mismo artículo prevé que en ningún caso podrán ser elegidos más de cuatro diputados pertenecientes a la misma formación política.

En la delimitación del marco jurídico el Tribunal no se plantea en ningún momento el alcance y significación que tiene el art. 12.2 c) EAM. Dicho precepto se ubica en el artículo que contiene las previsiones estatutarias sobre el Reglamento de la Cámara, desde su procedimiento de aprobación y reforma hasta el contenido mínimo que debe acoger. De esta manera, la exigencia de proporcionalidad en la composición de los tres órganos que cita (Mesa, comisiones y Diputación Permanente) debe ser concretada por el legislador reglamentario, es decir, mediante una decisión del Pleno por mayoría absoluta¹. La norma estatutaria es un claro mandato al legislador y solo a él. Por otra parte, el RAM es «taxativo cuando determina el

¹ El art. 63.2 RAM (comisiones) y el art. 80.3 RAM (Diputación Permanente) contemplan expresamente la proporcionalidad en la composición de estos órganos, en relación con la fuerza numérica de los grupos parlamentarios.

modo en que el Pleno debe proceder, en la sesión constitutiva, a la elección de los miembros de la Mesa» (STC 199/2016, FJ 4).

b) Respecto a la doctrina sobre la proporcionalidad en la representación política, el Tribunal cita la STC 93/1998 (FJ 3) y, con ella, la STC 32/1985 (FJ 2), de modo que tanto el pluralismo político (art. 1.1) como la consagración constitucional de los partidos políticos (art. 6 CE) llevan a que las decisiones sobre la composición de órganos internos de la Cámara, que son decisiones de la mayoría, no puedan ignorar los derechos de las minorías, concluyendo que «la proporcionalidad en la composición de las comisiones viene exigida por la propia CE».

Advierte, no obstante, que no se trata de «una proporción rígida que haya de llevar necesariamente y como imposición constitucional, a una exactitud matemática», sino que «la proporcionalidad enjuiciable en amparo, en cuanto constitutiva de discriminación, no puede ser entendida de forma matemática, sino que debe venir anudada a una situación notablemente desventajosa y a la ausencia de todo *criterio objetivo* o razonamiento que la justifique» (cursiva nuestra, STC 36/1990, FJ 2).

Sin embargo, en las mismas sentencias en las que apoya su doctrina el Tribunal, se afirma también que «la situación desventajosa que reclaman los recurrentes no obedece a que se haya prescindido de unos criterios objetivos que, señalados por los recurrentes a quienes correspondía acreditarlo (STC 36/1990), condujeran a una discriminación fruto de las características personales de los mismos; sino que ésta deriva de la lógica del sistema» (STC 93/1998, FJ 3) y no puede atribuirse «a una decisión arbitraria y constitutiva de discriminación de los órganos de la Cámara» (STC 36/1990, FJ 2). Es decir, en la aplicación del principio de proporcionalidad, el Tribunal viene empleando un canon de razonabilidad, que implica la falta de todo criterio objetivo capaz de justificar el alejamiento de ese principio. En el presente caso, es difícil aceptar que no existiera un criterio objetivo o razonamiento que justificara que la recurrente no fuese elegida como miembro de la Mesa. El cumplimiento de lo prescrito en el RAM y el resultado de las votaciones constituyen, hoy por hoy, la lógica del sistema, y de ella deriva la situación que discute la recurrente. Otra cosa es que la lógica del sistema no sea compatible con la prescripción

estatutaria, en cuyo caso lo que procede es abordar el examen de constitucionalidad del Reglamento.

c) Por último, el Tribunal hace referencia a las facultades de la Presidencia de la Mesa de edad. Entiende que, al no contener el Reglamento la exigencia de aplicación del principio de proporcionalidad en la composición de la Mesa, «debe ser este órgano rector el que interprete el procedimiento de designación de conformidad con dicho principio sí previsto en norma superior». Pero el Reglamento tampoco establece las potestades del presidente de la Mesa de edad durante el proceso de elección de la Mesa. Una interpretación sistemática de su regulación y de su función le lleva a considerar que goza de la misma posición que la Presidencia de la Asamblea.

En consecuencia «debe reconocerse a la persona que ostente la presidencia la dirección y ordenación de la sesión constitutiva, incluyéndose la interpretación del reglamento “en los casos de duda y suplirlo en los casos en los que aprecie alguna omisión” (art. 55.2 RAM)». Y concluye que el presidente de la Mesa de edad debía hacer efectivo el mandato estatutario de proporcionalidad en la composición de la Mesa en el proceso de conformación de la Mesa resultante.

La argumentación seguida por el Tribunal en este punto tiene, a nuestro juicio, dos importantes inconvenientes. Pese a que ya en la STC 199/2016 se aceptó que se pudieran trasladar sin más las funciones y potestades de la Presidencia de la Cámara —que es un órgano elegido por el Pleno y que posee una legitimidad de origen electivo— a la Presidencia de edad —que posee una naturaleza absolutamente interina y no goza de la legitimidad de elección por el Pleno—, no parece razonable hacer esa equiparación. Entre otras cosas, porque algunas de las funciones del presidente de la Cámara se ejercen con la colaboración o concurso de otros órganos, señaladamente la Junta de Portavoces. Ello es especialmente importante en la labor interpretativa y, sobre todo, supletoria del presidente. No se debería considerar de la misma manera la resolución de una incidencia o una duda interpretativa puntual que, nada menos, la aplicación de un principio no contemplado en el Reglamento, *ex novo* y sin posibilidad de contar con el concurso de otros órganos.

Pero aun aceptando que se pudiera hacer dicha equiparación, el RAM no atribuye al presidente de la Asamblea lo que el Tribu-

nal sugiere. Tras la reforma operada en 2019 el artículo 55.2 RAM establece: «Corresponde a la Presidencia cumplir y hacer cumplir el Reglamento y, *en el ejercicio de sus facultades de ordenación y dirección de los debates*, interpretarlo en los casos de duda y suplirlo en los casos en los que aprecie alguna omisión» (cursiva nuestra). Esta redacción plantea muchas dudas sobre la capacidad del presidente de suplir las omisiones en cuestiones ajenas al debate.

Es el art. 49.1 g) RAM, que enumera las funciones de la Mesa, el que atribuye esta facultad:

1. Corresponderán a la Mesa de la Asamblea las siguientes funciones:

g) La interpretación del Reglamento, en los casos de duda, y su suplencia, en los casos en que se aprecie alguna omisión y resulte necesario cumplimentar la laguna, sin perjuicio de las facultades de dirección y ordenación de los debates que es propia de la Presidencia de la Asamblea.

Cuando en el ejercicio de esta función se propusiera dictar una resolución interpretativa o complementaria de carácter general, deberá mediar el parecer favorable de la Junta de Portavoces. La resolución así dictada se publicará en el «Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid» y tendrá carácter vinculante.

Por tanto, desde la reforma de 2019 la labor de integración normativa no corresponde a la Presidencia (solo en la dirección y ordenación de los debates) sino a la Mesa, y con el parecer favorable de la Junta de Portavoces. Resulta complicado entonces atribuir al presidente de la Mesa de edad una facultad que no tiene el presidente de la Cámara.

Al aplicar la doctrina expuesta a la resolución del supuesto de hecho (FJ 5), el Tribunal pone de manifiesto que «la obligación de proporcionalidad sí debe suponer una regla que oriente la aplicación en las normas que rijan la formación de la mesa, puesto que así lo exige la norma institucional básica madrileña». Si en el presente supuesto debían asignarse seis puestos en la Mesa, además de la Presidencia, entiende «que ni siquiera se tendió a la proporcionalidad» si la cuarta formación política de la Asamblea quedó excluida, cuando a la tercera formación le correspondieron dos miembros en la Mesa y a la quinta formación le correspondió uno. «Se produjo una clara

exclusión de Más Madrid en el reparto de los puestos a cubrir en la mesa, *que no se puede justificar en los resultados de la votación*, obviando el mandato corrector de proporcionalidad que impone el Estatuto de Autonomía» (cursiva nuestra).

El Tribunal concluye que se ha producido una vulneración de los derechos del art. 23.2 CE de los recurrentes, provocada por la absoluta inobservancia del mandato estatutario de proporcionalidad por el presidente de la Mesa de edad en el proceso de elección de los miembros de la Mesa de la Asamblea. El hecho de que el presidente de la Mesa de edad no tuviera en cuenta ese mandato «privó injustificadamente a la diputada recurrente y a su grupo parlamentario [sic] de su derecho a formar parte de la mesa de la asamblea».

Añade el Tribunal que, desde el limitado control que puede ejercer en esta materia, con respeto a la autonomía de la Cámara en el ejercicio de sus funciones de interpretación, no le corresponde «determinar cuál sea la solución concreta más adecuada para conciliar las previsiones de 12.2 c) EAM con los arts. 51 y 52 del RAM».

Dado que al emitirse esta sentencia había finalizado ya la XI legislatura, el alcance de la estimación del amparo se limita a declarar la vulneración del derecho invocado y la nulidad de la proclamación de los miembros de la Mesa de la Asamblea.

El razonamiento que lleva al Tribunal a estimar el amparo resulta, a nuestro juicio, algo forzado, y convierte el procedimiento de votación de la Mesa en un ejercicio imposible, algo como la cuadratura del círculo. Siguiendo el mismo hilo argumental, las principales objeciones serían:

En primer lugar, conviene determinar con más precisión la significación y alcance de la norma contenida en el art. 12.2 c) EAM. La necesidad de que el Reglamento asegure la participación de los grupos parlamentarios en la Mesa, las comisiones y la Diputación Permanente en proporción al número de sus miembros requiere tener en cuenta dos extremos. Por una parte, en la sesión constitutiva de la Cámara no existen todavía los grupos parlamentarios, solo hay diputados electos. Que se infiera, como hace el Ministerio Fiscal y asume el Tribunal, que las formaciones políticas con cinco diputados o más se constituirán en grupo parlamentario es una deducción que puede ser arriesgada y, sobre todo, deja sin sentido el trámite previsto

para la constitución de los grupos parlamentarios. La identificación sin más de formaciones políticas que se presentan a las elecciones con los grupos parlamentarios, por automática, puede llevar a conclusiones erróneas, por no hablar de la situación en que quedaría el Grupo Mixto, en el caso en que tuviera más diputados que otros. Pero, incluso aceptando esa identificación, no creemos conveniente asumir la regla de la proporcionalidad en la composición de la Mesa con la misma intensidad que debe tener en otros órganos de clara significación política, como las comisiones o la Diputación Permanente. Aun así, si el mandato del art. 12.2 c) es una regla taxativa, clara y determinante, como aseguran los recurrentes, entonces se debería contrastar la regulación de las votaciones de los miembros de la Mesa (art. 52 RAM) con dicho mandato y examinar su eventual inconstitucionalidad.

En cuanto a la proporcionalidad, es de sobra conocida la postura que ha mantenido el Tribunal sobre su alcance en el ámbito de la representación política, defendiendo una interpretación flexible y en modo alguno matemática. Se trata de una tendencia, de modo que la proporcionalidad exigida «sólo podrá serlo imperfectamente en el margen de una discrecionalidad que la hagan flexible, siempre que no altere su esencia. Será preciso, en todo caso, evitar la aplicación pura y simple de un criterio mayoritario o de mínima corrección» (STC 40/1981, FJ 2). Con todo, la situación desventajosa debe obedecer a la ausencia de cualquier criterio objetivo o justificación. En el procedimiento de votación de los miembros de la Mesa se utiliza el voto limitado que permite, si bien con límites, la representación de las minorías. Pero no solo es el procedimiento de elección el que puede amenazar la proporcionalidad, sino también los eventuales pactos que suscriban las diferentes formaciones políticas. Estos pactos, absolutamente legítimos, tienen todo el sentido cuando se trata de acordar la composición de un órgano rector con la trascendencia institucional que posee la Mesa (Torres Muro, 1987, pp. 180-181). Parece que en este caso cabría una interpretación más flexible.

Por último, sobre las atribuciones del presidente de la Mesa de edad. No compartimos la idea de que las facultades del presidente de la Mesa de edad sean exactamente las mismas que las que tiene el presidente de la Cámara. Al presidente de la Mesa de edad le compete dirigir el proceso de elección y mantener el orden en el desarrollo

del mismo, así como resolver lo procedente respecto de esa elección, interpretando, en su caso, los preceptos del Reglamento de la Cámara que resulten aplicables (STC 199/2016). Ello no supone asumir que dentro de sus funciones pueda suplir las omisiones e imponer una determinada línea de actuación no prevista en el Reglamento.

Ya se ha comentado que con la redacción actual del RAM ni siquiera el presidente de la Cámara puede ejercer la potestad normativa supletoria con carácter general. Esa atribución se ha hecho en favor de la Mesa y, además, requiere el concurso de la Junta de Portavoces (art. 49.1 g) RAM). Si el presidente de la Mesa de edad impusiese una determinada solución interpretativa, novatoria, y probablemente subvirtiendo los términos del Reglamento, estaríamos ante un verdadero problema.

Aceptar la posibilidad de que el presidente de la Mesa de edad pueda interpretar el Reglamento para acomodarlo al mandato de proporcionalidad del EAM no acaba con los problemas, sino que abre otros nuevos: si el presidente opta por una solución puntual y, tras las votaciones, comprueba que no se alcanza la proporcionalidad deseada, ¿qué debe hacer?, ¿repetir la votación hasta que se consiga?, ¿hasta cuándo se debería reiterar la votación?

Pero, si advierte con antelación la necesidad de cumplir el mandato de proporcionalidad, ¿dónde quedan la libertad y el secreto de voto de los diputados?, ¿se elimina la posibilidad de pacto entre las fuerzas políticas? En ese caso, no haría falta votar, bastaría que las formaciones políticas (aún no constituidas en grupos parlamentarios) propusieran a sus candidatos de acuerdo con un cupo previamente establecido en función de su número. La votación, entonces, no tendría sentido.

Otra posibilidad, que sería suplir la regulación del RAM e imponer otro método de votación, parece incluso más peligrosa. Primero, porque se trataría de una reforma encubierta del Reglamento, al modificar abiertamente lo que allí se prescribe. Pero también porque cualquier solución tiene una connotación política evidente. Sabemos que las fórmulas proporcionales no son inocuas. De hecho, con la distribución de escaños de la Asamblea en 2019, la atribución de los puestos de la Mesa (exceptuando la Presidencia) sería, con la fórmula D'Hondt: PSOE, dos; PP, dos; Ciudadanos, uno; y Más Madrid, uno.

Con la fórmula de restos mayores, el PSOE tendría dos, el PP tendría uno, Ciudadanos tendría uno, Más Madrid tendría uno y Vox tendría uno.

No parece razonable hacer recaer en el presidente de la Mesa de edad una responsabilidad que no le corresponde y que puede tener efectos políticos muy relevantes.

En definitiva, el fallo del Tribunal en este caso lleva a un auténtico callejón sin salida, a una solución no solo inadecuada jurídica y políticamente, sino imposible. La cuadratura del círculo.

III. CONCLUSIONES

La sentencia que se ha comentado ofrece la oportunidad de reflexionar sobre las reglas tradicionales de votación de los miembros de la Mesa. Las mesas no son órganos parlamentarios representativos, pero debe tenerse en cuenta que, precisamente por su naturaleza de órgano rector de la vida de la Cámara, las mesas deberían estar formadas por un número que permitiese la suficiente participación de las principales fuerzas que tienen presencia en el Parlamento (Sanz Pérez, 2017, p. 109). Los Parlamentos actuales tienden a una mayor fragmentación política, a la vez que las funciones que desempeña la Mesa están cobrando una mayor relevancia política. Todo ello aconsejaría, quizá, revisar las normas de votación de sus miembros y tratar de acomodar en su seno al mayor número de fuerzas políticas posible.

Parece que el EAM obliga a que el Reglamento determine la composición de la Mesa teniendo en cuenta el número de diputados que tienen los grupos parlamentarios. Si el Reglamento no lo hace, la única solución posible es reformarlo a través de los cauces legalmente previstos. Cualquier otra salida es problemática, por no decir imposible. Una cuestión tan trascendental no puede dejarse al albur de la interpretación del presidente de la Mesa de edad.

Coincidiendo con el Tribunal en la apreciación de fondo, es decir, en que no parece razonable que la cuarta formación política de la Asamblea no disponga de un puesto en la Mesa y que esa exclusión puede comprometer el *ius in officium*, no coincidimos con su razonamiento. La vulneración del derecho no se produce por la proclamación

del presidente de la Mesa de edad, que se limita a desempeñar su función con estricta sujeción al Reglamento. La identificación de la lesión en una pura omisión del presidente de la Mesa de edad parece inapropiada. La vulneración, de existir, procede del artículo 52 RAM. En ese caso, no cabe otra respuesta que la cuestión interna de inconstitucionalidad.

El Tribunal pretendía «pronunciarse sobre cómo hacer compatible el mandato estatutario de proporcionalidad en la mesa de la Asamblea con el silencio reglamentario y cómo articularlo en la sesión constitutiva», pero al final, tras apreciar la vulneración del derecho del art. 23.2 CE, reconoce que no le corresponde «determinar cuál sea la solución concreta más adecuada para conciliar las previsiones de 12.2 c) EAM con los arts. 51 y 52 del RAM». Se ha perdido, por tanto, una magnífica oportunidad para atajar un problema que, a día de hoy, ni se ha solucionado ni parece que tenga solución.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANDA, E. (2015). La polémica suscitada en la elección de la mesa del parlamento andaluz. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 9, pp. 135-145.
- BOYRA, H. (2012). Artículo 2. En R. RIPOLLÉS SERRANO (coord.), *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados* (pp. 44-47). Congreso de los Diputados.
- GRECIET, E. (2017). Pluralismo y representatividad en las mesas de las cámaras: el caso del Parlamento de Andalucía (STC 199/2016, de 28 de noviembre). *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 13, pp. 107-123.
- MARAÑÓN, R. (2017). La elección de la Mesa del Parlamento de Andalucía en la X Legislatura. Comentario a la STC 199/2016, de 28 de noviembre de 2016. *Asamblea*, 37, pp. 167-171.
- SANZ PÉREZ, Á. L. (2011). De la sesión constitutiva y de la Mesa de edad: el inicio del Parlamento en el Derecho parlamentario español. *Asamblea*, 24, pp. 235-254.
- SANZ PÉREZ, Á. L. (2017). Las mesas y sus presidentes en el Derecho Parlamentario español. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 14, pp. 107-127.
- TORRES MURO, I. (1987). *Los órganos de gobierno de las Cámaras. Presidente, Mesa y Junta de Portavoces en el Derecho parlamentario español*. Congreso de los Diputados.
- VÁZQUEZ, V. (2016). Un comentario a la sentencia 199/2016 del Tribunal Constitucional. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 96, pp. 337-348.

EL DEBER DE CUMPLIR LOS PRONUNCIAMIENTOS
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POR LAS
MESAS DEL PARLAMENTO EN SUS FACULTADES
DE CALIFICACIÓN DE LAS INICIATIVAS
PARLAMENTARIAS. COMENTARIO A LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 24/2022, DE 23
DE FEBRERO. RECURSO DE AMPARO NÚM. 4427-
2020. (BOE NÚM. 72, DE 25 DE MARZO DE 2022)

THE DUTY TO COMPLY WITH THE PRONOUNCEMENTS OF THE
CONSTITUTIONAL COURT BY THE BUREAU OF PARLIAMENT
IN THEIR POWERS OF QUALIFICATION OF PARLIAMENTARY
INITIATIVES. COMMENTARY ON CONSTITUTIONAL COURT
JUDGMENT 24/2022, OF FEBRUARY 23. CONCERNING THE APPEAL
FOR LEGAL PROTECTION NUM. 4427-2020. (BOE NUM. 72, OF
FEBRUARY 25, 2022)

Tatiana RECODER VALLINA
Letrada de la Asamblea de Madrid
Doctora en Derecho
<https://orcid.org/0000-0002-1075-5322>

RESUMEN

El Pleno del Tribunal Constitucional acuerda estimar parcialmente el recurso de amparo interpuesto contra diversos acuerdos y resoluciones del Parlamento de Cataluña relativos a la convocatoria de un debate relacionado con la monarquía. La Sentencia se ampara en el incumplimiento de los deberes que, en pronunciamientos previos del Tribunal, había impuesto al órgano rector de la Cámara en sus facultades de calificación y admisión a trámite de iniciativas parlamentarias.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, Parlamento, rey, monarquía, ius in officium, calificación de iniciativas parlamentarias.

Artículos clave: arts. 9.1 CE, 87.1 LOTC.

Resoluciones relacionadas: STC 259/2015, STC 114/2017, STC 98/2019, STC 111/2019, ATC 141/2016, ATC 170/2016, ATC 24/2017, ATC 123/2017, ATC 124/2017, ATC 144/2017, ATC 184/2019, ATC 11/2020.

ABSTRACT

The Plenary of the Constitutional Court agrees to partially uphold the appeal filed against various agreements and resolutions of the Parliament of Catalonia related to the convening of a debate related to the monarchy. The Judgment is based on the breach of the duties that, in previous pronouncements of the Court, had imposed on the governing body of the Chamber in its powers of qualification and admission to processing of parliamentary initiatives.

Keywords: Constitutional Court, parliament, King, monarchy, ius in officium, qualification of parliamentary initiatives.

Key articles: arts. 9.1 Spanish Constitution and 87.1 Organic Law of Constitutional Court.

Related decisions: STC 259/2015, STC 114/2017, STC 98/2019, STC 111/2019, ATC 141/2016, ATC 170/2016, ATC 24/2017, ATC 123/2017, ATC 124/2017, ATC 144/2017, ATC 184/2019, ATC 11/2020.

I. ANTECEDENTES

Siguiendo lo que parece ser una práctica habitual en los últimos años cuando de cuestiones relacionadas con el Parlamento de Cataluña se trata, estamos en presencia de un recurso de amparo resuelto con bastante celeridad por el Tribunal Constitucional.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional objeto de este comentario trae causa en el recurso de amparo nº 4427-2020, interpuesto por diputados del Grupo Parlamentario Ciutadans del Parlamento de Cataluña contra diversos actos de la citada Cámara que conviene relacionar a efectos de mayor claridad:

- Decisión del presidente del Parlamento de Cataluña de 5 de agosto de 2020, por la que se admite a trámite, como iniciativa de impulso y control de la acción política y de gobierno del Gobierno de la Generalitat, un debate «sobre la situació política creada per la crisi de la monarquia espanyola».
- Acuerdo de la Mesa de la Diputación Permanente del Parlamento de Cataluña de 7 de agosto de 2020, por el que se rechaza la solicitud de reconsideración planteada por el Grupo Parlamentario Ciutadans, respecto a la citada decisión del presidente del Parlamento.
- Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Cataluña de 7 de agosto de 2020, por el que se admiten a trámite las propuestas de resolución presentadas por los grupos parlamentarios Republicà y Junts per Catalunya y el subgrupo Candidatura d'Unitat Popular (CUP) – Crida Constituent en el marco del debate «sobre la situació política creada per la crisi de la monarquia española».
- Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Cataluña de 7 de agosto de 2020, por el que se rechaza la solicitud de reconsideración del acuerdo anterior, presentada por el Grupo Parlamentario Ciutadans.
- Las decisiones y actuaciones del presidente del Parlamento de Cataluña que permitieron la eficacia de los citados acuerdos.

El Tribunal Constitucional al considerar si el caso presentaba especial trascendencia constitucional, para admitirlo o no a trámite, tuvo en cuenta dos aspectos. Por un lado, entendió que debía admitirse

en la medida en que va más allá del concreto supuesto al poder llegar a tener consecuencias políticas generales (STC 155/2009). En este sentido, considera el Tribunal que un pronunciamiento en el caso planteado por los diputados de Ciutadans serviría para consolidar los criterios que ya sostuvo en pronunciamientos previos (SSTC 46/2018, 47/2018, 96/2019, 115/2019, 128/2019 y 184/2021) acerca del alcance de la potestad excepcional de las mesas de las asambleas legislativas de inadmitir iniciativas parlamentarias por considerar que son contrarias a lo que previamente hubiera decidido el Tribunal Constitucional. En segundo lugar, consideró el Tribunal que la especial posición que tienen los recursos de amparo que encuentran su origen en un parlamento era otro motivo complementario para su admisión. Respecto a esta última cuestión, llama la atención el Tribunal Constitucional sobre el hecho de que «se promueven siempre sin haber contado con una vía judicial previa en la que defender los derechos fundamentales que se dicen infringidos».

En defensa de su postura, el representante del Grupo Parlamentario Ciutadans considera que con la admisión a trámite de las iniciativas señaladas se vulnera su derecho a ejercer las funciones parlamentarias sin restricciones ilegítimas (art. 23.2 CE), en relación con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes (art. 23.1 CE). Todo lo anterior sobre la base de la doctrina sentada en pronunciamientos previos por el Tribunal Constitucional (SSTC 46/2018, 47/2018, 115/2019 y 156/2019).

El letrado del Parlamento de Cataluña, por su parte, consideró que se estaba interponiendo un recurso de inconstitucionalidad encubierto, al no ser las cuestiones suscitadas materialmente idóneas para ser tuteladas en amparo. En cuanto a la decisión de admisión a trámite del presidente del Parlamento, defiende que se limitó a dar trámite a un debate que en ningún caso puede, por sí mismo, entenderse como un acto que contradiga un mandato del Tribunal Constitucional, por lo que no vulnera el *ius in officium* de los diputados. Por lo que respecta a las propuestas de resolución, defiende que solo podrían existir cuatro puntos en los que podría entenderse que se reproduce el contenido de resoluciones parlamentarias anteriores declaradas inconstitucionales. Pero, en la medida en que no han llegado a materializarse en un acto de voluntad del Parlamento de Cataluña con efectos *ad extra* (ya que

no fueron objeto de publicación en el diario oficial correspondiente), es posible colegir que no se llega a perfeccionar el supuesto fáctico necesario para que haya un nexo causal entre la admisión de dichos puntos a debate y una efectiva vulneración del ius in officium de los recurrentes.

Finalmente, el Ministerio Fiscal adoptó una postura intermedia. En cuanto a la decisión de dar trámite a la solicitud del debate, consideró en sus argumentaciones que, si bien es cierto que con ocasión de su celebración podría llegar a plantearse alguna propuesta de resolución contraria a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en el momento de la calificación del escrito se trataba de una mera conjetura que no legitimaba para restringir dicha iniciativa de modo anticipado, pues no era manifiesta y palmariamente inconstitucional desde el punto de vista de su contenido. Posteriormente todos los grupos parlamentarios (incluido el recurrente) presentaron propuestas de resolución, y solo algunos puntos de las mismas son objeto del recurso. En esta cuestión el Ministerio Fiscal dio la razón a los recurrentes, al entender que contienen declaraciones que no implican el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los diputados, sino que reflejan la voluntad institucional del Parlamento de Cataluña, a través de una resolución aprobada de acuerdo con el procedimiento establecido en el reglamento de la Cámara, que implica el control por ella de la institución de la monarquía parlamentaria como forma política del Estado español.

II. COMENTARIO

Básicamente, las cuestiones que subyacen en el presente caso y a las que el Tribunal Constitucional dedica su análisis son las facultades de las Mesas de las Cámaras en relación con sus funciones de calificación y admisión a trámite de iniciativas parlamentarias y el grado en que dicha función puede afectar o no al ejercicio del ius in officium por los diputados, especialmente cuando se desatienden los requerimientos que en sus pronunciamientos previos ha realizado el Tribunal Constitucional.

La sempiterna diatriba acerca de las funciones de calificación de las Mesas, es una cuestión que se trata de forma diferente en la

práctica y en la jurisprudencia y doctrina. Que no se ve de igual manera cuando se ocupa el gobierno o la oposición. En la que el Tribunal Constitucional señala el camino a seguir, pero al resolver muchas veces cuando se ha cambiado de legislatura, no es raro que las palabras de los jueces quedan en simple papel.

Recuerda el Tribunal en la Sentencia su doctrina acerca del alcance de las facultades de calificación de las Mesas, que no por menos reiterado, deja de ser regularmente vulnerado. En síntesis son tres las cuestiones que el Tribunal Constitucional establece:

- a) Las Mesas deben limitarse a controlar la regularidad jurídica y la viabilidad formal o procesal de las iniciativas presentadas. De ello se desprende que el principio general es que no deben inadmitir propuestas o proposiciones basándose en la supuesta inconstitucionalidad de su contenido, en la medida en que ello afectaría al *ius in officium* de los diputados.
- b) No obstante, como toda regla general puede encontrar una excepción en el supuesto de iniciativas parlamentarias en las que la contradicción con el Derecho o inconstitucionalidad fueran «palmarias y evidentes» (SSTC 124/1995, 10/2016). Ha de tratarse, eso sí, de un caso excepcional, por lo que ha de ser claro e incontrovertible, pues de otro modo se vulneraría el derecho fundamental del art. 23.2 CE.
- c) Otra cosa es que la decisión que adoptara la Mesa de la Cámara al admitir a trámite una iniciativa parlamentaria implique un incumplimiento manifiesto de lo previamente resuelto por el Tribunal Constitucional. Aquí, como veremos, está la clave del caso que se estudia en este comentario.

Especialmente relevante en este pronunciamiento es recordar que, partiendo de lo establecido en los artículos 9.1 CE («los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto de los poderes públicos») y 87.1 LOTC («todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva»), las Mesas de las Cámaras no pueden admitir a trámite iniciativas parlamentarias que incumplan manifiestamente el deber de acatar lo que el Tribunal Constitucional haya establecido. Es más,

el *ius in officium* de los diputados quedaría afectado en el supuesto de que se admitieran dichas iniciativas.

Teniendo presente todo lo anterior, el Tribunal Constitucional ha realizado un examen de cada una de las cuestiones recurridas por separado para proceder a verificar si la Mesa del Parlamento aplicó correctamente su doctrina a cada una de ellas, pues aunque englobadas en un mismo recurso de amparo el tratamiento ha de ser diferente.

- I. La decisión del presidente del Parlamento de Cataluña de 5 de agosto de 2020 de admitir a trámite la solicitud del gobierno de la Generalitat de celebrar debate específico «sobre la situació política creada per la crisi de la monarquia espanyola» y el acuerdo de la Mesa de la Diputació Permanente de 7 de agosto que desestima la solicitud de reconsideración de la decisión. En ellas está el origen de toda la controversia. Corresponde al Tribunal Constitucional valorar si fue o no conforme a Derecho su admisión a trámite conforme a los requerimientos que en pronunciamientos previos (SSTC 259/2015, 98/2019, 111/2019) había realizado este Tribunal al Parlamento de Cataluña. A la hora de admitir la iniciativa a trámite, conforme a la doctrina constitucional, ha de realizarse una valoración objetiva de la misma conforme a los parámetros citados en párrafos anteriores. En este supuesto, el Tribunal Constitucional entiende que la actuación del presidente del Parlamento fue conforme a Derecho. En efecto, puede gustar o no el contenido de la iniciativa, pero ello no es motivo suficiente para proceder a su inadmisión, sobre la base de conjeturas de lo que la misma puede llegar a ser. Si se realizara de dicho modo, se estaría conculcando el contenido del art. 23.2 CE, limitando las posibilidades de debate parlamentario y las facultades que a lo largo del mismo puede haber para la corrección, mejora y adecuación constitucional de las iniciativas presentadas. Pensemos, por ejemplo, en iniciativas no ya solo de control parlamentario sino legislativas. Bien es cierto que la regulación de la forma del Estado no es competencia autonómica, pero el debate político acerca de cuestiones relacionadas con la misma si puede llevarse a cabo en parlamentos autonómicos.

II. En cuanto a los acuerdos de la Mesa del Parlamento de Cataluña referidos a la admisión a trámite de las propuestas de resolución controvertidas presentadas a raíz del debate:

Como ya se ha recordado, el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos (SSTC 259/2015, 98/2019, 111/2019) dejó clara la manifiesta falta de competencia del Parlamento de Cataluña para el control y la censura política de la institución de la Corona o de su titular y para que la Generalitat se posicione al respecto al margen de los procedimientos de reforma constitucionales. Es más, el Tribunal Constitucional dispuso que tanto la Mesa de la Cámara como el secretario general eran responsables de que esto se cumpliera. Partiendo de lo anterior, correspondía a la Mesa de la Cámara analizar el contenido de las propuestas de resolución para proceder o no a su admisión a trámite. El Tribunal Constitucional lo que hace en esta sentencia es analizar si la Mesa cumplió con su deber constitucional de acatar lo que en pronunciamientos previos había resuelto el Tribunal Constitucional puesto que, de no hacerlo, si habría afectado el *ius in officium* de los diputados recurrentes.

En algunos puntos de las propuestas de resolución se rechaza la legitimidad de la monarquía parlamentaria como forma política del Estado español, propugnando su abolición, y se reprueba al titular de la monarquía y de la jefatura del Estado.

Con las propuestas de resolución lo que se pretende es que el Parlamento adopte una posición institucional, por lo que si la Cámara catalana se pronuncia sobre ello estaría conculcando el mandato de la STC 98/2019 (FJ 4), que había llevado ya en otros supuestos a anular determinados incisos de propuestas de resolución (ATC 184/2019, STC 111/2019) en los que, atribuyéndose competencias de las que la Comunidad Autónoma de Cataluña carece, iba en contra del reconocimiento de que la persona del rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Cuando en el caso objeto de esta Sentencia, a través de las propuestas de resolución se pretende la «abolición de una institución caduca y antidemocrática como es la monarquía», declarar que «la Monarquía borbónica ha sido y es un pilar primordial para la persecución de los derechos del pueblo catalán contra la construcción de la república Catalana como

quedó demostrado con el aval de Felipe VI a la represión policial contra el referéndum del 1 de octubre de 2017», o «reprobar al rey Felipe VI y a toda la dinastía borbónica por décadas de impunidad y enriquecimiento ilegítimo utilizando las instituciones públicas y las figuras institucionales de jefe de Estado y jefe de las Fuerzas Armadas por el disfrute personal y el beneficio privado», etc... comprueba el Tribunal Constitucional que se trata de pronunciamientos que reiteran el contenido de otras iniciativas que ya el Tribunal Constitucional había declarado inconstitucionales y nulas al no tener el Parlamento catalán competencia alguna para llevar a cabo un control político de la monarquía parlamentaria y de su titular. Incluso, en los AATC 184/2019 y 11/2020 el propio Tribunal había advertido de manera expresa al presidente y demás miembros de la Mesa, así como al secretario general de la Cámara, de su «deber no solo de abstenerse de realizar cualquier actuación tendente a dar cumplimiento a los incisos o apartados anulados, sino también de impedir o paralizar cualquier iniciativa que, directa o indirectamente, pretenda o suponga eludir o ignorar lo decidido en la STC 98/2019 y la nulidad acordada en esos mismos autos».

El Tribunal Constitucional consideró que la admisión a trámite por la Mesa del Parlamento de determinados puntos de las propuestas de resolución, contradice de manera evidente la pretensión de realizar un control político de la monarquía parlamentaria y su titular o de reprobar o censurar al rey (SSTC 98/2019, 111/2019, AATC 184/2019 y 11/2020) y la pretensión de llevar a la práctica el supuesto derecho de autodeterminación y crear, al margen del marco constitucional, un Estado independiente en forma de república. Si destaca que el letrado mayor del Parlamento (funcionario de la Cámara) cumplió con su deber de advertir a la Mesa de su obligación de impedir o paralizar estas iniciativas y que el secretario general (también, funcionario) informó de su deber de impedir su publicación en el boletín oficial del Parlamento.

Es importante recordar que ni la autonomía parlamentaria ni el derecho de participación de los representantes políticos (art. 23 CE) se ven afectados por el requerimiento que el Tribunal Constitucional realiza a la Mesa del Parlamento de su deber de impedir o

paralizar las iniciativas que impliquen incumplir resoluciones del Tribunal Constitucional, en la medida en que todos los poderes públicos están sometidos a la Constitución (art. 9.1 CE).

No se impide pues, que se debata en el parlamento acerca de la situación política creada por la crisis de la monarquía española, lo que el Tribunal Constitucional está inadmitiendo es que el Parlamento pueda sentar su posición en cuestiones respecto de las que carece de competencias según los parámetros constitucionales. Con la admisión de dichos puntos de las propuestas de resolución, se lesiona el *ius in officium* de los parlamentarios, en la medida en que se les impide ejercer legítimamente sus funciones representativas, al hacerles pronunciarse en la votación, sobre puntos que atentaría contra lo resuelto por el Tribunal Constitucional, incurriendo en un «grave ilícito constitucional».

III. CONCLUSIONES

Nuevamente el Tribunal Constitucional tiene que recordar a un Parlamento la necesidad del cumplimiento de sus sentencias. Lo anterior se enmarca en el contexto de forzamiento constante de las instituciones públicas en el que estamos inmersos en los últimos tiempos y que debería llevarnos a reflexionar sobre el grado de madurez de nuestro sistema democrático. Por ello, y ante la falta de respeto muchas veces al sistema institucional del que nos hemos dotado, quizá sea necesario tomar conciencia de la necesidad de establecer un sistema sancionador efectivo para los casos de incumplimiento de la ejecución de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

LA SUSPENSIÓN DEL CARGO PARLAMENTARIO
POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 384 BIS DE LA LEY
DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. COMENTARIO A
LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
171/2021, DE 7 DE OCTUBRE. RECURSO DE AMPARO
NÚM. 5382/2019. (BOE NÚM. 268, DE 9 DE NOVIEMBRE
DE 2021)

THE SUSPENSION OF THE PARLIAMENTARY POSITION BY
APPLICATION OF ARTICLE 384 BIS OF THE LAW OF CRIMINAL
PROCEDURE. COMMENTARY ON CONSTITUTIONAL COURT
JUDGMENT 171/2021, OF OCTOBER 7. CONCERNING THE APPEAL
FOR LEGAL PROTECTION NUM. 5382/2019. (BOE NUM. 268, OF
NOVEMBER 9, 2021)

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

RESUMEN

Esta sentencia viene a consolidar la doctrina ya establecida en anteriores Sentencias, remitiéndose en concreto a las Sentencias 71/1994 y 11/2020, acerca de que la aplicación a cargos parlamentarios de la medida de suspensión contemplada en el artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) no vulnera los derechos reconocidos en el artículo 23.2 CE. La frase que podría resumir la sentencia es que resultaría insólito «que una persona procesada por un delito de rebelión, y que se encuentra en situación de rebeldía por haberse sustraído a la acción de la Justicia, eludiendo al tiempo la decisión de prisión, pueda pretender el ejercicio de funciones públicas en el ámbito de jurisdicción de nuestros Tribunales». La conclusión tajante es que «No existe razón ninguna que justifique que puedan ejercer funciones públicas quienes se encuentran en la situación

procesal contemplada en el artículo 384 bis». Visto así, el artículo 384 bis está introduciendo un nuevo requisito negativo para poder ejercer la función parlamentaria: no hallarse en situación de prisión provisional por aquellos delitos definidos en la norma.

Palabras clave: suspensión del cargo parlamentario, medida cautelar, delito de rebelión, auto de procesamiento firme, prisión provisional.

Artículos clave: 23.2 de la Constitución española; 21 y 101 del Reglamento del Congreso de los Diputados; 22, 101 y 102 del Reglamento del Senado; 25 y 241 a 243 del Reglamento del Parlament de Catalunya; y 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Resoluciones relacionadas: Autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fechas 9 de julio 2018, 20 de febrero de 2019, 10 de julio de 2019 y 14 de octubre de 2019, en la causa especial núm. 20907-2017; SSTC 71/1994, 11/2020, 30/2020, 38/2020, 97/2020, 193/2020, 194/2020, 69/2021, 90/2021 y 105/2021.

ABSTRACT

This Judgment comes to consolidate doctrine already established in previous Judgments, referring specifically to Judgments 71/1994 and 11/2020, regarding the application to parliamentary positions of the suspension measure contemplated in article 384 bis of the Law of Prosecution Criminal (LECrim) does not violate the rights recognized in article 23.2 CE. The sentence that could summarize the Judgment is that it would be unusual «for a person prosecuted for a crime of rebellion, and who is in a situation of rebellion for having evaded the action of Justice, while eluding the prison decision, could claim the exercise of public functions within the scope of jurisdiction of our Courts». The clear conclusion is that «There is no reason whatsoever that justifies that those who are in the procedural situation contemplated in article 384 bis can exercise public functions». Seen in this way, article 384 bis is introducing a new negative requirement to be able to exercise the parliamentary function: not being in a situation of provisional prison for those crimes defined in the norm.

Keywords: suspension of the parliamentary position, precautionary measure, crime of rebellion, final indictment, provisional prison.

Key articles: 23.2 of the Spanish Constitution; 21 and 101 of the Regulations of the Congress of Deputies; 22, 101 y 102 of the Regulations of the Senate;

25 and 241 to 243 of the Regulations of the Parliament of Catalonia; and 384 bis of the Law of Criminal Procedure.

Related decisions: Orders of the Second Chamber of the Supreme Court dated July 9, 2018, February 20, 2019, July 10, 2019 and October 14, 2019 in special case No. 20907-2017; SSTC 71/1994, 11/2020, 30/2020, 38/2020, 97/2020, 193/2020, 194/2020, 69/2021, 90/2021 and 105/2021.

I. ANTECEDENTES

El presente recurso de amparo se interpone por D. Carles Puigdemont i Casemajó contra una serie de resoluciones judiciales recaídas en la causa especial núm. 20907-2017, seguida ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por delitos de rebelión, sedición, malversación de caudales públicos y desobediencia. En concreto, se interpone contra el Auto de fecha 9 de julio 2018 y los Autos de 20 de febrero de 2019 y de 10 de julio de 2019, que confirman el primero en reforma y en apelación, respectivamente. En dicho Auto de 9 de julio de 2018 se declaró concluso el sumario en la causa especial, remitiendo los autos al Tribunal Supremo. En esa misma resolución, el magistrado instructor comunica a la Mesa del Parlamento de Cataluña que los procesados, entre ellos el aquí recurrente, «han quedado suspendidos –automáticamente y por imperio del artículo 384 *bis* de la LECrim– en las funciones y cargos públicos que estaban desempeñando, habiendo de proceder la Mesa del Parlamento a adoptar las medidas precisas para la plena efectividad de la previsión legal». También se comunica a la Mesa del Parlamento de Cataluña que «cualquier alteración procesal que suponga la desaparición de alguno de los presupuestos normativos determinantes de la suspensión de estos procesados, se participará a la Cámara legislativa, también a los efectos oportunos». Por último, y en lo que hace a la suspensión, se participa a la Mesa que «no existe impedimento procesal para que los cargos y funciones públicas que corresponden a los procesados puedan ser ejercidos de manera plena, pero limitada al tiempo de la eventual suspensión, por otros integrantes de sus respectivas candidaturas, si el Parlamento contemplara adoptar tal decisión».

II. COMENTARIO

1. La evolución de la figura de la suspensión del cargo parlamentario. La progresiva judicialización del estatuto del parlamentario al margen de la regulación de los reglamentos parlamentarios

Nos encontramos ante un nuevo episodio judicial derivado del procesamiento del Sr. Puigdemont i Casemajó, en el marco del denominado proceso al procès, que no termina aquí ya que las últimas

resoluciones conocidas del Tribunal Constitucional son de marzo de 2022 que otorgan un aval general al fallo del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019, ahora pendientes de recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Los hechos a los que se refiere la sentencia se remontan al 30 de octubre de 2017, cuando el Fiscal General del Estado interpone querella por los mencionados delitos. En el apartado I de los antecedentes de la sentencia se relacionan los distintos hechos que se extienden durante casi dos años, desde esa fecha de octubre de 2017 hasta julio de 2019, interponiéndose el recurso de amparo en septiembre de 2019.

No vamos aquí a detenernos en examinar el complejo curso procesal seguido, con múltiples impugnaciones cruzadas, todas ellas relacionadas en los antecedentes de la sentencia, sino que nos centraremos en la cuestión específica sobre la que trata este recurso de amparo relativa a la aplicación del mencionado artículo 384 bis LECrim.

Lo primero que se debe decir es que, aunque se trata de un amparo frente a una decisión judicial y no parlamentaria, la repercusión que tiene esta sentencia en el ámbito del derecho parlamentario es evidente. La principal cuestión controvertida que se analiza en la sentencia es la suspensión del cargo parlamentario, cuestión que, desde luego, forma parte intrínseca del denominado estatuto de los parlamentarios, como una materia reservada a los reglamentos parlamentarios, en los cuales se han de regular las condiciones de acceso y pérdida de la condición de miembro del Parlamento y las causas de suspensión de sus derechos parlamentarios.

Pues bien, aunque los reglamentos parlamentarios prevén causas internas de suspensión de la condición de sus miembros, generalmente asociadas a infracción de las normas disciplinarias, cada vez es más frecuente que la suspensión de la condición de parlamentario derive de decisiones judiciales, sobre todo en aplicación de un precepto, que cada vez está cobrando mayor protagonismo, el artículo 384 bis LECrim. La peculiaridad de dicho precepto es que permite la suspensión antes de que recaiga sentencia siempre que haya un auto de procesamiento firme y decretada la prisión previsional por alguno de los delitos que se definen en el precepto. En concreto, dispone que

«Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión».

Como vamos a ver a continuación, esta regulación del artículo 384 bis LECrim sobrepasa y va más allá de la regulación contenida en los reglamentos parlamentarios, que o se quedan cortas, o entran en contradicción con él.

Es cierto que la causa de suspensión por decisión judicial se suele contemplar en los reglamentos parlamentarios. Sin embargo, no se regula de forma del todo coherente con el artículo 384 bis LECrim. Examinemos tres casos principales, el Congreso de los Diputados, el Senado y el Parlament de Catalunya. Así, el artículo 21.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) se refiere a que «El Diputado quedará suspendido en sus derechos, prerrogativas y deberes parlamentarios cuando una sentencia firme condenatoria lo comporte o cuando su cumplimiento implique la imposibilidad de ejercer la función parlamentaria». Solo contempla, por tanto, la suspensión por sentencia condenatoria firme, pero no antes por auto de procesamiento, por lo que no recoge el supuesto del artículo 384 bis LECrim, aunque sí que respeta el automatismo de la decisión judicial, pues no prevé la participación de ningún órgano parlamentario que tenga luego que pronunciarse sobre la suspensión y aprobarla, como luego veremos que ocurre en el caso del Reglamento del Parlament catalán.

Por lo que se refiere al Reglamento del Senado (RS), es curioso que no contiene un artículo que contemple la suspensión por decisión judicial, ni antes ni después de la sentencia. Solo contempla en el artículo 22.2 la suspensión pero en el caso de senadores con previa concesión de un suplicatorio, y firme ya el auto de procesamiento y acordada la prisión provisional, lo cual no es el mismo supuesto que el que se comenta en esta sentencia donde evidentemente no hubo suplicatorio, no solo por pertenecer el recurrente a un parlamento autonómico, en el que no se exige suplicatorio, sino porque no era todavía parlamentario cuando comenzó el juicio oral, que es el momento que se considera límite para pedir el suplicatorio.

La regulación del Reglamento del Parlament de Catalunya (RPC), que era la que resultaba de aplicación al recurrente, aunque es más avanzada que la del Congreso porque recoge el supuesto de suspensión por auto de procesamiento, antes de la sentencia, no es del todo compatible con el artículo 384 bis LECrim. El artículo 25 del Reglamento establece: «1. Los diputados del Parlamento pueden ser suspendidos de sus derechos y deberes parlamentarios, previo dictamen motivado de la Comisión del Estatuto de los Diputados, en los siguientes casos: a) Si es firme el auto de procesamiento o de apertura de juicio oral y el Pleno del Parlamento lo acuerda por mayoría absoluta, dada la naturaleza de los hechos imputados. b) Por acuerdo del Pleno, adoptado por mayoría absoluta, si han sido condenados por sentencia firme a una pena de privación de libertad que imposibilite su asistencia a las sesiones plenarias».

Como se ve, en el caso catalán, se contemplan dos momentos procesales distintos para acordar la suspensión: un momento inicial, con el auto de procesamiento firme o con la apertura del juicio oral, que recoge el supuesto del artículo 384 bis LECrim, y un momento posterior, que coincide con el único supuesto que contempla el RCD, con la sentencia condenatoria. Destaca que en el Parlament catalán, a diferencia del Congreso de los Diputados, la suspensión no deriva automáticamente de la decisión judicial, sino que es necesario una intermediación parlamentaria, incompatible con el automatismo de la decisión judicial, mediante la intervención de dos órganos parlamentarios: el previo dictamen de la Comisión del Estatuto de los Diputados y el acuerdo del Pleno. Asimismo, se prevé un supuesto que llama la atención. La posibilidad de que la suspensión sea pedida, a título individual, por un diputado afectado, con la conformidad del portavoz de su grupo parlamentario. En este caso la Comisión del Estatuto de los Diputados debe emitir un dictamen y la Mesa del Parlamento, no el Pleno, debe resolver la solicitud.

Es curioso que esta causa de suspensión por la vía del artículo 384 bis LECrim se está imponiendo frente a las clásicas causas de suspensión basadas en infracciones de las normas disciplinarias internas (las que se recogen en el artículo 101 RCD por remisión del artículo 21.1.1.º) que apenas se aplican. Esto pone de manifiesto que, frente a la concepción clásica de que el parlamento es quien controla

el estatuto de sus miembros, básicamente a través de las normas de disciplina, cada vez es más frecuente que decisiones judiciales *ad extra* sean las que vengan a determinar si un diputado puede o no ejercer su condición.

El órgano judicial, cada vez con más frecuencia, pasa ahora a condicionar el funcionamiento y composición de la Cámara al suspender la condición de parlamentario de uno de sus miembros, superándose una cierta visión estática del principio de separación de poderes, que no admitiría o vería con bastante recelo este tipo de interferencias judiciales, aplicadas además directamente sin ningún filtro parlamentario.

La razón de este cambio de dinámica se debe buscar, sin duda, en el incremento de causas judiciales que afectan a parlamentarios. Esta tendencia de judicialización de la vida parlamentaria es muy interesante y ha sido objeto de extensa literatura (Shapiro, Stone Sweet, Ferejohn y Pasquino). Shapiro (2004) acuña el término «jurisprudencia política» para referirse al escrutinio judicial de partidos y políticos y al modo en que los tribunales reglamentan la vida política y resuelven conflictos esencialmente políticos.

Debido a esta judicialización de la vida política, se está asistiendo a un cambio muy importante en el modo de relación entre Parlamento y Poder Judicial que también afecta a la propia concepción del Parlamento y del mandato representativo.

En una concepción judicialista del parlamento, como la que ahora vemos que sucede, el principio representativo pierde fuerza, cede ante el control judicial. El cargo parlamentario, por mucho que sea la expresión directa de la voluntad de los ciudadanos, no es intangible, se puede perder o poner su ejercicio en suspenso por una decisión ajena a la Cámara.

El principio representativo pierde también frente al Estado de derecho. Antes que el mantenimiento de un Parlamento con la composición decidida por los ciudadanos, prevalece el imperio de la ley, cuyo cumplimiento debe quedar garantizado precisamente por el Poder Judicial como dice el artículo 117.1 de la Constitución. Podríamos decir que prevalece el artículo 9.3 de la Constitución que proclama el principio de legalidad frente a los artículos que proclaman

la representatividad de los cuerpos legislativos, bien sean las Cortes Generales (artículo 66.1) o las asambleas autonómicas (artículo 152).

Una concepción excesivamente soberanista del Parlamento llevaría a la tesis de que solo el Parlamento, en cuanto representación de los ciudadanos, puede decidir algo tan grave como la suspensión o expulsión de sus miembros que encarnan esa representación. A esta idea responde una regulación, que ahora casi parece inocente, como la contenida en el artículo 101 RCD, que establece las causas en las que el diputado puede ser suspendido en su condición por razones disciplinarias, todas ellas relacionadas con el orden y el comportamiento en la sede parlamentaria. En el mismo sentido, los casos de suspensión del ejercicio de la función parlamentaria previstos en los artículos 101.3 y 102 RS.

La regulación en el RPC, aunque es ligeramente distinta, llega al mismo efecto. Es cierto que el artículo 25, que regula la suspensión de la condición de parlamentario no contempla que la infracción de la disciplina pueda conllevar la suspensión de la condición de diputado, e incluso alude expresamente en el apartado 3 a que nunca la suspensión podrá considerarse como una sanción parlamentaria. En coherencia con ello, en el Título VII del Reglamento, donde se regula la disciplina, las únicas sanciones que se contemplan, según los distintos casos, son la privación de derechos económicos, la mención en el acta de la sesión, la privación del uso de la palabra, la expulsión de la reunión.

Sin embargo, aunque con diferente nombre, regula en los artículos 241 y 242, como hace el artículo 101 RCD, supuestos de suspensión asociados a infracciones disciplinarias que tienen el mismo efecto de suspensión que el artículo 101 RCD. La única diferencia es que no los llama supuestos de suspensión de la condición de parlamentario, sino de «exclusión temporal en el ejercicio de la función parlamentaria». Sin embargo, el efecto de suspensión es idéntico, como lo corrobora el artículo 243, según el cual «la exclusión temporal del ejercicio de la función parlamentaria comporta la pérdida de las asignaciones, las dietas y las indemnizaciones, y la suspensión de los derechos y deberes inherentes a la actividad parlamentaria, pero no afecta sus prerrogativas ni los demás derechos y deberes».

En todo caso, como decimos, estos supuestos internos de suspensión son ahora sobrepasados por los nuevos casos de suspensiones de la condición de parlamentarios por causas judiciales *ad extra*, que nada tienen que ver con estos supuestos clásicos que contienen los reglamentos parlamentarios limitados solo a la visión de la conducta interna o disciplinaria del parlamentario. Así lo demuestra no solo la sentencia que estamos comentado, sino una ya larga lista de sentencias relacionadas con distintos implicados en el procés. Por citar las que han afectado al Congreso de los Diputados, los casos de las Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) 97/2020, 193/2020, 194/2020, 69/2021, 90/2021 y 105/2021 en los recursos de amparo de los Sres. D. Jordi Sánchez i Picanyol, D. Jordi Turull i Negre, D. Josep Rull i Andreu contra diversos acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados en relación con la suspensión de su condición de diputados.

Lo nuevo de estos casos de suspensiones es que se refieren a personas con procesos penales pendientes cuando acceden a la condición parlamentaria, de forma que las decisiones judiciales que se puedan tomar en esos procesos pueden llegar a afectar a su condición de parlamentario. La diferencia con el suplicatorio es clara. En estos casos, las personas ya están incurso en procesos penales cuando acceden a la condición de parlamentario, mientras que en el caso del suplicatorio se refiere a un proceso penal que se inicia siendo ya la persona miembro del Parlamento.

Si antaño la principal forma de relación entre Parlamento y Poder Judicial era el suplicatorio, ahora lo son este tipo de medidas penales. Si comparamos ambas situaciones, es clara la distinta situación en que nos encontramos respecto a la relación entre ambos poderes. El suplicatorio, aunque sin duda es una medida de injerencia en la vida de la Cámara, en realidad es plenamente respetuosa hacia la voluntad de la Cámara. Se pide permiso a la Cámara para poder procesar al parlamentario. Las medidas penales que ahora se adoptan, comparadas con el suplicatorio, son mucho más violentas contra la Cámara. Se aplican *ex lege*, directamente, sin pedir ningún permiso a la Cámara y ello a pesar de que, en su efecto, son mucho más graves que el suplicatorio ya que éste no supone que, por su mera concesión, el parlamentario quede automáticamente suspendido en sus funciones, sino que las puede seguir ejerciendo con normalidad.

Prueba de ello es que el artículo 21.1.2.º RCD prevé que solo quedará suspendido, si luego de ser concedido el suplicatorio y firme el auto de procesamiento, se halla en una situación de prisión provisional. Es decir, la suspensión es posterior al suplicatorio solo si de él se deriva una situación de prisión provisional. Es curioso que, en este aspecto, el artículo 21.1.2.º RCD esconde una aplicación indirecta del artículo 384 bis LECrim, asociando suspensión a auto de procesamiento y de forma automática. En cambio, el artículo 22.6 RS, aunque prevé el mismo supuesto de suspensión tras el suplicatorio, no respeta el automatismo, ya que una vez concedido el suplicatorio y firme el auto de procesamiento, debe ser el Pleno del Senado quien pueda acordar la suspensión del senador. En el caso del RPC, no hay una previsión de este tipo de suspensión post suplicatorio, ya que esta figura no se aplica.

Por lo tanto, vemos que este artículo 384 bis LECrim representa un nuevo modelo de relaciones entre el Parlamento y el Poder Judicial, que se viene a caracterizar por una intromisión mucho más traumática del Derecho Penal en la vida parlamentaria, alterando las clásicas previsiones reglamentarias.

2. La constitucionalidad de la aplicación del artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 23.2 CE (la STC 71/1994)

Llegamos así al examen de constitucionalidad de la aplicación del artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím). Este precepto, en su aplicación por los tribunales, y no es éste el primer caso, se está convirtiendo en la principal arma que, al margen de los reglamentos parlamentarios, está siendo utilizada para suspender el cargo parlamentario, hasta el punto de que podríamos decir que este artículo 384 bis se está convirtiendo en una especie de norma parlamentaria encubierta o paraparlamentaria. Los reglamentos parlamentarios no realizan una remisión a esta norma, ni la mencionan pero, sin duda, un artículo como el 21 del RCD o el 25 del RPC no se pueden entender sin ser completados con el artículo 384 bis LECrim.

Recordemos los motivos en los que el Auto de 10 de julio de 2019 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que desestima el recurso de apelación contra el Auto de 20 de febrero de 2019,

sustenta la suspensión del recurrente como diputado del Parlamento de Cataluña, y que se recogen en el apartado 2 j) de los antecedentes de la sentencia que comentamos:

- 1) La medida de suspensión ha de afectar a los procesados que lo hayan sido por aparecer relacionados con rebeldes (en el sentido de presuntos partícipes en un delito de rebelión).
- 2) Se justifica en este marco una medida provisional como la de suspensión dirigida frente a quienes hayan sido objeto de acto firme de procesamiento.
- 3) El supuesto contemplado en el art. 384 bis LECrim, puede ser visto por el legislador, como inconciliable con la permanencia del procesado por estos delitos en el desempeño de funciones o cargos públicos.
- 4) El artículo 384 bis LECrim no vulnera el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española (CE).
- 5) El derecho a la permanencia en el cargo público lo es mientras no aparezcan elementos o circunstancias que hacen decaer este derecho, como aquí ocurre con las consecuencias legales del art. 384 bis LECrim.
- 6) No existe impedimento procesal para que los cargos y funciones públicas que corresponden a los procesados puedan ser ejercidos de manera plena, pero temporal, por otros integrantes de sus respectivas candidaturas, si tal decisión se contemplara por el parlamento.
- 7) Existe auto de procesamiento firme de 21 de marzo de 2018 por delito de rebelión, ya que la sala de apelación confirmó el auto de procesamiento el 26 de junio de 2018.
- 8) No se formula en la resolución recurrida un alcance extensivo del art. 384 bis LECrim, porque no se condiciona la aplicación de la medida al empleo de armas en la comisión del delito, cumpliéndose las exigencias normativas con la presunta satisfacción de los elementos típicos correspondientes a cada una de las figuras delictivas que el artículo 384 bis LECrim contempla.
- 9) A pesar de la expresión «mientras dure la situación de prisión» del art. 384 bis LECrim, ello no supone la exigencia de que se

haya materializado la privación de libertad para la aplicación del precepto.

- 10) La medida de suspensión no es una pena de inhabilitación absoluta anticipada, sino una medida cautelar que no supone la privación indefinida del cargo público, sino recuperable en tanto en cuanto se alce la medida o se dicte la absolucón, y que ello sea o no posible en este caso, tiene que ver con la conducta del recurrente.
- 11) La norma aplicable al caso es el art. 384 bis LECrim y no la normativa del Parlamento de Cataluña que como norma administrativa, no puede posicionarse como ley especial desplazando la norma procesal penal y en clara oposición interpretativa a la misma.
- 12) La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 71/1994, de 3 de marzo ya determinó que el art. 384 bis LECrim no suponía vulneración del derecho de acceso, «en condiciones de igualdad, a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes» reconocido en el art. 23.2 CE.
- 13) La medida de suspensión opera *ex lege*, pero no por ello es desproporcionada, porque la proporcionalidad de la medida se cohonesta con la gravedad de los hechos que constan en el procedimiento, así como con las circunstancias específicas del caso que rodean al recurrente en amparo, en particular su posición de rebeldía procesal.

Como cuestión procesal previa, se contesta por la sentencia a la solicitud de la demanda de planteamiento de cuestión prejudicial previa sobre el artículo 384 bis LECrim. La respuesta de la sentencia (Fundamento Jurídico [FJ] 4) es que «este tribunal considera improcedente tal planteamiento, al no albergar dudas sobre la compatibilidad del art. 384 *bis* LECrim con el art. 24.2 CE, incluso interpretado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que invoca el recurrente en amparo. El tema quedó resuelto en la STC 97/2020, a cuyo fundamento jurídico 5 se hace referencia expresa en este punto, sin perjuicio de lo que se dirá sucesivamente en relación con la denuncia de la vulneración del art. 24.2 CE por los autos que conforman el objeto del presente recurso de amparo».

En dicha STC 97/2020, a la que se remite el Tribunal, que se refería al recurso de amparo 5196/2019 interpuesto por D. Jordi Sánchez i Picanyol contra acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados de suspensión de su condición de diputado, en el FJ5, se alude a que «Este tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre el carácter y la constitucionalidad de la medida prescrita en el precepto legal de referencia», citando la STC 71/1994, de 3 de marzo, Fundamentos Jurídicos (FFJJ) 6 y 7, la STC 11/2020, de 28 de enero, FFJJ 7 a 9, y la STC 38/2020, de 25 de febrero, FJ 6, y pasa a sintetizar tal jurisprudencia sobre el mencionado precepto:

A. Por lo que hace a la naturaleza y alcance de la medida que aquí aplicó la mesa del Congreso de los Diputados es de recordar lo siguiente: (i) la suspensión que impone este precepto no tiene carácter punitivo o sancionador [SSTC 71/1994, FJ 7; 11/2020, FJ 9 B), y 38/2020], y constituye un efecto inmediatamente ligado por la Ley procesal a la adopción de sendos autos de procesamiento y de prisión provisional que afecten a imputados que estén integrados o relacionados con «bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes» [SSTC 71/1994, FJ 6; 11/2020, FJ 7 b), y 38/2020, de 25 de febrero]; (ii) la medida es provisional, vinculada como está a aquellas resoluciones judiciales y a su mantenimiento, y surge automáticamente de la propia ley, sin dejar margen alguno en su aplicación a los «órganos destinatarios de la norma», más allá de la verificación de la concurrencia de sus presupuestos procesales (SSTC 71/1994, FJ 6; 11/2020, FJ 8, y 30/2020, de 25 de febrero); (iii) esta suspensión ex lege del ejercicio de la función o cargo públicos no trae causa de lo previsto en el artículo 55 CE, en cualquiera de sus dos apartados (capítulo V del título primero de la Constitución: «De la suspensión de derechos y libertades»), sino que engarza directamente con los derechos del artículo 23.2 CE, en tanto que derechos de configuración legal, [SSTC 71/1994, FJ 6, y 11/2020, FJ 9 B) a)]; y (iv) la restricción así establecida por el legislador es también aplicable, conforme a su tenor literal y significado gramatical, a los procesados en firme y en prisión provisional por su presunta participación en un delito de rebelión [STC 11/2020, FJ 9 B) b)].

B. La STC 71/1994 apreció ya la constitucionalidad, en el marco de lo entonces planteado, del artículo 384 bis y a tal pronunciamiento se han referido, las recientes SSTC 11/2020, FJ 8, y 38/2020 de 25 de febrero. La conclusión a la que llegó aquella primera sentencia es del mayor relieve, en orden a lo que también hoy, de manera

indirecta, se argumenta en contra y a favor de la validez del precepto legal, por más que este debate constitucional muestre, en el presente procedimiento, algunos matices singulares que habrán de ser objeto, en los fundamentos que siguen, de consideración específica. Basta ahora con recordar que el tribunal valoró entonces que la norma controvertida en aquel recurso de inconstitucionalidad no entraba en colisión con los derechos fundamentales enunciados en los artículos 23.2, en cuanto a la permanencia en el ejercicio de la función o cargo público, con especial referencia a los cargos de naturaleza representativa y 24.2, en relación con la presunción de inocencia, de la Constitución: (i) constató el tribunal, por lo que refiere al primero de estos derechos, que la medida de suspensión impuesta en el precepto impugnado «ha de afectar, precisa y exclusivamente, a los procesados y presos que lo hayan sido por aparecer –sin perjuicio de lo que resulte del juicio oral– como integrados o relacionados “con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”, es decir, previa la “imputación formal y provisional de criminalidad” [...] por delitos que conllevan “un desafío mismo a la esencia del Estado democrático” [...]», de tal modo que «[l]a excepcional amenaza que esta actividad criminal conlleva para nuestro Estado democrático de Derecho justifica, sin duda, una medida provisional» como la controvertida, con la conclusión de que el supuesto contemplado en el artículo 384 bis bien podía ser visto por el legislador «como inconciliable con la permanencia del procesado por estos delitos en el desempeño de funciones o cargos públicos o, más sencillamente, como incompatible con la concesión de cualquier permiso de salida de prisión para la realización de actos concretos que supongan ejercicio de tal función o cargo»; en definitiva –añadió el Tribunal– «la regla enjuiciada no viene sino a prescribir, en negativo, uno de los “requisitos” para el mantenimiento en el ejercicio de una función o cargo público, concretamente el no encontrarse en situación de prisión provisional como consecuencia del procesamiento» por tales delitos, «una condición, en suma, cuya legitimidad y proporcionalidad no la hace contraria al contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 23.2 CE», FJ 6, razonamiento al que se refiere, asimismo, la STC 11/2020, FJ 8, donde se añade, en coherencia con lo transcrito, que «la exigencia de proporcionalidad se cumple en la configuración legal de los supuestos ante los que nace la restricción», de modo que «la exigencia de motivación de los actos aplicativos de la norma se proyecta únicamente sobre el juicio relativo a la existencia de sus presupuestos legales»; (ii) por lo que hace al examen de la norma legal a la luz de la presunción de inocencia, el

tribunal, tras recordar que esta garantía constitucional permanece viva cuando se ha dictado un procesamiento y es compatible con la adopción de medidas cautelares, vino a concluir que «la norma constitucional que reconoce este derecho fundamental (art. 24.2 CE) no resulta canon adecuado para el enjuiciamiento del art. 384 bis LECrim, pues ni la medida de suspensión en él prevista constituye pena alguna ni su adopción, por lo mismo, queda condicionada por la realización de actividad probatoria de cargo» FJ 7, apreciación que ha de entenderse en el contexto del procedimiento entonces resuelto y ante el argumento impugnatorio de que la medida de suspensión solo podría imponerse como pena accesoria y al término de un proceso en el que, mediante prueba de cargo, se hubiera destruido la invocada presunción de inocencia.»

Esta es, pues, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del artículo 384 bis LECrim, en relación con el artículo 23. 2 CE, de la que ha de partirse a la hora de comentar la Sentencia 17/2021.

A continuación, la sentencia pasa a analizar si ha sido correcta la aplicación concreta que en este caso se ha realizado del artículo 384 bis LECrim.

3. El control por parte del Tribunal Constitucional de la aplicación al caso concreto

Si bien el argumento principal de la demanda es la vulneración del artículo 23.2 de la Constitución por la suspensión de la condición de diputado autonómico en aplicación del artículo 384 bis LECrim, también invocaba, por conexión, la vulneración de otros derechos: (i) al juez ordinario predeterminado por la ley (artículos 24 de la CE, 47 y 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCYP); (ii) a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE, en relación con los arts. 47 y 48 CDFUE, art. 6 CEDH, art. 14 PIDCYP y art. 10 de la Declaración universal de derechos humanos); (iii) a un juez imparcial y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE), y (iv) a la legalidad de las infracciones penales (art. 25.1 CE), por falta de relevancia penal de los hechos objeto de enjuiciamiento.

Sin embargo, la sentencia excluye del conocimiento del Tribunal todas estas alegaciones relativas al procesamiento del recurrente y centra el objeto del recurso solo a la vulneración del derecho fundamental que se le reconoce en el artículo 23.2 CE (FFJJ 1 y 2).

Asimismo, hay que referirse a que, como cuestión procesal previa, se planteó la eventual pérdida sobrevenida del objeto del recurso de amparo (FJ 3). Debe señalarse que, con posterioridad a la interposición del recurso de amparo, pero antes de su admisión a trámite, y mediante auto fechado el 14 de octubre de 2019, el magistrado instructor de la causa especial núm. 20907-2017, dejó sin efecto la aplicación al recurrente del artículo 384 bis LECrim, en atención al contenido de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 459/2019, de 14 de octubre de 2019. Esto supuso que la suspensión del recurrente en su cargo de parlamentario en el Parlamento de Cataluña comenzó el 9 de julio de 2018 y cesó el 14 de octubre de 2019. Ello, sin embargo, se entiende que no supone la pérdida sobrevenida del objeto del recurso, como se alegó por el Ministerio Fiscal, y así se razona en la sentencia (FJ 3), al considerarse que, en todo caso, durante ese tiempo la medida de suspensión acordada en aplicación del artículo 384 bis LECrim estuvo desplegando efectos y también porque la decisión de dejar sin efecto la medida cautelar tampoco vino a suponer la reparación por el propio órgano judicial de los derechos fundamentales que se invocan como vulnerados en amparo.

Al abordar ya en su FJ 6 la cuestión principal de la demanda respecto a si, en este caso concreto, la aplicación de mencionado precepto 384 bis LECrim ha vulnerado el artículo 23.2 CE, se realiza una remisión a la STC 11/2020. En este sentido, esta sentencia 171/2021 no aporta doctrina nueva sobre la cuestión, recogiendo lo ya dicho en pronunciamientos anteriores y sirviendo para consolidar un cuerpo doctrinal que, de nuevo, se va a repetir en otros pronunciamientos posteriores que hemos citado en el apartado de resoluciones relacionadas.

El FJ 6, que es el central de la sentencia, se remite, como decimos, a lo dicho por la STC 11/2020. Se analizan las distintas alegaciones de la demanda por las que se considera que ha habido en este caso una indebida aplicación del artículo 384 bis que ha vulnerado sus derechos reconocidos en el artículo 23.2 CE, ello derivado

de cuatro hechos: de que (i) el auto de procesamiento no puede considerarse como auto firme, (ii) de la inconveniente aplicación a las conductas imputadas al recurrente del tipo de rebelión, (iii) de la falta de concurrencia de la situación de prisión provisional, y (iv) del hecho de convertir la medida cautelar en una pena de inhabilitación anticipada inaplicando lo previsto en el artículo 25.1 a) del RPC.

La sentencia se va pronunciando sobre cada una de estas cuestiones, desestimándolas, si bien previamente advierte el Tribunal de sus límites respecto al control que puede hacer de la aplicación del artículo 384 bis, debido al automatismo de su aplicación, señalando que «En el caso del artículo 384 bis LECrim, la limitación del ejercicio del cargo público que implica la suspensión aparece indeclinablemente unida a la concurrencia de los presupuestos a los que la norma liga tal medida: el procesamiento firme y prisión provisional por razón de los delitos señalados en la norma. El control que puede realizar el Tribunal es meramente formal, verificando si las resoluciones judiciales que se impugnan constatan o no la concurrencia de los presupuestos procesales, con una fundamentación razonable».

Partiendo de esta premisa, el Tribunal va analizando las alegaciones de la demanda.

(i) La firmeza del auto de procesamiento

Respecto a la cuestión relativa a la falta de firmeza del auto de procesamiento, señala que

ya respondió el FJ 9 de la STC 11/2020, a cuya argumentación se hace remisión expresa. En aquel momento se dio por ajustada a la Constitución la respuesta ofrecida por el Tribunal Supremo en relación con este extremo, considerándola suficiente, objetiva y razonable. Y el mismo juicio cabe formular en este caso, porque la argumentación del Tribunal Supremo es sustancialmente la misma, cuando considera que «en auto de fecha 26 de junio de 2018, desestimó los recursos interpuestos y confirmó el procesamiento por este delito de los encausados anteriormente señalados, ganando de este modo firmeza la resolución [...] Concretamente, en auto de fecha 3 de noviembre de 2017 se acordó la prisión provisional de Carles Puigdemont, Antonio Comín y Clara Ponsatí, adoptándose igual decisión respecto de Marta Rovira i Vergés en auto de 23 de marzo de 2018, pese a que tales procesados no se encuentren materialmente

confinados todavía en ningún centro penitenciario al haber eludido la acción de la Justicia y haber buscado refugio en terceros países.

Señalado lo anterior, entiende el Tribunal, y así se reitera ahora,

que la naturaleza del auto de procesamiento, por un lado, y la propia medida cautelar de suspensión evidencia que la noción de firmeza que trata de hacer valer el recurrente en amparo no se adecúa a la característica de provisionalidad que es predicable del contenido de tales decisiones judiciales. La firmeza exigida por el art. 384 bis LECrim, no tiene el significado de invariabilidad material de la calificación jurídica que está en la base de la adopción de la medida cautelar, sino que equivale a imposibilidad formal de interponer recurso frente a ella. La STC 11/2020, de 28 de enero, lo expresa de este modo en su FJ 9: «La nota de provisionalidad, que define la medida prevista en el art. 384 bis LECrim, aparece también en los presupuestos procesales que determinan su vigencia: la situación de prisión provisional, medida caracterizada por su modificabilidad [por todas, STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3 a)] y la calificación jurídica expresada en la imputación precisa y formal en que el procesamiento consiste, susceptible de ser revisada durante todo el curso de la causa hasta el dictado de la sentencia firme (STC 27/2019, FJ 7, antes citada). En conclusión, la provisionalidad de la calificación jurídica contenida en el auto de procesamiento no contradice la noción de firmeza, en cuanto este concepto cobra todo su sentido al hacerse equivalente a inimpugnabilidad formal de tal resolución judicial, cuando contra ella no cabe recurso alguno, bien por haber dejado transcurrir el plazo para recurrir bien por haberse rechazado el último recurso disponible según la legislación procesal.

Por tanto, concluye el Tribunal que el auto de procesamiento era firme, y que ello justificaba la adopción de la medida cautelar.

(ii) Aplicación a las conductas imputadas al recurrente del tipo de rebelión

Respecto a la cuestión relativa a la inconveniente aplicación a las conductas imputadas al recurrente del tipo de rebelión, la sentencia se remite al fundamento jurídico 9 B) de la STC 11/2020, que se

detiene en una queja equivalente a la que se plantea en el recurso de amparo que ahora nos ocupa.

En aquel caso, como en este, se cuestionaba que concurriese el presupuesto legal consistente en que el procesamiento y la prisión provisional tengan su causa en la imputación de un «delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes». Y en aquel pronunciamiento, que reitera ahora la sentencia, se concluye que la argumentación de las resoluciones impugnadas para justificar que efectivamente se habían cometido los delitos a que podía asociarse la imposición de la medida cautelar, había sido suficiente, razonada y razonable. Partiendo de que no se cuestiona la concurrencia de los extremos fácticos que sustentan las decisiones de procesamiento y de adopción de las medidas cautelares y de que no es posible pronunciarse sobre la calificación jurídica provisional de los hechos, al amparo del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), porque esto supondría adelantar un juicio que no corresponde realizar en este momento por resultar prematuro, es preciso concluir que la interpretación formulada por el Tribunal Supremo respecto de la expresión «individuos rebeldes» contenida en el art. 384 bis LECrim, supera el canon de control constitucional aplicable.

Respecto a la conexión de la aplicación del artículo 384 bis LECrim a los procesados por rebeldía, el auto de 10 de julio dice literalmente, y tras formular una remisión expresa a los pronunciamientos básicos del auto de fecha 9 de julio de 2018: «La medida de suspensión ha de afectar, precisa y exclusivamente, a los procesados y presos que lo hayan sido por aparecer –sin perjuicio de lo que resulte del juicio oral– como integrados o relacionados «con rebeldes», es decir, previa la «imputación formal y provisional de criminalidad» (STC 218/1989, fundamento jurídico 4) por delitos que conllevan «un desafío mismo a la esencia del Estado democrático» (STC 89/1993)». Y añade: «en lo que respecta a los supuestos para los que resulta aplicable la medida de suspensión, aun cuando el recurrente ha sido también declarado en rebeldía, la expresión rebeldes contenida en el artículo 384 bis de la LECrim hace referencia a los presuntos partícipes en un delito de rebelión, esto es, en los términos del Tribunal Constitucional anteriormente destacados, «previa la imputación formal y provisional de criminalidad, por delitos que conllevan un desafío mismo a la

esencia del Estado democrático». En modo alguno se condiciona la aplicación de la medida al empleo de armas en la comisión del delito, cumpliéndose las exigencias normativas con la presunta satisfacción de los elementos típicos correspondientes a cada una de las figuras delictivas que el artículo 384 bis contempla».

Haciendo remisión expresa y completa al fundamento jurídico 9 B) de la STC 11/2020, y trayendo al enjuiciamiento presente el que se realizó entonces, el Tribunal concluye que «la argumentación empleada sobre este presupuesto legal, relativo a la causa o razón del procesamiento, respeta la literalidad de la norma y atiende a la naturaleza e importancia del delito en el contexto de cuya persecución se inserta esta medida provisional, delito que conlleva «un desafío mismo a la esencia del Estado democrático» (STC 71/1994, FJ 6), que era imputado a algunas de las personas que ostentaban los más altos cargos públicos en la Comunidad Autónoma de Cataluña y cuya lesividad ha sido destacada en múltiples resoluciones a las que se remite el propio Tribunal Supremo, lo que cumple con el canon constitucional que resulta aplicable».

(iii) Falta de concurrencia de la situación de prisión provisional

En relación con la falta de concurrencia de la situación de prisión provisional, la sentencia entiende que la interpretación del artículo 384 bis LECrim efectuada por el Tribunal Supremo en el auto de procesamiento de 10 de julio de 2019 es suficiente, razonada y razonable, ausente de quiebras lógicas, de arbitrariedad y de error.

El auto impugnado sostiene que

la ley no exige la materialización de la privación de libertad para la aplicación del precepto. La norma procesal es clara al establecer las exigencias para que opere la medida cautelar de una manera automática, exigiendo que se haya decretado la prisión provisional contra el procesado por rebeldía. El inciso último del artículo que se analiza no modifica el contenido sustantivo de los requisitos, resultando evidente que la concreta redacción de la acotación descansa en lo insólito que resulta que una persona procesada por un delito de rebelión, y que se encuentra en situación de rebeldía por haberse sustraído a la acción de la Justicia, eludiendo al tiempo la decisión de prisión, pueda pretender el ejercicio de funciones públicas

en el ámbito de jurisdicción de nuestros Tribunales. No existe razón ninguna que justifique que puedan ejercer funciones públicas quienes se encuentran en la situación procesal contemplada en el artículo 384 bis. La situación de prisión a la que se refiere el art. 384 bis LECrim se refiere a la procesal, que en este caso ya está adoptada, no a la material, que no puede adoptarse ante la huida de los recurrentes de la acción de la justicia, pero la situación del acuerdo de prisión está adoptada. Cuestión distinta es que no pueda ejecutarse por la situación voluntaria de fuga de los recurrentes.

Y continúa:

Frente a lo que el recurrente sostiene la inexistencia de la materialización de la situación de prisión provocada por el propio recurrente no puede ser una situación planteada que pretenda beneficiarle por ser *contradictio in terminis*, por alegar una situación buscada de propósito, y que no es obstáculo para aplicar consecuencias relacionadas con una medida de prisión provisional, que el recurrente elude por no comparecer y ponerse a disposición del Tribunal. Pretender no aplicar el recurrente una medida *ex lege* del art. 384 bis LECrim por una obstrucción del mismo a su obligatoria comparecencia es un alegato que provoca un rechazo en sí mismo, por ser una auto obstaculización del recurrente a la orden judicial de comparecencia. En la literatura griega se llama *Oxímoron*, que consiste en usar dos conceptos de significado opuesto en una sola expresión, y ello es lo que ocurre con el recurso en este caso. La prisión preventiva es una situación procesal en los casos en los que, como el presente, no se han llevado a cabo por sustraerse el recurrente a la acción de la justicia. La situación de prisión conlleva una determinación automática de la suspensión del empleo o cargo público, y no optativa en su decisión del instructor. La *ratio essendi* de la norma está clara, porque, por un lado, el funcionario en prisión provisional no puede ostentar en ese periodo cargo público, sin perjuicio de su recuperación cuando se adopten la recuperación de su estatus, en su caso, por el instructor. Y es su incomparecencia lo que, además, no permite modificar su situación procesal de prisión. Una cosa es la materialización física de la medida de prisión, y otra la situación procesal de la misma. Y el art. 384 bis LECrim no puede entenderse aplicable solo a los que se encuentran solo en prisión física y no procesal, y «en beneficio» de los que están en situación de rebeldía, ya que de ser así provocaría un beneficio la fuga y no ponerse a disposición del tribunal, y un perjuicio hacerlo. La norma

no puede otorgar en este caso un distinto tratamiento en la medida de suspensión del cargo público.

Pues bien, de la lectura de los párrafos transcritos se deduce, para el Tribunal Constitucional, que la interpretación formulada por el Tribunal Supremo no puede ser tachada de arbitraria o errónea, y resulta razonable, porque coloca en idéntica posición, respecto de la medida cautelar de suspensión, a quienes han decidido sujetarse y a quienes han decidido sustraerse a la acción de la justicia, entrando los primeros en prisión para cumplir la medida preventiva vinculada a la suspensión y huyendo los segundos de esa eventualidad. Lo que no hubiera tenido sentido alguno, es negar esta aplicación equivalente, a través de una interpretación extravagante de la norma, colocando en mejor posición a quien no cumple la medida provisional de privación de libertad que a quien si lo hace. Como afirma el Ministerio Fiscal, el artículo 384 bis no puede entenderse como un precepto que distingue entre el preso provisional y el fugado, para favorecer al segundo cuando incumple su deber de sujeción al proceso. Lo que el artículo 384 bis LECrim establece es que la prisión provisional esté «decretada» y no que se haya materializado el ingreso en prisión, porque efectivamente se haya cumplido la orden.

(iv) Conversión de la medida cautelar en una pena de inhabilitación anticipada inaplicando lo previsto en el artículo 25.1 a) del RPC

Finalmente, respecto a que esta suspensión pretende convertirse en una pena de inhabilitación anticipada prescindiendo de lo dispuesto en el artículo 25.1 a) del RPC, el Tribunal se remite a lo dispuesto en el fundamento jurídico 7 de la STC 11/2020:

a) El precepto legal no configura una suspensión del derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE en el sentido del art. 55 CE, en cualquiera de sus dos apartados. Por el contrario, se engarza directamente en los derechos del art. 23.2 CE como derechos de configuración legal («los requisitos que señalen las leyes»), pues «[e]n definitiva, la regla enjuiciada no viene sino a prescribir, en negativo, uno de los “requisitos” para el mantenimiento en el ejercicio de una función o cargo público, concretamente el no encontrarse en situación de prisión provisional como consecuencia del procesamiento por

delito por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes».

b) La medida en cuestión no es autónoma, sino que surge de la confluencia de dos factores: la situación de prisión provisional; y el procesamiento por delito cometido por persona integrada o relacionada «con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes».

(i) Respecto del primer elemento, se razona que la medida «se hace depender de algo que no es sino, materialmente, una suspensión del goce de la libertad personal». En efecto, la suspensión en el ejercicio de la función o cargo público solo tiene lugar una vez «decretada la prisión provisional», de tal modo que, además, aquella solo se mantiene «mientras dure la situación de prisión». Sin que el derecho a la libertad personal, como tal derecho fundamental, sea «suspendido», la situación de prisión provisional, legalmente acordada, implica una medida cautelar particularmente gravosa para uno de los derechos fundamentales más preciados de la persona.

(ii) Respecto del segundo, se dice: «no cabe [...] hacer abstracción de la naturaleza de los delitos en el contexto de cuya persecución esta medida se inserta. La medida de suspensión que enjuiciamos ha de afectar, precisa y exclusivamente, a los procesados y presos que lo hayan sido por aparecer –sin perjuicio de lo que resulte del juicio oral– como integrados o relacionados “con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”, es decir, previa la “imputación formal y provisional de criminalidad” (STC 218/1989, fundamento jurídico 4) por delitos que conllevan “un desafío mismo a la esencia del Estado democrático” (STC 89/1993, fundamento jurídico 3), tal como ha encontrado reflejo en el propio texto constitucional. La excepcional amenaza que esta actividad criminal conlleva para nuestro Estado democrático de Derecho justifica, sin duda, una medida provisional como lo es la prevista en el precepto impugnado, dirigida frente a quienes –sin perjuicio de lo que resulte del juicio oral– han sido objeto de un acto firme de procesamiento».

(iii) Finalmente, concluye reconociendo la legitimidad constitucional de la medida en función de la conjunción de estos dos elementos o factores. Y señala que «el supuesto contemplado en el art. 384 bis LECrim, por tanto, bien puede ser visto por el legislador, como inconciliable con la permanencia del procesado por estos delitos en el desempeño de funciones o cargos públicos o, más sencillamente, como incompatible con la concesión de cualquier permiso de salida de prisión para la eventual realización de actos concretos que supongan ejercicio de tal función o cargo». El requisito negativo de no hallarse en situación de prisión provisional

por aquellos delitos es «una condición, en suma, cuya legitimidad y proporcionalidad no la hace contraria al contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 23.2 CE».

A partir de lo expuesto, la STC 97/2020, de 21 de julio, que el Tribunal considera plenamente aplicable en todos sus argumentos al supuesto actual, especifica que ni el artículo 384 bis LECrim establece sanción o pena alguna, ni su aplicación ha deparado la condena del recurrente, porque el precepto legal no es norma punitiva, sino «establecedora de una medida provisional vinculada, de manera inmediata y necesaria, a otras previas –procesamiento firme y prisión provisional– adoptadas por la autoridad judicial» [FJ 5 B)]. Pero tampoco ha sufrido el recurrente daño alguno en el derecho fundamental que invoca por haber sido tratado como culpable en las resoluciones impugnadas ni por conllevar tal trato, objetivamente, la propia disposición que impuso su suspensión como diputado. De un lado porque el artículo 384 bis LECrim es de aplicación inmediata y necesaria cuando concurren los presupuestos en él fijados, y de otro porque las resoluciones impugnadas no hacen sino verificar el cumplimiento de dichos presupuestos [STC 97/2020, FJ 5 C)]. De todo lo cual, cabe deducir que no ha habido ninguna infracción del artículo 25 del RPC, ya que la norma penal se aplica al margen del mismo.

III. CONCLUSIONES

De la doctrina expuesta se pueden extraer las siguientes conclusiones de interés desde el punto de vista parlamentario, dejando al margen las que se refieren a cuestiones de tipo procesal o penal respecto a la aplicación de los tipos delictivos.

La primera, y como ya quedó tempranamente dicho por la STC 71/1994 la aplicación del artículo 384 bis LECrim a los parlamentarios, si concurren los requisitos exigidos por el precepto, no supone una vulneración de sus derechos representativos reconocidos en el artículo 23.2 CE. El paso del tiempo desde ese inicial pronunciamiento y los nuevos casos producidos, no han hecho variar esta conclusión, sino que la han reafirmado.

Ello es así por las siguientes razones. Los derechos reconocidos en el artículo 23 no son absolutos sino de configuración legal, sujetos a los límites legales que se establezcan. La permanencia en el cargo solo se da mientras no aparezcan elementos o circunstancias, previstos legalmente, que hagan decaer este derecho. Pues bien, el artículo 384 bis LECrim es uno de estos supuestos que ahora forman parte de la configuración legal del artículo 23.2 CE.

Existe una causa, que casi se puede considerar de tipo ético o moral, que justifica una medida como la contemplada en el artículo 384 LECrim por la que se suspende el ejercicio del cargo parlamentario. Repugna o resulta inconciliable con los valores públicos que alguien condenado por alguno de estos delitos que atentan a los pilares del sistema constitucional y político, ejerza un cargo público. Una imputación formal y provisional de criminalidad por delitos que conllevan «un desafío mismo a la esencia del Estado democrático», como es el de rebelión, justifica por sí solo la adopción de la medida provisional. Es decir, en la causa de aplicación del artículo 384 bis LECrim hay un reproche de tipo moral, que parte del principio indiscutible de la ejemplaridad que ha de tener quien ejerce un cargo público y de la contradicción en que se incurre, si quien combate el orden constitucional, ejerce un cargo dentro de ese orden. La palabra usada por la sentencia es «insólito». Resultaría insólito «que una persona procesada por un delito de rebelión, y que se encuentra en situación de rebeldía por haberse sustraído a la acción de la Justicia, eludiendo al tiempo la decisión de prisión, pueda pretender el ejercicio de funciones públicas en el ámbito de jurisdicción de nuestros Tribunales». La conclusión tajante, que podría servir para resumir toda la sentencia, es que «No existe razón ninguna que justifique que puedan ejercer funciones públicas quienes se encuentran en la situación procesal contemplada en el artículo 384 bis».

A la vez, hay un indiscutible interés en preservar nuestro orden constitucional frente a la amenaza que supondría para ese orden que alguien condenado por uno de esos delitos que atentan a la esencia del Estado, pudiera salir de prisión para ejercer un cargo público.

Además, se considera que esta medida de suspensión, dada su naturaleza cautelar y provisional, es proporcionada, porque no supone una pena de inhabilitación permanente ni una privación definitiva del

cargo público, sino que éste es recuperable en cuanto se alce la medida o se dicta la absolución. Que después esto suceda o no, dependerá de la conducta del procesado.

La medida es también proporcionada porque no impide que, mientras el diputado esté suspendido, otro pueda ejercer sus funciones, si así se prevé esta solución en los reglamentos parlamentarios. Sin embargo, como se ha señalado, la ausencia de un mecanismo de sustitución de los parlamentarios suspendidos provoca inevitablemente una alteración en la composición de la Cámara tal y como surgió de las urnas, lo que puede acabar incidiendo a la postre en la conformación de la voluntad popular (Gómez Corona, 2020, p. 201).

Así, en el caso que nos ocupa, el RPC, no prevé ningún mecanismo de sustitución. Se tuvo que adoptar un acuerdo *ad hoc* del Pleno que permitiera la sustitución durante un tiempo indefinido de los seis diputados suspendidos de sus funciones por el juez Llarena, entre los cuales se encontraba el aquí recurrente. La cuestión fue polémica, en el sentido de si tal acuerdo debía adoptarse por el Pleno por mayoría simple o mayoría absoluta. Finalmente, se decidió que fuera por mayoría simple, según el criterio del Secretario General de la Cámara que, de esta forma, corregía el criterio del Letrado Mayor del Parlament, que había advertido que el acuerdo necesitaba mayoría absoluta (El País, 2018).

El dictamen aprobado en la Comisión del Estatuto de los Diputados, que se sometió al Pleno, acordaba que «mientras dure la situación jurídica actual y no se resuelvan los recursos presentados por sus defensas, los derechos parlamentarios de los diputados podrán ser ejercidos por el miembro de su grupo parlamentario que los interesados designen».

Otra conclusión importante, a nuestro juicio, es la prevalencia de la norma criminal frente a la norma parlamentaria. Como dice el Tribunal, el artículo 384 bis LECrim desplaza al artículo 25 del RPC que no puede considerarse ley especial frente a la norma procesal penal y menos si la contradice. Ya vimos que el artículo 25 prevé la participación de la Comisión del Estatuto del Diputado y del Pleno para acordar la suspensión. La doctrina que se establece en esta sentencia, con apoyo en las anteriores, proclama el automatismo en la aplicación del artículo 384 bis LECrim, sin dejar margen alguno en

su aplicación a ningún órgano parlamentario, más allá de la estricta verificación de la concurrencia de sus presupuestos procesales. Un artículo como el 25 del Reglamento catalán, que exige que la suspensión acordada por el órgano judicial sea dictaminada por una comisión y aprobada por el pleno, es incompatible con el automatismo del 384 bis. Lo mismo ocurrió en el Senado cuando se planteó la suspensión de Romeva, poniéndose de manifiesto la laguna del Reglamento sobre esta cuestión, ya que solo prevé la suspensión respecto a senadores a los que se les haya concedido previamente suplicatorio. Se concluyó que el artículo 384 bis ha de operar automáticamente, aunque el Reglamento no prevea este supuesto de suspensión respecto a senadores a los que no se les concedió suplicatorio (20 minutos, 2019).

Para el Tribunal, aunque la medida opere automáticamente, ello no es desproporcionado, porque la proporcionalidad de la medida se cohonestaba con la gravedad de los hechos y, más aún, en el caso concreto de este amparo, dada las circunstancias específicas que rodeaban al recurrente, en posición de rebeldía procesal, siendo claro de nuevo el principio de que nadie puede alegar a su favor la propia culpa o torpeza («*nemo auditur propriam turpitudinem allegan*»). Quien infringe la norma, estando en fuga, no puede pretender sacar de la situación ilegal (la fuga), un beneficio (la no aplicación de la medida de suspensión).

La figura griega del oxímoron que el propio Tribunal Constitucional utiliza para describir el caso, nos ha de servir para concluir este comentario. El oxímoron es una *contradictio in terminis* o un absurdo. A una palabra se le aplica un epíteto que parece contradecirla, por ejemplo un oxímoron es «luz oscura». En este caso, aunque el Tribunal no formule expresamente el oxímoron, éste podría ser «diputado rebelde». Ambos términos resultan contradictorios, nunca podría ejercer de diputado un procesado por rebeldía.

BIBLIOGRAFÍA

- GÓMEZ CORONA, E. (2020). La suspensión del mandato parlamentario y sus consecuencias a la luz de las últimas experiencias. *Revista de Estudios Políticos*, 190, 199-226.
- SHAPIRO, M. (2004). *On Law, Politics, and Judicialization*. Nueva York: Oxford University Press.
- El País, 2 de octubre de 2018, Los letrados allanan el camino para sustituir a los seis diputados https://elpais.com/ccaa/2018/10/01/catalunya/1538418387_709105.html
- 20 minutos, 29 de mayo de 2019, La Mesa del Senado suspende al parlamentario preso de ERC Raül Romeva, <https://www.20minutos.es/noticia/3655186/0/suspension-romeva-senador-letrados-concluyen-resulta-indudable-aplicacion-ley/>

LA UTILIZACIÓN DE LAS SALAS DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, ¿UN DERECHO DE LOS PARLAMENTARIOS? COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 137/2021, DE 29 DE JUNIO. RECURSO DE AMPARO NÚM. 202-2019. (BOE NÚM. 182, DE 31 DE JULIO DE 2021)

THE USE OF THE ROOMS OF THE CONGRESS OF DEPUTIES, A RIGHT OF THE MEMBERS OF PARLIAMENT? COMMENTARY ON CONSTITUCIONAL COURT JUDGMENT 137/2021, OF JUNE 29, CONCERNING THE APPEAL FOR LEGAL PROTECTION NUM. 202-2019. (BOE NÚM. 182 OF JULY 31, 2021)

Andrea GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS
Letrada de las Cortes Generales
<https://orcid.org/0000-0002-3729-0887>

RESUMEN

La sentencia se refiere al acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 15 de noviembre de 2018, que desestimaba la solicitud de reconsideración presentada contra el acuerdo del mismo órgano de gobierno de la Cámara de 31 de octubre de 2018, que deniega la autorización para celebrar en la Sala Constitucional del Congreso un encuentro de parlamentarios en el marco, aunque de forma paralela, a la [43.ª Conferencia Europea de Solidaridad y Apoyo al Pueblo Saharaui (EUCOCO)], que tuvo lugar en Madrid los días 16 y 17 de noviembre de 2018. En la misma, el Tribunal Constitucional precisa el contenido del derecho al ejercicio de cargos públicos, para concluir que no forma parte de este el derecho a disponer de las salas del Congreso de los Diputados para la celebración de reuniones que no se refieran al ejercicio de funciones parlamentarias propiamente dichas, desestimando el recurso de amparo.

Palabras clave: *ius in officium, funciones de la Mesa de la Cámara, recurso de amparo parlamentario.*

Artículos clave: *arts. 23 y 71.4 CE.*

Resoluciones relacionadas: *SSTC 46/2014, de 27 de febrero, 1/2015, de 19 de enero, 109/2016, de 7 de junio, 110/2019, de 2 de octubre, 159/2019, de 12 de diciembre, 24/2020, de 13 de febrero, 68/2020, de 29 de junio y 69/2021 de 18 de marzo.*

ABSTRACT

The judgment refers to the Agreement of the Bureau of the Congress of Deputies on the 15th of November, 2018, which rejected the appeal against the Agreement of the same body on the 31st of October, 2018. The latter denied the authorization to celebrate a meeting by Members of Parliament in the Constitutional Room of the Congress in parallel to that of the EUCOCO (43. European Conference for Support and Solidarity with the Saharawi People), that took place in Madrid on the 16th and 17th of November, 2018. In the judgment, the Constitutional Court specifies the content of the right to exercise representative public office, concluding that the right to use the rooms of the Congress of Deputies to celebrate meetings not related to parliamentary functions are not part of this right, denying the Appeal for Protection.

Keywords: *ius in officium, functions of the Bureau of the Assembly, Parliamentary Appeal for Legal Protection.*

Key Articles: *arts. 23 and 71.4 of the Spanish Constitution.*

Related decisions: *SSTC 46/2014, of 27 February, 1/2015, of 19 January, 109/2016, of 7 June, 110/2019, of 2 de October, 159/2019, of 12 December, 24/2020, of 13 February, 68/2020, of 29 June and 69/2021 of 18 March.*

I. ANTECEDENTES

El día 16 de octubre de 2018, los portavoces de los grupos parlamentarios Mixto, Ciudadanos y GP UP-EC-EM, tres diputados y los coordinadores del intergrupo por el Sáhara Occidental, solicitaron a la Mesa del Congreso de los Diputados el uso de la Sala Constitucional durante la mañana del viernes 16 de noviembre para la celebración de un encuentro de parlamentarios españoles, así como de Francia, Italia, Dinamarca, Suecia, Suiza, Argelia, Sudáfrica y Mauritania, bajo el marco, aunque de forma paralela, a la celebración de la EUCOCO, celebrada en Madrid los días 16 y 17 de noviembre de 2018.

La Mesa de la Cámara, previa solicitud de informe a la Secretaría General acerca de la naturaleza del citado intergrupo, los precedentes existentes en cuanto a reuniones similares que se hayan podido celebrar en la Cámara, así como la posición de España en el asunto de fondo, acordó denegar la celebración de dicho encuentro el 30 de octubre de 2018. Los Grupos Parlamentarios Confederal de Unidos Podemos- En Comú Podem-En Marea, Esquerra Republicana, Vasco (EAJ-PNV) y Mixto solicitaron a la Mesa la reconsideración de su acuerdo, lo que la Mesa desestimó por acuerdo de 13 de noviembre de 2018. Contra dichos acuerdos, el portavoz y un diputado del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos- En Comú Podem-En Marea del Congreso de los Diputados presentaron un recurso de amparo alegando la vulneración del artículo 23.2 de la Constitución Española (CE) en relación con el artículo 23.1 CE por denegar, sin motivo ni fundamento alguno, la autorización de la celebración citada.

La Sección Cuarta del Tribunal admitió a trámite el recurso de amparo, apreciando como motivo de especial trascendencia constitucional el hecho de que planteaba un problema o afectaba a un derecho fundamental sobre el que no había doctrina del Tribunal.

La Letrada de las Cortes Generales, por su parte, solicitó la inadmisión de la demanda de amparo por mutación subjetiva del ejercicio de la acción y consiguiente falta de legitimación, así como por falta de agotamiento de la vía previa exigida en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC). Con carácter subsidiario, solicitó su desestimación, por entender que la utilización de las salas de la Cámara no forma parte del contenido del artículo 23

CE y, por tanto, no es susceptible de protección mediante el recurso de amparo. Dicho recurso solo podría estimarse si el acuerdo de la Mesa hubiera impedido el ejercicio de una función constitucional, siendo así que el acuerdo que deniega una sala a los diputados es una competencia administrativa de la Mesa, amparada en las funciones que le otorga el artículo 31.1.1º del Reglamento del Congreso de los Diputados.

Por último, el Ministerio fiscal, se pronunció a favor de la estimación del recurso de amparo, porque los acuerdos carecen de motivación y se ha vulnerado el artículo 23.2 CE, al haberse contrariado la naturaleza de la representación o la igualdad de sus representantes.

II. COMENTARIO

Por medio de la presente sentencia, el Tribunal Constitucional ha hecho un estudio del *ius in officium*, para concluir que la solicitud realizada para la utilización de las dependencias del Congreso realizar actos que no se refieran al ejercicio de funciones parlamentarias propiamente dichas, quedan fuera del recurso de amparo.

Antes de centrarnos en el estudio de la sentencia, debe precisarse qué se entiende como intergrupo parlamentario. En este sentido, la «Nota sobre la celebración de un acto en el Congreso de los Diputados de manera paralela a la celebración de la EUCOCO», de la Dirección de Relaciones Internacionales del Congreso de los Diputados, que fue solicitada por la Mesa a los efectos de adoptar su decisión, señala que los intergrupos parlamentarios «son entidades que reúnen a miembros de diversos grupos parlamentarios orientadas a promover determinadas causas o analizar cuestiones concretas de la política nacional e internacional». Estos se caracterizan por la informalidad en su funcionamiento, carácter no oficial, carencia de respaldo institucional y falta de reconocimiento reglamentario, sin que muchas de sus reuniones sean notificadas a la Cámara, desconociéndolas esta. Por lo tanto, se trata de agrupaciones, carentes de reconocimiento por los Reglamentos de las Cámaras, que se reúnen y funcionan al margen de los mismos.

Durante la XII legislatura, en la que se produjo la situación que dio lugar a la sentencia comentada, se constituyeron intergrupos

de muy diversa naturaleza. Así, en el ámbito de las relaciones internacionales, destacan intergrupos de amistad con Israel, con Palestina, con Guinea Ecuatorial o el propio intergrupo por el Sáhara Occidental, si bien también se crearon intergrupos dedicados a cuestiones de política interior, como el intergrupo sobre población, desarrollo y salud reproductiva, entre otros.

Sentado lo anterior, es preciso referirse brevemente al hecho de que, como cuestión previa, el Tribunal Constitucional analiza la falta de identidad entre los diputados que solicitaron el uso de la Sala Constitucional del Congreso, los diputados que plantearon la solicitud de reconsideración del acuerdo de 31 de octubre de 2018 y los que finalmente interpusieron el recurso de amparo. En este sentido, hace alusión a la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 24/2020, que se pronunciaba sobre la legitimación en el ámbito del recurso de amparo del art. 42 LOTC, concluyendo que debe existir una identidad entre los diputados que constituyeron una agrupación ocasional para el ejercicio de una determinada iniciativa parlamentaria, en número y con las exigencias que para promover dicha iniciativa determina el Reglamento de la Cámara, y aquellos que posteriormente interpusieron el correspondiente recurso de amparo. En relación con el caso en cuestión, la facultad de solicitar una sala corresponde a los diputados y a los grupos, sin establecerse ninguna exigencia específica en cuanto a su titularidad (de acuerdo con el «Régimen de los espacios de uso común de la Cámara», criterios de 8 de octubre de 2012, actualizados a fecha de 4 de marzo de 2014). En la medida en que los diputados recurrentes en amparo habían presentado la solicitud de uso de sala y plantearon la reconsideración a su denegación, se entiende que están legitimados para interponer el recurso ante el Tribunal Constitucional, con independencia de que a la solicitud inicial y a la reconsideración se sumaran otros diputados y grupos parlamentarios.

Señalada la cuestión previa, pasamos al análisis del principal problema que se plantea en la sentencia, relativo a la naturaleza del derecho a utilizar las salas del Congreso de los Diputados. A tal efecto, debe partirse de que las Cortes Generales, ejercen las funciones que la Constitución (en particular, el art. 66.2) y los Reglamentos de las Cámaras les atribuyen. Para ejercerlas adecuadamente la jurisprudencia constitucional ha elaborado la conocida doctrina del *ius in*

officium, que implica que el artículo 23 CE no se limita a consagrar el derecho fundamental de acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad, sino que comprende también una garantía de desarrollo pleno de la función representativa.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que, para el ejercicio de las funciones parlamentarias, los diputados y senadores deben contar con medios personales y materiales suficientes, como se desprende del art. 71.1 CE en relación de la asignación de los parlamentarios, así como de la autonomía financiera y administrativa o de personal de las Cámaras del art. 72 CE. En consecuencia, la cuestión básica a dilucidar en el caso que nos ocupa, es si la posibilidad de disponer de medios materiales de los parlamentarios se incluye en el núcleo de funciones que la jurisprudencia entiende que forman parte del derecho al ejercicio al cargo público, pues solo en la medida en que la denegación de la Mesa afecte al citado derecho, reconocido en el art. 23.2 CE, cabe presentar un recurso de amparo en virtud del art. 42 LOTC, mientras que, en caso contrario, se trataría de una cuestión interna de la cámara, siendo aplicable la doctrina de los interna corporis acta.

Para pronunciarse sobre dicha cuestión, lo primero sería precisar qué ha de entenderse por *ius in officium*. Así, según reiterada doctrina jurisprudencial, frente a la consideración tradicional de los actos no legislativos del Parlamento como actos puramente internos, se ha reconocido que los mismos están sometidos a la Constitución y, por tanto, sujetos a un eventual control de su constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, siendo así que el derecho fundamental que este debe garantizar es el de participación política recogido en el art. 23.2 CE. La doctrina anterior se condensa, además de en otras, en la STC 69/2021, de 18 de marzo, Fundamentos Jurídicos (FFJJ) 4 y 5 C, de la que se desprende que el derecho a acceder a los cargos públicos de naturaleza representativa implica también el de mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con la ley, sin constricciones o perturbaciones ilegítimas. Cuando se trata de tales cargos representativos, el derecho enunciado en el artículo 23.3 CE ha de ponerse en conexión con el de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1

CE). Tal y como se desprende del inciso final del art. 23.2 CE, dicho derecho es de configuración legal, por lo que la ley, en este caso, los Reglamentos parlamentarios, son los que se encargan de precisar qué derechos y facultades corresponden a los distintos cargos públicos y pasan a integrarse, en consecuencia, en el *ius in officium*, por cuyo ejercicio deben además velar los órganos de las Cámaras y, en última instancia, el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, no cualesquiera funciones que se realicen por parte de los parlamentarios afectan al derecho al ejercicio del cargo público. Así, la STC 159/2019, de 12 de diciembre, Fundamento Jurídico (FJ) 5 c señala que «La Constitución no ha asumido en el artículo 23.2 CE un genérico derecho fundamental al respeto de todos y cada uno de los derechos y facultades del estatuto del parlamentario, sino tan sólo el de aquellos que pudiéramos considerar pertenecientes al núcleo de la función representativa, como son, principalmente, los que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción del gobierno». Siendo un derecho de configuración legal, este se desarrolla en los Reglamentos parlamentarios, donde el derecho al ejercicio del cargo público se plasma en una serie de iniciativas parlamentarias tales como la presentación de preguntas, interpelaciones, proposiciones no de ley, comparecencias, proposiciones de ley, enmiendas, etc.). En este caso, la celebración de la sesión para la cual se solicitó la sala, constituye un acto de un intergrupo parlamentario realizado al margen de las funciones que se reconocen por el Reglamento a los diputados. Por otro lado, el acuerdo de la Mesa en ningún caso impedía que la citada reunión se pudiese celebrar en otro lugar, ni impedía a los Diputados que asistiesen a la misma.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones en relación con los derechos económicos de los diputados y con los medios materiales y personales de los grupos parlamentarios previstos en el reglamento de la Cámara, concluyendo que los derechos de contenido económico no forman parte del núcleo esencial del *ius in officium* del diputado, si bien en algunas ocasiones ha precisado que la privación de dichos derechos podría comportar la vulneración del art. 23.2 CE cuando se impida el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas (STC 69/2021, FJ 5 C). Así, lo ha

entendido, en particular, en relación con la privación de la asignación de los diputados prevista en el artículo 71.4 CE, como instrumento para el ejercicio de las funciones parlamentarias, que comportará la vulneración del art. 23.2 CE cuando esta le impida el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, como se ha expuesto, la solicitud cursada por el Grupo Interparlamentario no se encontraba en este supuesto, toda vez que la petición de sala por la misma no comportaba el ejercicio de una de las funciones parlamentarias referidas, a través de los instrumentos previstos en el Reglamento. «En resumen, ni la Constitución ni el Reglamento de la Cámara establecen el derecho a disponer de cualquier sala del Congreso de los Diputados para la celebración de reuniones que no se refieran al ejercicio de funciones parlamentarias propiamente dichas. Por lo tanto, los acuerdos impugnados no contravienen previsiones ni de la Constitución Española ni del Reglamento de la Cámara sobre dotación de medios personales y materiales a los diputados y a los grupos parlamentarios; tampoco se trata de un supuesto en el que se hayan denegado medios, recursos o espacios para que los diputados o los grupos parlamentarios pudieran desarrollar las funciones que forman parte del núcleo esencial de su función representativa, sino que lo que se solicitó fue la disposición de un espacio de la Cámara para una reunión de parlamentarios ajena a las funciones del Congreso (artículo 66.2 CE y Reglamento del Congreso de los Diputados RCD). Por lo tanto, no resultó afectado el artículo 23 CE.

La posibilidad del uso de una sala sería, en todo caso, accesorio al ejercicio de la función parlamentaria y su denegación sería, en su caso, una cuestión de legalidad ordinaria [en este sentido, STC 69/2021, FJ 5 C)]” [STC 137/2019, fJ 3 b)]».

A mayor abundamiento, debe añadirse que el artículo 67.3 de la Constitución señala que «Las reuniones de Parlamentarios que se celebren sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras, y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios». Si los intergrupos no están reconocidos reglamentariamente y sus reuniones se producen al margen de la regulación existente, parece claro que, en modo alguno, dicha reunión implica el ejercicio de las funciones de las Cámaras.

Tras indicar que la posibilidad de usar una sala no forma parte del *ius in officium*, el Tribunal Constitucional plantea que la cuestión analizada en esta sentencia es por tanto un asunto administrativo de la Cámara. En este sentido, precisamente figuraba entre los asuntos administrativos sometidos a la Mesa, la cual goza de la facultad de «adoptar cuantas decisiones y medidas requieran la organización del trabajo y el régimen y gobierno interiores de la Cámara» (art. 31.1.1º RCD). Este precepto está conectado con la autonomía parlamentaria reconocida en el artículo 72 de la Constitución y que tradicionalmente se otorgaba a la Comisión de Gobierno Interior, de la cual el vigente Reglamento ha optado por prescindir. Al tratarse de una solicitud de naturaleza no parlamentaria, no se aplica al caso en cuestión la doctrina jurisprudencial relativa al alcance de las funciones de la Mesa de calificación y admisión a trámite de los escritos y documentos de naturaleza parlamentaria.

Dicho lo anterior, los criterios que adopte la Mesa en relación con las salas del Congreso de los Diputados se enmarcan en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, aplicable a las Cortes Generales en virtud de su disposición adicional primera, referida a la afectación de los bienes del Patrimonio del Estado a los órganos constitucionales y su utilización. En este sentido, deben tenerse en cuenta, en primer lugar, el artículo 6 de dicha ley, que prevé el principio de la aplicación efectiva al uso general o al servicio público, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas. En segundo lugar, el artículo 88 dispone que «los bienes destinados a otros servicios públicos se utilizarán de conformidad con lo previsto en el acto de afectación o adscripción y, en su defecto, por lo establecido en esta ley y sus disposiciones de desarrollo». Finalmente, el artículo 90.3 de la ley, referido a las autorizaciones especiales de uso sobre bienes afectados, señala que «... no se sujetarán a los requisitos previstos en el apartado 1 de este artículo, las autorizaciones de uso por plazo inferior a 30 días, o para la organización de conferencias, seminarios, presentaciones y otros eventos. El órgano competente deberá fijar en el acto de autorización, tanto las condiciones de utilización del inmueble, estableciendo lo necesario para que la misma no interfiera su uso por los órganos administrativos que lo tuvieran afectado o adscrito, como la contra-

prestación a satisfacer por el solicitante, de acuerdo con lo señalado en el apartado 5 del artículo 92 de esta ley».

Con respeto a la citada regulación, para el ejercicio de estas funciones en materia de gobierno interior, la Mesa suele seguir diversos criterios, de manera que, en el momento de plantearse el hecho controvertido, era de aplicación el «Régimen de los espacios de uso común de la Cámara», criterios de 8 de octubre de 2012, actualizados a fecha de 4 de marzo de 2014. En lo que a la celebración de actos en la Cámara se refiere, este régimen establecía lo siguiente:

«Cuando un Grupo Parlamentario o un Diputado deseen celebrar en una Sala de Comisión o similar un acto, presentación, jornada o actividad análoga, dirigirá un escrito a la Mesa del Congreso con indicación del día, hora, naturaleza y programa de la actividad.

La Mesa decidirá sobre la autorización del acto atendidas las circunstancias de la solicitud, su incidencia en la actividad parlamentaria y otros criterios relevantes.

En ningún caso podrá darse publicidad a la actividad solicitada con carácter previo a la autorización por la Mesa.

Una vez concedida la autorización, la organización y el desarrollo del acto se ajustarán en todo caso a las directrices fijadas por la Cámara con carácter general, que serán comunicadas a los organizadores por el correspondiente departamento de la Secretaría General. El desconocimiento o incumplimiento de aquellos podrá dar lugar a la revocación de la autorización».

A la vista de lo expuesto, puede concluirse que el uso normal del edificio parlamentario será el que es conforme con el destino del ejercicio de las funciones parlamentarias, sin que exista un derecho exigible para otros usos del inmueble de la Cámara, es decir, para el ejercicio de actividades ajenas a las funciones de las Cámaras, sino que será la Cámara quien discrecionalmente lo deba autorizar, conforme a los criterios expuestos, que la propia Mesa decidió adoptar.

Los demandantes alegan, por otro lado, que los acuerdos carecen de toda motivación. Aunque el control de la discrecionalidad del acuerdo de la Mesa correspondería, en su caso, a la jurisdicción ordinaria contencioso-administrativa, el Tribunal Constitucional señala que

como se afirmó en la STC 110/2019, de 2 de octubre, FJ 4, «es doctrina constitucional constante que la motivación que los demandantes echan en falta solo es un imperativo constitucional cuando los actos controvertidos hayan sido restrictivos del ius in officium de los representantes (por todas las múltiples resoluciones en este sentido, STC 32/2017, de 27 de febrero, FJ 5)». Asimismo, el Tribunal Constitucional, «ante la denuncia de falta de motivación de acuerdos de órganos de las diferentes cámaras ha entendido que la misma ha podido ser expresada tanto en el acuerdo inicial, como en la contestación a la solicitud de reconsideración (en este sentido, STC 173/2020, de 19 de noviembre, FJ 3), y también en el acta de la reunión en la que se adoptó el correspondiente acuerdo (STC 110/2019, de 2 de octubre, FJ 4)» [STC 69/2021, FJ 5 B)].

En el caso controvertido, tras la solicitud realizada por diversos diputados para el uso de la Sala Constitucional, la Mesa optó por solicitar un informe a la Secretaría General del Congreso de los Diputados sobre este asunto, emitiéndose la «Nota sobre la celebración de un acto en el Congreso de los Diputados de manera paralela a la celebración de la EUCOCO» por la Dirección de Relaciones Internacionales del Congreso de los Diputados a la que ya se ha hecho alusión.

La Mesa solicitó en el informe, entre otros aspectos, la posición de España en la materia controvertida, puesto que la sala se solicitaba para la realización de un acto para el apoyo al Pueblo Saharaui. Debe tenerse en cuenta que las funciones de las Cortes Generales deben en todo caso respetar la Constitución y el artículo 97 CE atribuye al Gobierno la dirección de la política exterior. En este sentido, el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación comunicó su criterio el jueves 25 de octubre de 2018, expresando su parecer desfavorable. En concreto, la posición del Gobierno de España en torno al contencioso del Sáhara Occidental trataba en aquel momento de mantener diversos equilibrios. Partiendo de la premisa de que los denominados «Acuerdos de Madrid» de noviembre de 1975 no otorgan a Marruecos derechos soberanos sobre el territorio saharauí, España no había aceptado formalmente la anexión por parte de Marruecos del territorio saharauí, pero tampoco reconocido la República Árabe Saharaui Democrática (en lo sucesivo, RASD) como sujeto de Derecho Internacional. La posición oficial expresada públicamente es la siguiente. «España apoya una solución

política, justa, duradera y mutuamente aceptable que prevea la libre determinación del pueblo saharauí en el marco de los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas. España apoya el papel central de las Naciones Unidas en la búsqueda de una solución y mantiene su compromiso humanitario con el pueblo del Sahara Occidental, siendo el primer donante bilateral de ayuda a los campamentos de refugiados». En relación con lo anterior, las Cortes Generales mantenían la celebración de un Foro Parlamentario con la Cámara de Representantes y la Cámara de Consejeros del Reino de Marruecos, y en la cuarta edición del Foro, celebrada en Madrid en abril de 2018, la delegación marroquí puso de manifiesto su malestar por diversas actuaciones emprendidas en el Parlamento español que implicaban un apoyo a las posiciones defendidas por la RASD y el Frente Polisario. A la vista de lo expuesto cabe concluir que, por supuesto, las Cortes Generales en el ejercicio de sus funciones pueden y deben controlar al Gobierno en materia de política exterior, pero ello debe llevarse a cabo a través de los instrumentos reconocidos en la Constitución y desarrollados por el Reglamento de la Cámara, sin que se reconozca por dichas normas que tales funciones se realicen mediante reuniones interparlamentarias.

A la vista del informe de la Secretaría General, la Mesa finalmente adoptó la decisión de denegar la solicitud de los diputados, como consta en el acta de la Mesa de 30 de octubre de 2018. Concluye el alto tribunal desestimando el recurso, pues «En definitiva, al haber adoptado la Mesa una decisión en el ejercicio de la función que le corresponde en materia de gobierno interior que no afectó a ningún derecho de los parlamentarios, ninguna lesión de derechos se derivaría de la misma, razón por la que la decisión adoptada en los acuerdos impugnados ha de ser respetado por este tribunal, “para no convertirse en una instancia revisora de contiendas sin contenido constitucional” (en este sentido, STC 68/2020, de 29 de junio, FJ 4)».

III. CONCLUSIONES

De esta sentencia hemos de concluir que los derechos a medios materiales de los diputados no forman parte del núcleo esencial del *ius in officium*, salvo cuando la privación de derechos impida el ejercicio

de las funciones que tienen encomendadas (STC 69/2021, FJ 5 C). Por ello, la denegación por la Mesa de la Cámara a la solicitud realizada por diversos parlamentarios para la celebración en la Sala Constitucional de un encuentro de parlamentarios españoles y de Francia, Italia, Dinamarca, Suecia, Suiza, Argelia, Sudáfrica y Mauritania, bajo el marco aunque de forma paralela a la EUCOCO, asunto de naturaleza administrativa y no parlamentaria, no vulnera el artículo 23.2 CE, desestimando en consecuencia el Tribunal Constitucional el recurso de amparo. En este sentido, si bien se trata de un acto realizado por los parlamentarios, no forma parte del elenco de instrumentos que los Reglamentos de las Cámaras ponen a su disposición, que son los que garantiza el artículo 23.2 CE como derecho de configuración legal. Por lo demás, el acuerdo que concede o deniega la solicitud es un acto de carácter administrativo y no parlamentario, sin que sea, por tanto, de aplicación a este supuesto la doctrina jurisprudencial existente sobre el alcance de las funciones de la Mesa de calificación y admisión a trámite de los escritos y documentos de naturaleza parlamentaria.

EL PAPEL DEL SENADO Y LOS LÍMITES A LA REGULACIÓN POR DECRETO-LEY EN EL PROCESO DE DESIGNACIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA Y DE SU PRESIDENTE COMO PARTE DEL CONTROL PARLAMENTARIO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICOS. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 134/2021, DE 24 DE JUNIO. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 3883-2018. (BOE NÚM. 182, DE 31 DE JULIO DE 2021)

THE ROLE OF THE SENATE AND THE LIMITS TO THE REGULATION BY DRECREE-LAW IN THE PROCESS OF DESIGNATION OF THE MANAGEMENT BOARD OF THE SPANISH BROADCASTING CORPORATION AND ITS PRESIDENT AS A PART OF THE PALIAMENTARY CONTROL ON SOCIAL COMMUNICATIONS MEDIA. COMMENTARY ON CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENT 134/2021, OF JUNE 24. CONCERNING THE ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY NUM. 3883-2018. (BOE NUM. 182, OF JULY 31, 2021)

M.^a Teresa GONZÁLEZ ESCUDERO
Letrada de las Cortes Generales
<https://orcid.org/0000-0002-0056-8339>

RESUMEN

Estamos ante un pronunciamiento que, además de reiterar la asentada doctrina del Tribunal Constitucional sobre los requisitos de los reales decretos-leyes, concreta, al hilo de la interpretación de los artículos 20.3 y 23.2 de la CE, el régimen jurídico de los medios de comunicación pública, completando las sentencias que se han dictado en esta materia, las más recientes los años 2017 y 2018. Asimismo, la Sentencia define la posición del Senado dentro de la estructura constitucional en relación con

su participación en la función de control parlamentario de los medios de comunicación que recoge el mencionado artículo 20.3 de la CE, especialmente en el aspecto relativo a la designación de los miembros del Consejo de la Corporación RTVE, considerando la participación de esta Cámara un aspecto sustancial de dicho control.

Palabras claves: reales decretos-leyes, medios de comunicación social, Senado, ius in officium.

Artículos clave: arts. 20, 23 y 86 CE.

Resoluciones relacionadas: dado que son innumerables las sentencias anteriores que se relacionan con este pronunciamiento, enumeramos las más recientes. En relación con los medios de comunicación de titularidad pública, SSTC 103 y 150/2017, y 20/2018. En relación con la posición constitucional del Senado, SSTC 97/2002, 155/2005, 119/2011 y 136/2011. En relación con los reales decretos-leyes, SSTC 107/2015, 34 y 73/2017, y 61/2018.

ABSTRACT

We are before a declaration that, aside from reaffirming a very stable doctrine of the Constitutional Court on the requirements of the decrees-laws, specifies, in context to the interpretation of articles 20.3 and 23.2 of the Spanish Constitution, the regulation of the social communications media under the control of the State or any public agency, completing the sentences dictated on this matter; the more recent ones being from years 2017 and 2018. Furthermore, this Sentence states the Senate's position inside of the Constitutional Structure concerning its participation in the parliamentary control of social communications media, regulated in article 20.3 of the Spanish Constitution, specifically, regarding the designation of the management board of the Spanish Broadcasting Corporation, considering this Chamber's participation a substantial aspect of said control.

Keywords: decrees-laws, social communications media, Senate, ius in officium.

Key articles: arts. 20, 23 y 86 of the Spanish Constitution.

Related decisions: given the innumerable amount of sentences related to this judgement, we shall mention the more recent ones. Regarding social communications media, SSTC 103 y 150/2017, y 20/2018. Regarding the Senate's position in the Constitutional Structure, SSTC 97/2002, 155/2005, 119/2011 y 136/2011. Regarding the decree-law, SSTC 107/2015, 34 y 73/2017, y 61/2018.

I. ANTECEDENTES

La sentencia que aquí se comenta se dictó como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra el Real Decreto-ley 4/2018, de 22 de junio, por el que se concreta, con carácter urgente, el régimen jurídico aplicable a la designación del Consejo de Administración de la Corporación de RTVE y de su Presidente.

Su análisis debe hacerse atendiendo al contexto en el que se dictó el real decreto-ley que pretendía solucionar una situación de parálisis en la designación de un nuevo Consejo de Administración de la Corporación RTVE, conforme a un procedimiento que las Cámaras debían haber regulado tras la aprobación de la Ley 5/2017 (disposición transitoria segunda). Es decir, la norma gubernamental con rango de ley se dictó para desbloquear (u obligar a las Cortes a desbloquear) una concreta situación que *condenaba* a un Consejo de Administración de la Corporación RTVE prorrogado, a continuar funcionando, si bien con sus competencias mermadas al no tener presidente.

La Ley 5/2017, de 29 de septiembre, por la que se modifica la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, para recuperar la independencia de la Corporación RTVE y el pluralismo en la elección parlamentaria de sus órganos, entró en vigor el 1 de octubre de ese año. Conforme a su disposición transitoria segunda, el nuevo procedimiento de designación de los consejeros que sustituyera al anterior consejo debería haberse aprobado en el plazo de tres meses, esto es, antes del 1 de enero de 2018. Sin embargo, las Cámaras solo dieron cumplimiento a su obligación de establecer un procedimiento de elección de los nuevos miembros del Consejo de Administración de la Corporación RTVE en julio de 2018¹, al mismo tiempo que se estaba desarrollando el procedimiento de elección que acabaría en el nombramiento de la administradora provisional única,

¹ Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 10 de julio de 2018, por la que se aprueban las normas para la renovación de los miembros del Consejo de Administración de la Corporación RTVE (BOCG, Cortes Generales, Serie A, núm. 214, de 13 de julio de 2018).

conforme a lo dispuesto en el real decreto-ley controvertido. Por otra parte, dicho procedimiento aprobado por las Cámaras, aunque se alargó hasta marzo de 2021, ya había concluido en el momento de dictarse la sentencia y, consecuentemente, se había llevado a cabo conforme a una resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado que desarrollaba lo regulado en la disposición final primera del Real Decreto-Ley 4/2018.

La situación de bloqueo en la renovación del Consejo de Administración de la Corporación RTVE llevó al Gobierno a la aprobación de un régimen de elección alternativo y, en cierto modo, transitorio, que se recogía en un único artículo, conforme al cual las Cámaras debían elegir en el plazo de quince días naturales desde la entrada en vigor del real decreto-ley, a los diez consejeros previstos en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 17/2006, y de acuerdo con el reparto entre las Cámaras, previsto en el apartado 1 del artículo 11 de esa misma ley. Asimismo, una vez elegidos los consejeros, el Congreso de los Diputados designaría, en el mismo plazo de quince días naturales, al consejero que desempeñaría el cargo de presidente de la Corporación. Ello, claro está, regiría solo hasta que las Cortes Generales cumplieran con el mandato de la disposición transitoria segunda de la ley 5/2017.

Además, el decreto-ley, si bien mantenía el régimen de mayorías que la ley establece para el nombramiento de los consejeros y presidente, introducía, con el fin de cumplir con la situación de urgencia, una reducción de los plazos y, lo que fue más controvertido, dos reglas en los apartados tercero y sexto por las que, por un lado, se sustituía al Senado para el caso de que esta Cámara no hubiera elegido en plazo a los consejeros que le correspondían y, por otro, si fracasaba el procedimiento parlamentario de designación, el Gobierno asumía la competencia de proponer un candidato que viniera a hacer las veces de Consejo de Administración y presidente de la Corporación (denominado administrador provisional único) y que debía ser elegido por el Congreso de los Diputados por mayoría de dos tercios, en primera vuelta, o por mayoría absoluta, en segunda. Finalmente, en la disposición final primera, el Gobierno aprovechaba para regular con cierto detalle los requisitos que presidirían el procedimiento de designación

de los miembros del Consejo de Administración, condicionando con ello la regulación que correspondía dictar a las Cámaras.

Así las cosas, los recurrentes impugnaban el real decreto-ley en su conjunto, fundamentando sus alegaciones en la vulneración del artículo 86.1 CE al no existir el presupuesto habilitante para dictar aquella norma. Pero además, se consideraba que el apartado tercero, en relación con el primero, y el apartado sexto del artículo único, así como la disposición final primera del real decreto-ley, no respetaban los límites materiales exigidos en el artículo 86 CE para este tipo de normas, al afectar al derecho fundamental del artículo 20.3 CE y a las instituciones básicas del Estado, en concreto al funcionamiento interno del Congreso de los Diputados y del Senado.

Asimismo, se consideraba por los demandantes que los apartados primero y sexto del artículo único eran contrarios al artículo 72 de la CE, en conexión con el artículo 23.2 CE, por invadir la autonomía de las Cortes Generales, en particular, la del Senado. Y, finalmente, reclamaban la inconstitucionalidad del apartado segundo, último inciso, y el apartado primero de la disposición final primera por vulneración del artículo 72 CE, en relación con los principios de proporcionalidad (artículo 9.3 CE), del pluralismo político (artículo 1.1 CE) y del sistema democrático de las mayorías (artículo 79 CE).

El abogado del Estado, sin embargo, concluyó en sus alegaciones que los presupuestos exigidos para dictar conforme a la Constitución un decreto-ley, esto es, la extraordinaria y urgente necesidad, y la conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida y las medidas que se adoptan en la norma, quedaban probados. En efecto, según el defensor de la constitucionalidad del real decreto-ley, ante la falta de designación conforme al ordenamiento vigente de los miembros del consejo y su presidente por las Cortes Generales, era evidente tanto la urgente necesidad de que la Corporación RTVE dispusiera de órganos de gobierno capaces de hacer frente a su gestión y de evitar que esta situación afectase a la correcta prestación de un servicio público esencial, como evidente era la existencia de una clara conexión de sentido entre el artículo único y la disposición final primera, ya que ambas pretendían lograr que el nombramiento ordinario de los órganos directivos se produjera a la mayor brevedad, de modo que el necesario pero excepcional régimen

del artículo único se veía limitado al máximo por la disposición final cuestionada.

Defiende también la abogacía del Estado el respeto del decreto-ley a los límites materiales a los que están sometidos este tipo de normas, y ello porque no afecta a las Cámaras (instituciones básicas del Estado) ni a la reserva de reglamento parlamentario, justificando la preterición a la que se ve sometida el Senado en el bicameralismo imperfecto que nuestra Constitución ha diseñado. Finalmente, rechaza los argumentos de vulneración del artículo 72 CE, en relación con los principios de proporcionalidad (artículo 9.3 CE), del pluralismo político (artículo 1.1 CE) y del sistema democrático de las mayorías (artículo 79 CE), pues considera que el aval de las candidaturas por la mitad de los grupos parlamentarios, además de ser una constante en la regulación anterior, otorga un plus democrático al procedimiento.

Sobre la base de argumentos no del todo pacíficos, como lo demuestran los tres votos particulares formulados a la sentencia, y que se resumen a continuación, el Tribunal Constitucional vino solo a apreciar la inconstitucionalidad y, consecuentemente, declaró la nulidad de la disposición final primera y del apartado tercero del artículo único, desestimando el resto del recurso.

Por el contrario, el primero de estos votos particulares viene a considerar que la inconstitucionalidad alegada del apartado tercero del artículo único debería predicarse también del apartado sexto, pero no por vulneración del derecho fundamental sino por obviar la reserva de ley parlamentaria que determina el art 20.3 CE.

Según el voto particular número dos, dicho artículo 20.3 CE regula, en su primer inciso, un mandato en relación con el control parlamentario de los medios públicos, mientras que, en su segundo inciso, regula lo que sí podría ser un derecho, esto es, la garantía de los grupos sociales y políticos significativos para acceder a los medios de comunicación social dependientes del Estado, y considera que no se vulnera el artículo 86 CE, pues la regulación impugnada afecta al primero de los incisos, a diferencia de lo que ocurría en la STC 20/2018, alegada en esta. Asimismo, este voto particular del magistrado Conde-Pumpido Tourón señala que del artículo 20.3 CE no se deduce que el control de los medios públicos tenga que ser

bicameral y, consecuentemente, considera perfectamente posible un control ejercido solo por el Congreso de los Diputados. Con todo, rechaza, muy especialmente, el cambio de criterio que cree observar en la doctrina sobre el presupuesto habilitante de los decretos-leyes.

El tercero de los votos particulares también se refiere al cambio de criterio jurisprudencial, esta vez en relación con las SSTC 103 y 150/2017, y discrepa de la conclusión a la que llega la actual sentencia al dictaminar que «no es posible regular por decreto-ley el régimen de intervención parlamentaria en el control de los medios de comunicación de titularidad pública por incidir en los límites materiales expuestos en el art. 86.1 CE», por referirse a «una afectación prohibida de los derechos fundamentales», cuando, al entender de la magistrada Balaguer Callejón, «el problema aquí no es de derechos, sino de instituciones», lo que en cualquier caso le lleva a considerar que «las facultades de control parlamentario de estas instituciones forman parte de la función de control esencial de los órganos de representación parlamentaria (en este sentido, la STC 12/1982, de 31 de marzo), por lo que su afectación también debe quedar extramuros del ámbito material permitido a los decretos-leyes».

II. COMENTARIO

La sentencia, cuyo comentario ahora nos ocupa, incide en diversos aspectos de desigual novedad. Por un lado, y con carácter prioritario, se analiza la constitucionalidad de la norma impugnada a la luz de la doctrina sobre los requisitos que se han de cumplir para «la utilización del instrumento normativo de urgencia» pero, por otro, al enjuiciar la norma, analiza la posición institucional del Senado en el contexto del bicameralismo imperfecto diseñado por la Constitución, lo que a todas luces es más *inusual* que los pronunciamientos sobre el cumplimiento de los requisitos del artículo 86 CE sobre los que el Alto Tribunal ha tenido numerosas ocasiones para pronunciarse. Es, asimismo, interesante la doctrina que la sentencia y sus votos particulares desarrollan en torno al artículo 20.3 de la CE, convirtiéndose este pronunciamiento en un exponente destacado para su interpretación. Finalmente, y con menor relevancia pues la afección del Real Decreto-Ley 4/2018 en este punto es solo incidental,

el Tribunal expone también parte de su doctrina acuñada en torno al artículo 23.2 CE.

La concurrencia formal del presupuesto habilitante de los reales decretos-leyes

En efecto, el Tribunal analiza, en primer lugar, si concurre o no el presupuesto habilitante para aprobar un real decreto-ley, ya que dicho enjuiciamiento incide directamente sobre la validez de la norma en función de su propia forma de aprobación y, por ello, de apreciarse su falta, no sería necesario entrar en el fondo del recurso.

Como ya hemos apuntado, en este extremo el Tribunal recurre a pronunciamientos anteriores (SSTC 34 y 150/2017 o 61/2018) y recuerda que el Gobierno es quien aprecia la extraordinaria y urgente necesidad pero, matiza el Alto Tribunal, esta apreciación «no constituye una cláusula vacía de significado dentro de la cual el margen de apreciación política del Gobierno se mueve libremente sin restricción alguna», muy al contrario, el presupuesto habilitante de extraordinaria y urgente necesidad es «un verdadero límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes» cuya apreciación corresponde en primer término al Gobierno, al ejercer esta potestad legislativa, y en segundo término, al Congreso de los Diputados, como titular de la potestad de derogación, convalidación o tramitación como proyecto de ley; mientras que al Tribunal Constitucional corresponderá controlar que este juicio político no desborde sus límites jurídicos.

Establecido pues el papel de cada uno de los actores en el proceso, el Tribunal busca los elementos que le han de permitir ejercer su función de garante, y para ello recurre, como en otras ocasiones, a la exposición de motivos, al debate parlamentario de la convalidación y al expediente de elaboración de la norma impugnada, pues a él no le corresponde inferir la existencia del presupuesto habilitante, sino comprobar que este se cumple conforme lo ha explicitado el Gobierno, que es quien debe exponer claramente su existencia, sin que el Tribunal Constitucional pueda presumir la concurrencia de aquel. Este razonamiento le permite declarar la inconstitucionalidad formal de la disposición final primera del Real Decreto-Ley 4/2018, pues el Ejecutivo no hace alusión alguna, ni en la exposición de motivos, ni en el debate de convalidación, ni en la memoria de impacto normativo,

respecto de la urgencia de la medida adoptada en esta disposición final.

Ahora bien, la declaración de inconstitucionalidad tiene solo efectos declarativos y no afecta, como ya antes se ha dicho, al proceso de elección del Consejo de Administración de la Corporación RTVE, concluido en el momento de dictar la sentencia, y desarrollado conforme a lo establecido en la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y el Senado, de 10 de julio de 2018 que, a su vez, se había dictado al amparo de la normativa contenida en la disposición final declarada inconstitucional. El Tribunal cierra cualquier posible vía de cuestionamiento de la resolución y del procedimiento de elección que conforme a ella se ha seguido, y ello es así porque la resolución no ha sido impugnada y «la declaración de inconstitucionalidad y nulidad, que se proyecta sobre la disposición final primera del Real Decreto-Ley 4/2018, no despliega efecto alguno ni sobre la validez de la resolución de 10 de julio, ni sobre los nombramientos realizados con arreglo a la misma, sin perjuicio de que las mesas del Congreso y del Senado pueden modificar dicha resolución si así lo consideran oportuno».

En consecuencia, declarada la inconstitucionalidad de la disposición final primera, las Mesas de ambas Cámaras ya no se ven condicionadas por ella y pueden modificar o no su resolución, siendo el único mandato con el que cuentan el de que la selección habrá de hacerse por concurso público, con la participación de un comité de expertos designados por los grupos parlamentarios, que deben hacer públicos sus informes de evaluación, y remitirlos a la comisión competente para la correspondiente audiencia de los candidatos.

La vulneración de los límites materiales de los reales decretos-leyes en relación con el contenido del artículo 20.3 CE y la posición constitucional del Senado

Declarada pues la inconstitucionalidad de uno de los preceptos impugnados por falta de cumplimiento del requisito formal que exige al Ejecutivo exponer expresamente el presupuesto habilitante del real decreto-ley, y comprobado que este requisito formal sí se cumple en los demás preceptos de la norma, pasa el Tribunal a enjuiciar las

tachas de inconstitucionalidad alegadas respecto de artículo único, apartados tercero (en relación con el primero) y sexto.

En este caso, el Alto Tribunal, siguiendo una reiterada doctrina a la que alude (SSTC 189/2005, 237/2012, 107/2015 y 73/2017) analiza, en primer lugar, la alegación referida a la «falta de respeto a los límites materiales del artículo 86.1 CE», y deja para un momento posterior la verificación del «adecuado cumplimiento del requisito formal relativo a la concurrencia del presupuesto habilitante» en el que entrará si, y solo si, el precepto no vulnera los límites materiales del artículo 86.1 CE, según el cual el decreto-ley no podrá «afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general».

En este punto hemos de recordar que dos pronunciamientos anteriores del Tribunal, en concreto las SSTC 103 y 150/2017 han cerrado, no sin cierta oposición expresada en sus votos particulares, la posibilidad de alegar que el real decreto-ley vulnera el artículo 86.1 CE por afectar a la ordenación de las instituciones básicas del Estado. En aquellos pronunciamientos, por un lado, se rechazó otorgar tal consideración a los entes públicos de la radio y televisión (tanto estatales como autonómicos) y, por otro, se entendió que las modificaciones introducidas en los sistemas de elección de los miembros de los consejos de dichos entes no afectaban a «los elementos estructurales esenciales o generales» de órganos que sí son instituciones básicas (en aquellos pronunciamientos las Corts Valencianes, y el Congreso de los Diputados y el Senado). Consecuentemente, los recurrentes, en esta ocasión, alegan que la inconstitucionalidad de la norma trae causa del incumplimiento de los límites materiales del decreto-ley al afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, en concreto, al derecho fundamental del 20.3 de la CE², por lo que el Tribunal Constitucional centra su argumentación en analizar los límites al decreto-ley del artículo 86.1 CE en lo tocante a dichos derechos, deberes y libertades, y en definir el contenido, alcance y significado del artículo 20.3 de la CE.

² «Se invoca como conculcado el art. 20.3 CE, relativo al control parlamentario de los medios de comunicación públicos».

Respecto del primero de estos aspectos, recuerda el Tribunal que estos límites deben ser analizados bajo la premisa ya asentada según la cual «afectar» es una noción restrictiva que, por un lado, no debe reducir a la nada la figura del decreto-ley y, por otro, no debe alterar ni el régimen general ni los elementos esenciales de los derechos, deberes o libertades, y como para lograr este adecuado equilibrio es imprescindible tener en cuenta la concreta configuración constitucional de estos derechos, deberes o libertades afectados –además de la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate– el Tribunal pasa inmediatamente a delimitar el contenido del artículo 20.3 CE³.

La delimitación de este apartado 3 debe hacerse, como no podía ser de otra forma, en el contexto de todo el artículo 20 CE que protege el derecho fundamental de una comunicación pública libre, sin la cual quebraría el principio democrático. Esta protección de la comunicación libre lleva aparejada la garantía de derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, la interdicción de determinadas actuaciones de los poderes públicos (prohibición de la censura previa o del secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información sin resolución judicial) y la necesidad de tener en consideración a los medios de comunicación social y a los profesionales que lo sirven (STC 6/1981). Es en este contexto en el que el apartado 3 del artículo 20 CE adquiere todo su sentido.

Con este apartado, señala el Tribunal, el constituyente presupone la existencia de medios de comunicación públicos, estableciéndose una reserva de ley ordinaria para regular dos aspectos de estos medios públicos, siempre sobre la base del pluralismo social y lingüístico. El primer aspecto que la ley ha de regular es la organización y control parlamentario de estos medios, el segundo aspecto, es la garantía de acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, «asociando una suerte de garantía institucional al ejercicio de las libertades informativas».

Se centra el Tribunal en esta sentencia (a diferencia de la de STC 20/2018) en el aspecto organizativo y de control, para afirmar que corresponde al legislador el concreto diseño normativo de las

³ «Por tanto, también debemos contrastar la regulación contenida en los preceptos impugnados con la configuración constitucional del derecho protegido por el art. 20.3 CE».

modalidades de control parlamentario sobre los medios de titularidad pública, siempre con respeto a la autonomía parlamentaria. Afirmar también que este control tiende a garantizar el mejor ejercicio de los derechos fundamentales que son básicos para asegurar una opinión pública libre, y defiende «la importancia que, en el ejercicio de la función de control, tiene el nombramiento de quienes integran el consejo de administración del ente público, tal y como se desprende del razonamiento contenido en la STC 150/2017, de 21 de diciembre». Es decir, la expresión «control parlamentario» hace también referencia al régimen de designación de los órganos de administración de los medios de comunicación pública, y entiende que la expresión «parlamentario» alude a las Cortes Generales y, en consecuencia, el régimen de designación debe atender «al carácter bicameral de las Cortes Generales, sin perjuicio de que en las distintas concreciones de tal régimen pueda plasmarse la distinta posición que ocupan el Congreso de los Diputados y el Senado en el sistema parlamentario caracterizado por un *notorio bicameralismo imperfecto*».

Ahora bien ¿es constitucionalmente adecuado plasmar esta diferente posición constitucional entre ambas Cámaras, mediante una medida que implica la sustitución de una de ellas en el proceso de elección cuando este está bloqueado? El Tribunal Constitucional parece claro en su negativa: «el legislador, y mucho menos el Gobierno actuando como tal, no es enteramente libre de todo límite constitucional a la hora de decidir ante un supuesto excepcional». Sin embargo, en la sentencia solo queda claro que no es constitucionalmente admisible privar al Senado mediante decreto-ley de su potestad de designación de los miembros del Consejo de Administración de la Corporación RTVE, pues esta potestad de designación es un elemento sustancial del control parlamentario que ejercen las Cámaras, las dos, y es contenido esencial del apartado 3 del artículo 20 CE. Como tal contenido esencial no puede abordarse por la legislación de urgencia.

Se superan pues los límites materiales del artículo 86.1 CE cuando se alteran las modalidades de control diseñadas por el legislador en cumplimiento del artículo 20.3 CE, ya que, según lo califica el Alto Tribunal, la intervención de las dos Cámaras en el proceso de designación es un aspecto sustancial del control parlamentario al que alude el precepto y, en consecuencia, concluye que en la designación

de los miembros del consejo deben concurrir ambas Cámaras. No llega, sin embargo, a pronunciarse si una ley parlamentaria podría otorgar solo al Congreso de los Diputados esta función, aunque —y para afianzar su rechazo a la utilización de la figura del decreto-ley con el fin de preterir la actuación del Senado— afirma la sentencia que al prescindirse de la Cámara Alta en una función de defensa del interés público atribuido a las Cortes en general, y en particular al Senado, se está dañando la garantía del pluralismo político que esta institución representa y que es el fin último, en tanto que valor superior del ordenamiento jurídico, del control al que alude el artículo 20.3 CE. Parece pues que cualquier desarrollo normativo del control parlamentario de la Corporación RTVE ha de asegurar un determinado papel al Senado, que no será necesariamente igual al del Congreso, pero que sí debe existir en todo caso⁴.

Consecuentemente, se declara la inconstitucionalidad y nulidad del apartado tercero del artículo único, si bien, nuevamente, con efectos puramente declarativos pues esta norma sería aplicable solo hasta el nombramiento de los nuevos consejeros conforme al nuevo procedimiento, por lo que al momento de dictarse la sentencia la disposición ya no tenía vigencia. El Tribunal señala además que la norma nunca llegó a aplicarse, aunque, para ser más precisos, deberíamos decir que nunca llegó a desplegar todos sus efectos, pues el Congreso de los Diputados sí votó los candidatos del Senado pero no llegó a elegirlos por no alcanzar la mayoría requerida, lo que propició que el Gobierno propusiera y el Congreso eligiera la que sería administradora provisional única de la Corporación hasta marzo de 2021⁵.

No llega el Tribunal a la misma conclusión en relación con los apartados primero y sexto del artículo único, pues, sobre la base

⁴ Esta postura es rechazada por el voto particular número dos que expresamente señala: «sería ir demasiado lejos interpretar que cuando el art. 20.3 CE dispone que la ley regulará el control parlamentario de los medios públicos está disponiendo que tenga que ser un control parlamentario bicameral. Creo que se cumple con la Constitución aunque el control de la RTVE se estableciese —por aquel a quien corresponde hacerlo— que sea solo del Congreso y no del Senado».

⁵ DS del Pleno del Congreso de los Diputados de 10 de julio de 2018. Sesión plenaria n.º 131 (extraordinaria). DS del Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de Julio de 2018. Sesión plenaria n.º 132 (extraordinaria).

de la alegación de vulneración de derechos fundamentales y no de modificación de instituciones básicas, considera que no se está «afectando» el contenido esencial del artículo 20.3 CE cuando se excluye al Senado de las funciones de elección del presidente de la Corporación, pues así ya se contemplaba en la Ley 17/2006, o del administrador provisional único, puesto que el control parlamentario que exige la participación de las dos Cámaras en el proceso de designación del consejo, como señalábamos, no obliga a que este sea en plano de igualdad. Es más, se considera por el Alto Tribunal que el Senado, por el mero hecho de no participar en estos procesos de designación, no pierde completamente el papel que le atribuyen el artículo 20.3 CE y la ley 17/2006 para ejercer el control de las funciones de servicio público de la Corporación RTVE. En consecuencia, concluye la sentencia que ninguno de estos dos apartados afectan al contenido esencial del mencionado artículo 20.3 CE tal y como ha sido definido en su ley de desarrollo, y no se vulneran, por tanto, los límites materiales del artículo 86.1 CE.

Antes de seguir con el análisis de la sentencia, sí parece oportuno destacar la trascendencia que tiene abandonar la alegación de que la regulación de la norma impugnada no afecta a las competencias del Senado, en cuanto institución básica del Estado. En efecto, la norma impugnada excluye al Senado de una de las funciones que la Constitución le atribuye en el artículo 20.3 CE, cual es la del control parlamentario de los medios de titularidad pública, y ello porque, si bien es verdad que en un sistema de bicameralismo imperfecto la ley podría optar por preterir al Senado en el ejercicio de esta función y concedérsela al Congreso de los Diputados, incluso en exclusiva, también lo es que esta posibilidad solo podría hacerse por ley, y no por normas aprobadas por el Gobierno aun cuando tengan rango de ley –así parece que lo entienden los votos particulares de la sentencia–. Sin embargo, inclinarse por esta opción llevaría a declarar inconstitucional no solo el apartado tres del artículo único, sino también muy probablemente el seis, pues en ambos casos una norma, que aun teniendo rango de ley no es ley parlamentaria, está apartando a una institución básica del Estado, el Senado, de una función que ya tiene atribuida, esto es, la del control de los medios de comunicación pública y, en concreto, en una de las atribuciones esenciales de esta

función de control, cual es la participación en el procedimiento de designación de los órganos de gobierno de la Corporación.

Esta argumentación desbarataría la afirmación de la sentencia que declara la constitucionalidad del apartado seis, justificándolo en que ya la ley de la RTVE reconoce la competencia exclusiva del Congreso de los Diputados para nombrar al presidente de la Corporación y, en consecuencia, también puede corresponder únicamente al Congreso de los Diputados la competencia exclusiva de nombrar al administrador provisional único, obviando el hecho de que este administrador no solo sustituye al presidente sino que sustituye al consejo en su conjunto, por lo que el apartado seis del Real Decreto-Ley 4/2018 sí estaría hurtando al Senado una competencia previamente atribuida y lo estaría haciendo a través de un instrumento normativo inadecuado, por cuanto que la Constitución prohíbe que el decreto-ley «afecte al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado».

En todo caso, aceptado por la sentencia que los apartados primero y sexto del artículo único no desbordan los límites materiales del artículo 86.1 CE, aquella analiza y llega a la conclusión de que también existe el presupuesto habilitante de urgencia y necesidad y la conexión de sentido de las medidas adoptadas por el artículo único del Real Decreto-Ley 4/2018, que exige la doctrina constitucional dictada para los decretos-leyes.

Así, el Tribunal constata, por un lado, «la imposibilidad de renovación de los órganos de gobierno y administración de la Corporación RTVE y el riesgo de parálisis en el funcionamiento ordinario del consejo por la ausencia de un presidente, con plenas capacidades, teniendo en cuenta que le corresponden las funciones de dirección ejecutiva ordinaria» y, por otro, que dichas «medidas son, en principio, limitadas y temporales, pues solo pretenden asegurar el funcionamiento adecuado de la Corporación, en tanto se constituye el nuevo consejo de administración en la forma prevista en la Ley 5/2017», para concluir «que las reformas que se proponen tratan de hacer frente a una situación excepcional actuando para evitar dificultades en el gobierno y gestión ordinaria de la Corporación RTVE (STC 150/2017, FJ 6) que pudieran poner en peligro que (dicha Corporación) cumpliera la función de servicio público que tiene legalmente atribuida».

Además, y por lo que al presupuesto habilitante de la conexión de sentido se refiere, siguiendo su propia doctrina, según la cual se ha de acudir a un doble criterio –de contenido y de estructura– para valorar su existencia, el Tribunal Constitucional, tras afirmar que no le corresponde a él hacer juicios de oportunidad política respecto de las medidas aprobadas, sino que le corresponde realizar un mero control externo que le permita asegurar la constitucionalidad de las medidas controvertidas en este caso, tras dicha afirmación decíamos, concluye que se puede considerar que no se ha vulnerado la conexión de sentido entre las medidas adoptadas en este artículo único y la situación de extraordinaria y urgente necesidad expuesta. Asimismo, afirma que respecto a la renovación del Consejo de Administración y del presidente de la Corporación RTVE, la reforma se ajusta a los objetivos que la propia exposición de motivos de la norma dice perseguir. Y, finalmente, confirma que las medidas adoptadas en el artículo único del real decreto-ley impugnado «son coherentes con la eventual situación de proceder a la mencionada renovación y modifican de modo inmediato la situación jurídica existente». Se rechaza, pues, la inconstitucionalidad de estos apartados.

Sobre la posible vulneración del artículo 23.2 CE

Queda ya solo por analizar la tacha de inconstitucionalidad alegada por los recurrentes en relación con la posición de los grupos parlamentarios en la propuesta de candidaturas a la Corporación RTVE y el ejercicio del derecho del artículo 23.2 CE por los senadores (Fundamento Jurídico 6 de la sentencia).

En efecto, el último de los fundamentos jurídicos de esta sentencia examina y considera legítimo el requisito del apartado segundo del artículo único por el que, en el supuesto de no alcanzarse la mayoría de dos tercios en primera votación para la elección de los consejeros de RTVE, se exige que se sometan a votación solo las candidaturas que cuenten con el apoyo de la mitad de los grupos parlamentarios. Y ello porque, frente a la alegación de vulneración del derecho de voto recogido en el artículo 23.2 CE, el Tribunal entiende que esta medida no afecta al régimen de votación, sino a un requisito previo que han de cumplir las propuestas que se someten a

la consideración de las Cámaras, y que son legítimas por cuanto se dirigen a garantizar y preservar el pluralismo político.

También rechaza el Alto Tribunal la alegación que se formula, otra vez en relación con el controvertido apartado sexto del artículo único, según la cual esta regulación supone una injerencia ilegítima en el art 72 CE y una lesión del artículo 23.2 CE «en la medida en que los senadores pierden todo un haz de funciones de control de los medios de comunicación social dependientes del Estado, funciones inherentes al ejercicio del cargo para el que han sido elegidos democráticamente».

El Tribunal recurre a lo expresado en su anterior STC 150/2017 para entender que este apartado no regula materias que forman parte de la autonomía parlamentaria del artículo 72 CE, y centra su argumentación más detallada en rechazar la lesión del artículo 23.2 CE pues, a su entender, este apartado sexto no deja de ser más que un reflejo del bicameralismo imperfecto que nuestra constitución reconoce y que, en algunas ocasiones, emana directamente del articulado de la carta magna y, en otras, como en este caso, lo hace del legislador ordinario.

Las atribuciones que puedan corresponder a las Cámaras para la elección del administrador único entran dentro del margen de configuración que corresponde al legislador en lo que al control parlamentario del ente público en general se refiere y, en particular, a la vertiente de este control relativa a la elección de los órganos de dirección, y dentro de este margen el legislador puede establecer diferencias entre cámaras otorgando mayor protagonismo al Congreso de los Diputados, lo cual por sí mismo no altera la posición del Senado. En definitiva, para el Tribunal, esta cuestión no afecta al núcleo esencial de la función parlamentaria representativa que reconoce el artículo 23.2 CE, al igual que tampoco afectaba al núcleo esencial del artículo 20.3 CE.

Además, de este último razonamiento quizá se pueda intuir, pero solo intuir, que para el Tribunal el apartado sexto en ningún caso afecta a la posición institucional del Senado, ya que su papel, como garante de una opinión pública libre, está suficientemente regulado a través de otras vertientes de esa función de control y, en consecuencia, el real decreto-ley en este punto no está «afectando» —en el sentido

de su doctrina de los decretos-leyes— a la regulación de las instituciones básicas del Estado, pudiendo el Gobierno, en el ejercicio de su función legislativa excepcional, modular dicha competencia del Senado en tanto en cuanto que es la segunda Cámara de una estructura constitucional basada en el bicameralismo imperfecto. La lastima es que el Tribunal no argumenta suficientemente esta afirmación y exclusivamente la basa en equiparar la figura del administrador provisional único y la del presidente de la Corporación cuando, como ya hemos visto, esta equiparación no es del todo cierta.

III. CONCLUSIONES

Dos son las principales conclusiones que sacamos de este pronunciamiento, más allá de que la sentencia aborde los requisitos que deben cumplir los decretos-leyes al hilo del contenido del artículo 20.3 CE y, más tangencialmente, del 23.2 CE.

La primera conclusión que observamos es que el Tribunal aborda aspectos que afectan al régimen jurídico de los medios de comunicación pública, completando pronunciamientos anteriores y precisando aspectos que permiten dibujar mejor el sistema que la Constitución ha querido establecer en relación con los medios de comunicación en general, y con los de titularidad pública en particular; recordemos, sin ánimo de agotar las referencias, las SSTC 6/1981, 12 y 74/1982, 35/1983, 106/1986, 206/1990, 119/1991, 31 y 127/1994, 73/2014, y las más recientes SSTC 103 y 150/2017, y 20/2018.

Por su parte, la segunda conclusión a la que llegamos tras el análisis de la sentencia es la muy interesante, a nuestro entender, graduación que hace el Tribunal de la participación del Senado, como segunda Cámara, en la organización y control de los medios de titularidad pública, pues, al fin y al cabo, admitir o no la preterición de esta Cámara en la elección del administrador provisional único es consecuencia de un balance entre lo que ha de considerarse como contenido esencial del 20.3 CE y el bicameralismo imperfecto.

El control parlamentario, como función que corresponde a ambas cámaras, está plenamente reconocido por el Tribunal, que también reconoce que dentro del concepto de control parlamentario se incluye el proceso de designación de los órganos de administración y, por

tanto, el Congreso y el Senado deben participar en esta designación. No obstante, el reconocimiento del bicameralismo imperfecto justifica que el grado de participación del Senado en el proceso de control, y en el concreto aspecto de este referido a la designación de los órganos de dirección, aunque siempre deba existir, puede ser menor, y legitima al legislador a modularlo, siempre que no deje vacía de contenido la expresión «control parlamentario» contenida en el artículo 20.3 CE.

Estamos ante uno de los pocos pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional interpreta y acota las funciones del Senado en comparación al Congreso. En ocasiones anteriores lo hizo respecto de la función legislativa del artículo 90 CE (SSTC 97/2002, 119/2011 y 136/2011) y en relación con su participación en la autorización de tratados internacionales del artículo 94.1 CE (STC 155/2005). En esta ocasión, el alto Tribunal se pronuncia sobre el papel del Senado en relación con una competencia residual de las cámaras, la del control de los medios de titularidad pública en su concreta vertiente de la designación de miembros, que a su vez se incardina en la cada vez más común función de propuesta de nombramiento, designación o elección de personas para ocupar cargos públicos en órganos constitucionales y otros órganos estatales (en este sentido, el Tribunal Constitucional también ha reconocido como competencia del Senado la propuesta de nombramiento de miembros del CGPJ en la STC 191/2016). Pero lo que a nuestro entender resulta más novedoso es que en este caso el Tribunal reconoce que, en ocasiones, una ley (incluso un decreto-ley) puede concretar este bicameralismo imperfecto, regulando de forma diferente las competencias de las dos cámaras aun cuando dichas diferencias no se derivan directamente de un concreto precepto constitucional, sino que lo hacen del sistema parlamentario que el constituyente diseñó en su día.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Políticas de sección

Clásicos de la democracia

La sección «Clásicos de la democracia» reunirá textos de reconocidos autores sobre la democracia, que sean tanto nacionales como internacionales.

Artículos

En esta sección se publicarán trabajos originales de investigación.

Tendrán una longitud máxima de 60.000 caracteres (aprox. 30 páginas) incluyendo notas a pie, tablas e ilustraciones y se adaptarán a los criterios de forma que se recogen en el apartado «Envío de originales».

Están sometidos a evaluación por revisores externos de acuerdo con el procedimiento siguiente.

Proceso de evaluación por pares

La *Revista de las Cortes Generales* somete a evaluación todos los originales que le son remitidos para la publicación, utilizando un sistema de doble ciego donde los artículos son evaluados por, al menos, dos revisores.

Fases del proceso de evaluación de un artículo:

Fase 1: Envío del original ciego, sin los datos personales.

Fase 2: Evaluación ciega del original por parte de los evaluadores externo e interno, en el ámbito temático que corresponda.

Fase 3: Envío del resultado de la evaluación al Consejo de Redacción de la Revista para que dé su conformidad.

Fase 4: Comunicación del resultado a los autores:

Aceptación: se acepta el artículo si el resultado de la evaluación es positivo.

No aceptación: se rechaza el artículo si el resultado de la evaluación es negativo.

Aceptación (con modificaciones): según el resultado de la evaluación el autor debe introducir en el artículo modificaciones del contenido antes de que el artículo quede aprobado definitivamente.

Recensiones y semblanzas

Los trabajos presentados a la sección de «Recensiones y semblanzas» deberán tener una extensión recomendada de 12.000 caracteres –aproximadamente 5 páginas (7, como máximo)– y se adaptarán a los criterios de forma que se recogen en el apartado «Envío de originales».

Se apreciará, especialmente, la aportación de reflexión crítica sobre el objeto del estudio, más allá del mero resumen o síntesis de su contenido, con el fin de ofrecer una visión doctrinal de la cuestión y del punto de vista y consideración del autor al respecto.

Están igualmente sometidos a evaluación por revisores externos.

Informes y jurisprudencia parlamentaria comentada

Esta sección reúne informes parlamentarios y, por primera vez, los comentarios de las resoluciones más recientes del Tribunal Constitucional –y en algún caso de otros tribunales– de contenido constitucional y parlamentario, para facilitar su estudio y comprensión.

Con el fin de lograr la máxima actualidad, dichos comentarios, desde 2021, están disponibles para su lectura –de manera previa a su edición en el número que les corresponda– a través de la página «Avance». Asimismo se dará nota de ello mediante avisos expuestos en la página de inicio de la web y el apartado «Noticias».

Los textos deberán tener una extensión máxima de 18.000 caracteres (aprox. 7 páginas) y se adaptarán a los criterios de forma que se recogen en sus propias normas de publicación.

Asimismo, de forma complementaria a la *Revista*, se editan en papel y en abierto los «Cuadernos de Jurisprudencia Parlamentaria Comentada», que recopilan los mencionados trabajos por año de resolución del correspondiente órgano jurisdiccional.

Envío de originales

Los trabajos remitidos para su publicación en la *Revista de las Cortes Generales* deberán ser originales e inéditos y no estar pendientes de publicación en otras revistas. Será responsabilidad del autor informar sobre la situación de los derechos de autor. Cualquier publicación que atentare por lo tanto contra dichos derechos sería responsabilidad de su autor.

Los originales se pueden remitir, a lo largo de todo el año, a la dirección de correo electrónico revistacortes@congreso.es. No obstante, se recomienda a los autores que se registren en la plataforma <https://revista.cortesgenerales.es/rcg> para proceder a dicho envío, pulsando en el botón «Registrarse» que aparece en la esquina superior derecha. Se enviarán en español, inglés o ambas lenguas, escritos en Microsoft Word o en un formato compatible.

El procesamiento y envío de artículos y otros trabajos a la *Revista* no supondrá ningún coste para los autores, tal y como se hace referencia en la web de dicha publicación.

El envío de manuscritos presupone, por parte de los autores, el conocimiento y la aceptación de estas instrucciones. La Dirección y el Consejo de Redacción de la *Revista* se reservan el derecho de rechazar cualquier original que, por criterios formales, editoriales o de calidad, consideren que no es necesario que inicie el proceso de evaluación.

Formato y estructura del texto

Los trabajos originales tendrán, como se adelantaba, una extensión máxima de 60.000 caracteres (aprox. unas 30 páginas) incluyendo notas a pie, bibliografía, tablas e ilustraciones.

El tipo de letra deberá ser Times New Roman, cuerpo 12, con interlineado sencillo y sangría en primera línea.

Para su mejor identificación, todas las páginas del estudio presentado deberán estar numeradas en su margen inferior derecho.

- **Datos del autor**

Los originales irán encabezados por el nombre del autor, filiación académica o institucional, y, si se dispone de él, se incluirá el identificador ORCID.

- **Título del trabajo**

Los títulos de los trabajos deben indicarse en castellano y en inglés, con letra mayúscula, Times New Roman y cuerpo 14. En el caso de que una obra esté sufragada por una entidad privada o pública, deberá señalarse con una nota a pie referenciada desde el título con un asterisco. Ejemplo:

LA ADMINISTRACIÓN PARLAMENTARIA EN ESPAÑA*
PARLAMENTARY ADMINISTRATION IN SPAIN

* Este artículo ha sido financiado por la Agencia Financiadora xxxx (n.º de referencia xxx).

- **Resumen / abstract y palabras clave / keywords**

Los trabajos deberán presentar un resumen / *abstract*, en español e inglés, cuya extensión ha de estar comprendida entre 150 y 250 palabras.

Los textos deben acompañarse, además, de palabras clave / *keywords* en español e inglés. Se aconseja escoger entre 5 y 10 palabras. Tanto en el idioma del trabajo como en inglés, las palabras clave se escribirán en minúscula, separadas por coma y con punto final.

El resumen y las palabras clave, en ambos idiomas, deben ir en letra cursiva.

RESUMEN

La salida del Reino Unido de la Unión Europea –el Brexit– es un grave problema que condiciona tanto la vida política como la dinámica económica de la Unión, pero también, en particular, la de sus Estados miembros. España, por su especial relación económica, y también humana, con el Reino Unido, es uno de los Estados de la UE que pueden verse más afectados por la salida del Reino Unido. Las Cortes Generales cuentan con un instrumento parlamentario para controlar la actuación del Gobierno en sus relaciones con la UE: la Comisión Mixta para la Unión Europea. Este trabajo pues, analiza con detalle cómo se han producido las relaciones Gobierno-Cortes en lo que se refiere al Brexit, tanto en sus aspectos jurídico-formales, como en sus aspectos materiales y políticos. Relaciones en las que la Comisión Mixta y el pleno del Congreso de los Diputados han tenido un papel fundamental. El trabajo, que cubre las Legislaturas X, XI y XII, incluye también un análisis de tipo cuantitativo y cualitativo de estas relaciones Gobierno-Cortes referidas al Brexit.

Palabras clave: Unión Europea, Reino Unido, Brexit, Comisión Mixta para la Unión Europea, Ponencia para el estudio de las consecuencias derivadas de la salida del Reino Unido de la UE, Gibraltar.

ABSTRACT

The United Kingdom's withdrawal from the European Union –Brexit– is a serious problem that conditions both the political life and the economic dynamics of the Union, but also those of its Member States. Spain, due to its special economic –and also human– relationship with United Kingdom, is one of the EU Member States that might be more dramatically affected by the UK's withdrawal. The Spanish parliament –Cortes Generales– have a parliamentary instrument to supervise the Government's activity concerning the EU: the Joint Committee for the European Union. This article analyzes how the Government-Cortes relationships concerning the Brexit issue have taken place, as much in legal-formal terms as in political and substantial terms. In this Government-Cortes relationship concerning Brexit, the Joint Committee for the EU and also the Congress of Deputies have played a fundamental role. This article, which covers the X, XI and XII legislatures, includes also a quantitative and a qualitative analysis of these Government-Cortes relations concerning Brexit.

Keywords: European Union, United Kingdom, Brexit, Joint Committee for the European Union, Subcommittee for the study of the consequences of the United Kingdom's withdrawal from the EU, Gibraltar.

• Artículos clave / Key articles y resoluciones relacionadas / related decisions

Para el caso de la jurisprudencia parlamentaria comentada, aparte de lo inmediatamente anterior, los trabajos deben recoger artículos clave / *key articles* y resoluciones relacionadas / *related decisions*. Tanto en el idioma del texto como en inglés, dichos elementos se escribirán en minúscula, separados por coma, en letra cursiva y con punto final. Ejemplo:

Artículos clave: arts. 10, 14, 18.1, 23.1 y 23.2 CE.

Resoluciones relacionadas: STC 169/2009 y STC 151/2017.

Key articles: arts. 10, 14, 18.1, 23.1 and 23.2 of the Spanish Constitution.

Related decisions: STC 169/2009 and STC 151/2017.

• Sumario

Al principio del trabajo se incluirá un sumario, que permita identificar los apartados y subapartados del mismo. Los epígrafes de los apartados principales irán en mayúscula, así numerados: I., II., III., etc., y los epígrafes de los subapartados, en minúscula cursiva los de segundo nivel, y en minúscula redonda los de los siguientes: I., 1.1., 1.2., 1.2.a., 1.2.b., 2., etc. Ejemplo:

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA UNIÓN EUROPEA: ORIGEN
E INSTITUCIONES. 1. *Origen de la Unión Europea.* 2.

Instituciones de la Unión Europea. 2.1. El Consejo Europeo. 2.1.a. Orígenes. 2.1.b. Composición. 2.1.c. Funciones. 2.2. El Parlamento Europeo. 2.3. La Comisión. III. TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. *Tratados constitutivos.* 2. *Las modificaciones de los Tratados.* 3. *Tratado de Lisboa.* 4. *Los Tratados vigentes.* BIBLIOGRAFÍA.

• Citas en el texto

Las citas textuales incluidas en el texto se señalan mediante comillas latinas (a). Si superan tres líneas de longitud, irán en tamaño de fuente 10, estilo normal (redonda), centradas con doble sangría, con otra adicional en la primera línea cuando estas comiencen por mayúscula por ser inicio de párrafo (b). Para las recensiones y comentarios de jurisprudencia dicho límite será de diez líneas. En las notas, las citas textuales irán siempre entre comillas latinas y en estilo normal (c). Ejemplos:

a) No obstante, es evidente que las Cortes Generales gozan de un amplio margen de libertad para tomar su decisión cuyo único límite sería velar, sea cual sea la decisión, para que se adopte «la forma que más convenga a los intereses de España».

b) Max Aub, rozando la hipérbole, analiza el verismo histórico de Galdós y dice concretamente de la novela Doña Perfecta (1876) que es una de las obras galdosianas mejor compuestas, con personajes reales; en ella

todo es natural: el curso de la historia, las reacciones de los personajes, su mundo... Ahí esta completa, viva, real, la vida de la nación durante los cien años (...) Y aún más: le dejaría en la gloria novelera de su tiempo mano a mano con Tolstoi (...) Galdós ha hecho más por extender el conocimiento de España por los españoles –por el pueblo español– que todos los historiadores juntos (Aub, 2000: 56).

En todos los Episodios se comprueba el gran interés del autor en plasmar el decisivo momento histórico en que cifra la trama novelesca y sus problemas, los cuales son percibidos sin esfuerzo por el lector a través de los comentarios y de las reflexiones de sus personajes. Véanse un par de muestras:

Cuando llegué a la isla... la multitud se agolpaba para ver una procesión... clamaban a voz en grito las campanas y gritaba el pueblo y se estrujaban hombres y mujeres contra las paredes y la chiquillería trepaba por las rejas y los soldados formaban en dos filas... por dejar paso franco a la comitiva... No era una procesión de santas imágenes ni de reyes ni de príncipes... era el sencillo desfile de un centenar de hombres vestidos de negro, jóvenes unos, otros viejos, algunos sacerdotes, seglares los más...

c) ¹ «Y mandamos que antes que las Cortes se acaben se responda a todos los capítulos generales y especiales que por parte del reino se dieren».

• Normas de citación

Citas bibliográficas

Aparecerán preferentemente en el cuerpo del texto. Cada una de las citas debe corresponderse con una referencia en la bibliografía final. Las autocitas se restringirán a los casos imprescindibles.

La forma correcta para su redacción es la siguiente: (autor, año, página/s). Ejemplo:

(García-Pelayo, 1981, p. 28)

En el caso de que los documentos estén firmados por dos autores, se citarán por sus primeros apellidos y la conjunción «y». Ejemplo:

(Fernández y García de Enterría, 2017, p. 58)

Si el trabajo pertenece a tres o más autores, es suficiente con citar al primer autor seguido de *et al.* Ejemplo:

(Kelsen *et al.*, 1966, pp. 35-37)

Cuando es necesaria la referencia a varios trabajos de un mismo autor, deberá añadirse a, b, c, etc., después del año. Ejemplo:

(Schmitt, 1975^a, p. 32)

Si el apellido del autor mencionado forma parte del texto, no es necesario repetir la cita, tan solo entre paréntesis el año de la obra citada. Ejemplo:

Como afirma Jellinek (2009, p. 47)...

Notas

Las notas a pie de página deberán ir en Times New Roman, cuerpo 10, numeradas correlativamente con números arábigos y superíndice.

Contendrán solo texto adicional y, si se incluyen referencias bibliográficas, se hará de forma abreviada según acabamos de indicar más arriba, ya que las referencias completas se escribirán al final del artículo.

• Bibliografía

Las referencias bibliográficas se pondrán al final del texto, siguiendo el orden alfabético de autores. Solo se incluirán referencias citadas en el texto, sin posibilidad de referencias adicionales.

Se seguirá el sistema APA (*American Psychological Association*), de uso común para las ciencias sociales y el derecho.

Monografías

- 1.º Apellidos e iniciales del nombre del autor de la monografía.
- 2.º Año de publicación entre paréntesis.
- 3.º Título del libro en cursiva.

4.º Editorial.

Ejemplo:

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2017). *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas.

Artículos de revistas científicas

1.º Apellidos e iniciales del autor.

2.º Año de publicación entre paréntesis. Si hay más de una obra perteneciente al autor publicada ese mismo año, deberá añadirse a, b, c, etc., después del número.

3.º Título del artículo.

4.º Nombre de la revista en cursiva, volumen, número entre paréntesis y páginas separadas por coma.

Ejemplo:

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2017). La posición jurídica del Tribunal Constitucional. *Revista Española de derecho constitucional*, 34 (100), pp. 39-131.

Capítulos de monografías

1.º Apellidos e iniciales del autor.

2.º Año de publicación entre paréntesis.

3.º Título del capítulo seguido de punto y la preposición «En».

4.º Iniciales y apellidos del editor de la obra colectiva, con la especificación entre paréntesis que corresponda: editor (ed.), coordinador (coord.), director (dir.), etc., seguido de coma.

5.º Título de dicha obra en cursiva, junto al número de volumen (si lo hubiere) y las páginas que abarca el capítulo entre paréntesis.

6.º Editorial.

Ejemplo:

LAVILLA ALSINA, L. (2018). La Justicia y el Estado social y democrático de Derecho. En B. PENDÁS (dir.), E. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ y R. RUBIO (coords.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas* (vol. I, pp. 619-631). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Informes

1.º Nombre del autor físico o institucional que avala el informe.

2.º Año de publicación entre paréntesis.

3.º Título en cursiva.

4.º Si se trata de una publicación en soporte papel se identificará como si de un libro se tratase. En los casos en los que fuese una publicación electrónica, se aportará además la dirección URL donde se encuentra disponible.

Ejemplo:

DEFENSOR DEL PUEBLO (2019). *Informe anual 2018. Actividades y actuaciones llevadas a cabo a lo largo del año 2018*. Defensor del Pueblo. <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2018/>

Congresos

La forma de citar una ponencia o una comunicación perteneciente a un congreso es la siguiente:

- 1.º Apellidos e iniciales del autor.
- 2.º Año de publicación entre paréntesis.
- 3.º Título de la ponencia o comunicación seguido de punto y la preposición «En».
- 4.º Título de las actas del congreso en cursiva, junto a las páginas que abarca la lectura entre paréntesis.
- 5.º Editorial. Si se tratara de una publicación electrónica se da nota a continuación de la dirección URL donde se encuentra disponible.

Ejemplo:

RUBIO LLORENTE, F. (1984). El Parlamento y la representación política.
En *I Jornadas de Derecho parlamentario (Madrid 21-23 de marzo de 1984)* (pp. 145-170). Congreso de los Diputados.

Publicaciones electrónicas

Como cualquier libro o revista, teniendo en cuenta además que:

- Todos los documentos electrónicos que contengan DOI (*Digital Object Identifier*) se citarán utilizando este localizador en detrimento de su dirección URL, y sin indicar la fecha de consulta.

Ejemplo:

RENÉ GARCIA, J., ROLLAND, D. y VERMEREN, P. (2015). *Les Amériques, des constitutions aux démocraties: Philosophie du droit des Amériques*. Éditions de la Maison des sciences de l'homme. <https://doi.org/10.4000/books.editionsmsh.10649>

- Los documentos electrónicos que no contengan DOI se citarán indicando su dirección URL.

Ejemplo:

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2019). *Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los juzgados y tribunales en el año 2018*. Consejo General del Poder Judicial. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2019--correspondiente-al-ejercicio-2018->

AUTHOR GUIDELINES

Policies Section

Classics of Democracy

The section «Classics of Democracy» will bring together texts by well-known authors on democracy, both national and international.

Articles

Original research papers will be published in this section.

They will have a maximum length of 60,000 characters (approx. 30 pages) including footnotes, charts, and illustrations and will be adapted to the criteria of the section «Submission of original copies».

They are subject to evaluation by external reviewers in accordance with the following procedure.

Peer review process

The Journal of the Cortes Generales submits for evaluation all the originals that it is sent for publication, using a double-blind system whereby the articles are evaluated by at least two reviewers.

Stages in the evaluation process of an article:

Stage 1: Sending the «blind» original, without personal data.

Stage 2: Blind evaluation of the original copy by the external and internal evaluators, in the corresponding thematic area.

Stage 3: Submission of the result of the evaluation to the Journal's Editorial Board for its approval.

Stage 4: Communication of the result to the authors:

Acceptance: the article is accepted if the result of the evaluation is positive.

Non-acceptance: the article is rejected if the result of the evaluation is negative.

Acceptance (with modifications): according to the result of the evaluation, the author must introduce modifications to the content of the article before the article is definitively approved.

Reviews and brief biographies

Papers submitted to the «Reviews and brief biographies» section should be no longer than 12,000 characters –approximately 5 pages (7, at most)– and must meet the criteria laid down in the «Submission of Original copies» section.

The contribution of critical reflection on the subject of the study will be particularly appreciated, beyond the mere summary or synthesis of its content, with the aim of offering a doctrinal vision of the issue and the author's point of view and consideration in that regard.

They are also subject to evaluation by external reviewers.

Reports and Case-law commentaries

This section brings together parliamentary reports and, for the first time, commentaries to the most recent judgements of the Constitutional Court –and in some cases of other courts– with constitutional and parliamentary content, in order to facilitate their study and understanding.

In order to ensure maximum topicality, these commentaries, since 2021, are available for reading –prior to their publication in the corresponding issue– through the «Preview» page. Notices about it will also be posted on the home page of the website and in the «Announcements» section.

The works must have a maximum length of 18,000 characters (approx. 7 pages) and will be adapted to the formal criteria that are included in their Author Guidelines.

Likewise, as a complement to the Journal, the «Cuadernos de Jurisprudencia Parlamentaria Comentada», which compile the aforementioned works by year of decision of the corresponding jurisdictional body, are published in paper and in open format.

Submission of original copies

Papers submitted for publication in the Journal of the Cortes Generales must be original and unpublished and not pending its publication in other journals. The author shall be responsible for reporting on the situation regarding copyrights. Any publication violating these rights shall be the sole responsibility of its author.

Original copies can be submitted, throughout the entire year, to the following email address: revistacortes@congreso.es. However, it is strongly recommended for authors to register on the web platform <https://revista.cortesgenerales.es/rcg> in order to submit a proposal by clicking on the button «Register» shown in the upper right corner. Original copies shall be sent in Spanish, English or both of them, written on Microsoft Word or any other compatible format.

There is no cost to authors for processing and submitting articles and other papers to the Journal, as referred to on the Journal's website.

The submission of manuscripts implies, from the authors' side, the acknowledgement, acceptance and compliance with the present instructions. The Directorate and the Editorial Board of the Journal, because of formal, editorial or quality criteria, reserve the right to reject any original manuscript whose previous evaluation is deemed unnecessary.

Format and text structure

Original copies shall comprise a maximum of 60,000 characters (approximately 30 pages) including footnotes, bibliography, figures and illustrations.

The font must be Times New Roman, size 12, single line spacing and indentation in the first line.

For better and easier identification, every page of the paper must be numbered on the bottom right margin.

• Author's data

Original papers shall be headed by the name of the author(s), institutional or academic affiliation and, if available, the ORCID identifier.

• Title of the paper

Titles must be written both in Spanish and English, in capital letters, Times New Roman, and size 14. In the case that a publication is funded by a private or public entity, it must be indicated by a footnote referenced from the title with an asterisk. Example:

LA ADMINISTRACIÓN PARLAMENTARIA EN ESPAÑA*
PARLAMENTARY ADMINISTRATION IN SPAIN

* This article has been funded by the Funding Agency xxxx (reference no. xxx).

• Abstract and keywords

Papers submitted must include an abstract, in Spanish and English, which can be 150-250-words-long.

Abstracts must be followed by a selection of keywords in Spanish and English. It is advisable to choose between 5 and 10 words. In both languages, keywords shall be written in lower case, separated by commas and ending with a full stop.

Both the abstract and keywords, in Spanish and English, must be written in italics.

RESUMEN

La salida del Reino Unido de la Unión Europea –el Brexit– es un grave problema que condiciona tanto la vida política como la dinámica económica de la Unión, pero también, en particular, la de sus Estados miembros. España, por su especial relación económica, y también humana, con el Reino Unido, es uno de los Estados de la UE que pueden verse más afectados por la salida del Reino Unido. Las Cortes Generales cuentan con un instrumento parlamentario para controlar la actuación del Gobierno en sus relaciones con la UE: la Comisión Mixta para la Unión Europea. Este trabajo pues, analiza con detalle cómo se han producido las relaciones Gobierno-Cortes en lo que se refiere al Brexit, tanto en sus aspectos jurídico-formales, como en sus aspectos materiales y políticos. Relaciones en las que la Comisión Mixta y el pleno del Congreso de los Diputados han tenido un papel fundamental. El trabajo, que cubre las

Legislaturas X, XI y XII, incluye también un análisis de tipo cuantitativo y cualitativo de estas relaciones Gobierno-Cortes referidas al Brexit.

Palabras clave: Unión Europea, Reino Unido, Brexit, Comisión Mixta para la Unión Europea, Ponencia para el estudio de las consecuencias derivadas de la salida del Reino Unido de la UE, Gibraltar.

ABSTRACT

The United Kingdom's withdrawal from the European Union –Brexit– is a serious problem that conditions both the political life and the economic dynamics of the Union, but also those of its Member States. Spain, due to its special economic –and also human– relationship with United Kingdom, is one of the EU Member States that might be more dramatically affected by the UK's withdrawal. The Spanish parliament –Cortes Generales– have a parliamentary instrument to supervise the Government's activity concerning the EU: the Joint Committee for the European Union. This article analyzes how the Government-Cortes relationships concerning the Brexit issue have taken place, as much in legal-formal terms as in political and substantial terms. In this Government-Cortes relationship concerning Brexit, the Joint Committee for the EU and also the Congress of Deputies have played a fundamental role. This article, which covers the X, XI and XII legislatures, includes also a quantitative and a qualitative analysis of these Government-Cortes relations concerning Brexit.

Keywords: European Union, United Kingdom, Brexit, Joint Committee for the European Union, Subcommittee for the study of the consequences of the United Kingdom's withdrawal from the EU, Gibraltar.

• Key articles and related decisions

In the case of commented parliamentary case-law, apart from the rules above, the papers must include key articles and related decisions. Both in the language of the text and in English, these elements must be written in lower case, separated by commas, in italics and with a full stop. Example:

Artículos clave: arts. 10, 14, 18.1, 23.1 y 23.2 CE.

Resoluciones relacionadas: STC 169/2009 y STC 151/2017.

Key articles: arts. 10, 14, 18.1, 23.1 and 23.2 of the Spanish Constitution.

Related decisions: STC 169/2009 and STC 151/2017.

• Contents Summary

At the beginning of the paper, a summary shall be included, allowing for the identification of its sections and sub-sections. The headings of the main sections will be written in capital letters, and numbered as follows: I., II., III., etc.; the headings of the second-level subsections in lower case italics; and in lower case rounded for the following: 1., 1.1., 1.2., 1.2.a., 1.2.b., 2., etc. Example:

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. THE EUROPEAN UNION: ORIGIN AND INSTITUTIONS. 1. *Origin of the European Union*. 2. *Institutions of the European Union*. 2.1. The European Council. 2.1.a. Origins. 2.1.b. Composition. 2.1.c. Functions. 2.2. The European Parliament. 2.3. The Commission. III. TREATIES OF THE EUROPEAN UNION. 1. *Constitutive treaties*. 2. *Modifications to the Treaties*. 3. *Treaty of Lisbon*. 4. *The current Treaties*. BIBLIOGRAPHY.

• Literal Quotes

The literal quotations included in the text are indicated by quotation marks (a). If they are more than three lines long, they shall be written in font size 10, normal style (round), justified with double indentation, with an additional one in the first line when these begin with a capital letter because it is the beginning of the paragraph (b). For reviews and commentaries on case law these quotations must be limited to ten lines. In the notes, literal quotations shall be always written in latin quotation marks and in normal style (c). Examples:

a) No obstante, es evidente que las Cortes Generales gozan de un amplio margen de libertad para tomar su decisión cuyo único límite sería velar, sea cual sea la decisión, para que se adopte «la forma que más convenga a los intereses de España».

b) Max Aub, rozando la hipérbole, analiza el verismo histórico de Galdós y dice concretamente de la novela Doña Perfecta (1876) que es una de las obras galdosianas mejor compuestas, con personajes reales; en ella

todo es natural: el curso de la historia, las reacciones de los personajes, su mundo... Ahí esta completa, viva, real, la vida de la nación durante los cien años (...) Y aún más: le dejaría en la gloria novelera de su tiempo mano a mano con Tolstoi (...) Galdós ha hecho más por extender el conocimiento de España por los españoles –por el pueblo español– que todos los historiadores juntos (Aub: 2000).

En todos los Episodios se comprueba el gran interés del autor en plasmar el decisivo momento histórico en que cifra la trama novelesca y sus problemas, los cuales son percibidos sin esfuerzo por el lector a través de los comentarios y de las reflexiones de sus personajes. Véanse un par de muestras:

Cuando llegué a la isla... la multitud se agolpaba para ver una procesión... clamaban a voz en grito las campanas y gritaba el pueblo y se estrujaban hombres y mujeres contra las paredes y la chiquillería trepaba por las rejas y los soldados formaban en dos filas... por dejar paso franco a la comitiva... No era una procesión de santas imágenes ni de reyes ni de príncipes... era el sencillo desfile de un centenar de hombres vestidos de negro, jóvenes unos, otros viejos, algunos sacerdotes, seglares los más...

c)¹ «Y mandamos que antes que las Cortes se acaben se responda a todos los capítulos generales y especiales que por parte del reyno se dieren».

• Citation rules

Bibliographic citations

Preferentially, they shall appear within the body of the text. Each of them must correspond with one of the references of the final bibliography. Self-citations must be restricted to exceptional and indispensable cases.

The correct format is the following: (author, year, page). Example:

(García-Pelayo, 1981, p. 28)

In the case of co-authored papers, they shall be cited with their surnames and the conjunction «and». Example:

(Fernández and García de Enterría, 2017, p. 58)

If the paper is co-authored by three or more people, it is enough to cite the first author followed by *et al.* Example:

(Kelsen *et al.*, 1966, pp. 35-37)

When it is necessary to refer to several papers of the same author, the year must be followed by a, b, c, etc., after the year. Example:

(Schmitt, 1975^a, p. 32)

If the surname of the author is embedded in the text, it is not necessary to repeat it in the citation. In this case, only the year of the cited article and the corresponding page must be added into brackets. Example:

As Jellinek (2009, p. 47) asserts...

Notes

Footnotes must be written in Times New Roman, size 10, and numbered correlatively with Arabic numerals and superscript.

They must only comprise additional text, and if they include bibliographic references, it shall be done following the rules mentioned above, given that complete references must be written at the end of the article.

• Bibliography

Bibliographical references should be located at the end of the text following the alphabetical order of authors. Only references cited in the text will be included, without the possibility of including additional references.

The APA (American Psychological Association) system, commonly used for social sciences and law, will be followed.

Monographs

1st. Surname(s) and initials of the author.

2nd. Year of publication in brackets.

3rd. Title of the book in italics.

4th. Publisher.

Example:

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2017). *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas.

Articles from scientific journals

1st. Surname(s) and initials of the author.

2nd. Year of publication in brackets. If there is more than one paper belonging to the author published that same year, it should be added a, b, c, etc., after the number.

3rd. Title of the article.

4th. Name of the journal in italics, volume, number in brackets and pages (separated by a comma).

Example:

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2017). La posición jurídica del Tribunal Constitucional. *Revista española de derecho constitucional*, 34 (100), pp. 39-131.

Chapters of monographs

1st. Surname(s) and initials of the author.

2nd. Year of publication in brackets.

3rd. Title of the chapter followed by dot and the preposition «In».

4th. Initials and surname(s) of the editor of the collective work, with the corresponding specification in brackets: editor (ed.), coordinator (coord.), director (dir.), etc., followed by a comma.

5th. Title of the collective paper in italics, next to volume number and the pages covered by the chapter in brackets.

6th. Publisher.

Example:

LAVILLA ALSINA, L. (2018). La Justicia y el Estado social y democrático de Derecho. In B. PENDÁS (dir.), E. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ and R. RUBIO (coords.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas* (vol. 1, pp. 619-631). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Reports

1st. Name of the physical or institutional author that endorses the report.

2nd. Year of publication in brackets.

3rd. Title in italics.

4th. If it is a paper publication, it will be identified as if it were a book. In the cases in which it is an electronic publication, the URL where it is available will also be provided.

Example:

DEFENSOR DEL PUEBLO (2019). *Informe anual 2018. Actividades y actuaciones llevadas a cabo a lo largo del año 2018*. Defensor del Pueblo. <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2018/>

Congresses

The way to cite a presentation or a communication made at a congress is the following:

- 1st. Surname(s) and initials of the author.
- 2nd. Year of publication in brackets.
- 3rd. Title of the presentation or communication, followed by a dot and the «In» preposition.
- 4th. Title of the congress records in italics, together with the pages that encompass the lecture between brackets.
- 5th. Publisher. In case it is an electronic publication, the URL of the page where it is available should be added.

Example:

RUBIO LLORENTE, F. (1984). El Parlamento y la representación política. In *1 Jornadas de Derecho parlamentario (Madrid 21-23 de marzo de 1984)* (pp. 145-170). Congreso de los Diputados.

Electronic publications

As in any book or journal, taking into account, additionally, that:

- Every electronic document containing DOI (Digital Object Identifier) shall be cited by using this locator at the expense of its URL address, and without indicating the data of consultation.

Example:

RENÉ GARCIA, J., ROLLAND, D. and VERMEREN, P. (2015). *Les Amériques, des constitutions aux démocraties: Philosophie du droit des Amériques*. Éditions de la Maison des sciences de l'homme. <https://doi.org/10.4000/books.editionsmsmh.10649>

- The electronic documents not containing DOI shall be cited with the mention of its URL address.

Example:

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2019). *Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los juzgados y tribunales en el año 2018*. Consejo General del Poder Judicial. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2019--correspondiente-al-ejercicio-2018->

LISTADO DE COLABORADORES NÚM. 112

REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

Han colaborado en el presente número de la *Revista de las Cortes Generales*:

Clásicos de la democracia

ECHEGARAY Y EIZAGUIRRE, José María Waldo

NIETO GARCÍA, Alejandro (Real Academia de Ciencias Morales y Políticas)

Artículos

LAFONT, Cristina (Northwestern University, Illinois)

CODES CALATRAVA, José María (Cortes Generales)

FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel (Cortes Generales)

URQUIJO GOITIA, Mikel (Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

International Commission for the History of the Representative and Parliamentary Institutions)

VARGAS, Ana (Asamblea de la República de Portugal)

RIBEIRO, Cláudia (Asamblea de la República de Portugal)

ORTEA GARCÍA, Enrique (Universidad Complutense de Madrid)

MORET MILLÁS, Vicente (Cortes Generales)

SÁNCHEZ GIL, Ignacio

DELGADO FERNÁNDEZ, Santiago (Universidad de Granada)

Recensiones y semblanzas

LÓPEZ AGUILAR, Juan F. (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)

TAJADURA TEJADA, Javier (Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea)

GONZÁLEZ DE ZÁRATE LORENTE, Roberto (Universidad Complutense de Madrid. Asamblea de Madrid)

ARMAS CASTILLA, Noel (Universidad de Sevilla)

GONZALO, Manuel (Cortes Generales)

PENDÁS, Benigno (Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Universidad CEU San Pablo. Cortes Generales)

Informes y jurisprudencia parlamentaria

MARAÑÓN GÓMEZ, Raquel (Cortes Generales)

GARROTE DE MARCOS, María (Universidad Complutense de Madrid)

RECODER VALLINA, Tatiana (Asamblea de Madrid)

MARTÍNEZ SANTA MARÍA, Paloma (Cortes Generales)

GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS, Andrea (Cortes Generales)

GONZÁLEZ ESCUDERO, María Teresa (Cortes Generales)

EN ESTE NÚMERO COLABORAN

I. CLÁSICOS DE LA DEMOCRACIA

JOSÉ MARÍA WALDO ECHEGARAY Y EIZAGUIRRE. *Discurso pronunciado por José Echegaray en la Asamblea Nacional el 8 de marzo de 1873 (Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Número 19). (Se acompaña comentario de Alejandro Nieto extraído de su libro La Primera República Española)*

II. ARTÍCULOS

CRISTINA LAFONT. *Innovaciones democráticas y la amenaza del tecnopopulismo*

JOSÉ MARÍA CODES CALATRAVA. *El juramento de la Princesa Doña Leonor de Borbón y Ortiz: aspectos constitucionales y parlamentarios (algunas reflexiones al hilo del discurso de Luis María Cazorla Prieto)*

MANUEL FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES. *«Sometidos únicamente al imperio de la ley»: una indagación sobre la función judicial*

MIKEL URQUIJO GOITIA. *La elección de la Presidencia del Parlamento en la España contemporánea (1810-2021)*

ANA VARGAS Y CLÁUDIA RIBEIRO. *El reparto del poder legislativo. El caso portugués*

ENRIQUE ORTEA GARCÍA. *¿Investidura por carambola? El elemento territorial de los sistemas electorales autonómicos y la designación de presidentes*

VICENTE MORET MILLÁS E IGNACIO SÁNCHEZ GIL. *Una aproximación de Derecho Comparado a la regulación de las plataformas de redes sociales*

SANTIAGO DELGADO FERNÁNDEZ. *La España del liberal José María Blanco White en The Quarterly Review Magazine y en The British Encyclopedia*

III. RECENSIONES Y SEMBLANZAS

JUAN F. LÓPEZ AGUILAR. ZAFRA VÍCTOR, M. (2021). Manuel Azaña. República antes que democracia. Más razones que votos. Madrid: CEPC

JAVIER TAJADURA TEJADA. Normatividad y legitimidad de la Constitución de la II República: a propósito de OLIVER ARAUJO, J. y RUIZ ROBLEDO, A. (dirs.). (2021). Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario. Madrid: CEPC

ROBERTO GONZÁLEZ DE ZÁRATE LORENTE. ALONSO GARCÍA, R. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. (2022). El sistema europeo de fuentes. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo

NOEL ARMAS CASTILLA. BOIX PALOP, A. y CASTELLANOS CLARAMUNT, J. (coords.). (2021). Transparencia y Comunidades Autónomas: una perspectiva multinivel. Valencia: Tirant Lo Blanch

MANUEL GONZALO. PAOLI BOLIO, F. J. (2021). La utopía del Estado constitucional. Ciudad de México: Editorial Porrúa

BENIGNO PENDÁS. In memoriam. Javier Ballarín, amigo de la Constitución

IV. INFORMES Y JURISPRUDENCIA PARLAMENTARIA COMENTADA

SECRETARÍA GENERAL DEL SENADO. *Nota sobre la conformidad a Derecho del Acuerdo adoptado por la Mesa del Senado en su reunión del día 17 de marzo de 2020, relativo a la limitación de la convocatoria de sesiones del Pleno y de las comisiones del Senado durante el estado de alarma*

RAQUEL MARAÑÓN GÓMEZ. *Criterio de equiparación o representatividad en la regulación del Grupo Parlamentario Mixto. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2022, de 11 de marzo. Recurso de amparo núm. 4885-2020. (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022)*

MARÍA GARROTE DE MARCOS. *Elección de la Mesa o la cuadratura del círculo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2022, de 9 de marzo. Recurso de amparo núm. 4409-2019. (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022)*

TATIANA RECODER VALLINA. *El deber de cumplir los pronunciamientos del Tribunal Constitucional por las Mesas del Parlamento en sus facultades de calificación de las iniciativas parlamentarias. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2022, de 23 de febrero. Recurso de amparo núm. 4427-2020. (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2022)*

PALOMA MARTÍNEZ SANTA MARÍA. *La suspensión del cargo parlamentario por aplicación del artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...*

ANDREA GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS. *La utilización de las salas del Congreso de los Diputados, ¿un derecho de los parlamentarios? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 137/2021, de 29 de junio...*

MARÍA TERESA GONZÁLEZ ESCUDERO. *El papel del Senado y los límites a la regulación por decreto-ley en el proceso de designación del Consejo de Administración de la Corporación de Radio y Televisión Española y de su presidente como parte del control parlamentario de los medios de comunicación públicos...*

