REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

Incluye discurso pronunciado por Clara Campoamor en el Congreso de los Diputados el 1 de octubre de 1931 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, número 48). (Se acompaña comentario «Clara Campoamor: historia de una mesa», de Amelia Valcárcel)

nº 111

Segundo semestre 2021

REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

111

Segundo semestre 2021

La *Revista de las Cortes Generales* ha obtenido la certificación de excelencia por la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT). Al mismo tiempo, está indexada, indizada y recolectada por varios de los principales índices, bases de datos, repertorios y recolectores nacionales e internacionales, cumpliendo sus estándares de interoperabilidad y calidad editorial, como DOAJ (Directory of Open Access Journal), Latindex 2.0, OpenAIRE, MIAR, RECOLECTA, Dialnet, ERIHPLUS, Google Académico, ISOC, IN-RECJ, RESH y Dulcinea.

Los números anteriores de la Revista pueden consultarse en su página web:
https://revista.cortesgenerales.es/rcg

Reservados todos los derechos. No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el sistema empleado –mecánico, fotocopia, grabación, etc.–, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

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 2021 (CON IVA)

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

* La suscripción anual incluye la recepción de los *Cuadernos de Jurisprudencia Parlamentaria Comentada*

© 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/2021/111
Impreso en Gráficas Muriel, S.A.

REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

EQUIPO 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
Cortes Generales

Ricardo Alonso García
Universidad Complutense de Madrid

José Álvarez Junco
Universidad Complutense de Madrid

Óscar Alzaga Villaamil
UNED

Manuel Aragón Reyes
Universidad Autónoma de Madrid

José Manuel M. Araújo
Asssembleia da República

Alberto Arce Janáriz
Junta General del Principado de Asturias

Alberto Arce Janáriz
Junta General del Principado de Asturias

Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa
Cortes Generales

Francisco José Bastida Freijedo
Universidad de Oviedo

Paloma Biglino Campos
Universidad de Valladolid

Roberto Luis Blanco Valdés
Universidad de Santiago de Compostela

Gregorio Cámara Villar
Universidad de Granada

Victoria Camps Cervera
Consejo de Estado / Universidad Autónoma de Barcelona

Raúl Leopoldo Canosa Usera
Universidad Complutense de Madrid

Ana María Carmona Contreras
Universidad de Sevilla

Marc Carrillo López
Universitat Pompeu Fabra

Manuel Cavero Gómez
Cortes Generales

Luis María Cazorla Prieto
Cortes Generales / Universidad Rey Juan Carlos

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 Martíns
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 Perkic
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 Jaúregui
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
Universitá 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

Consejo de Redacción:

Elviro Aranda Álvarez (*Universidad Carlos III de Madrid),* Eugenio de Santos Canalejo
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 Cavero 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 Clara Campoamor en el Congreso de los Diputados el 1 de octubre de 1931 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, número 48). (Se acompaña comentario «Clara Campoamor: historia de una mesa», de Amelia Valcárcel*)* 19

Clara Campoamor

II. ARTÍCULOS

Aplicación administrativa de la ley: ¿legalidad y/o practicabilidad? 45

Luciano Parejo Alfonso

Variaciones sobre un tópico weberiano. Acerca del lugar de la ciencia en la decisión política 75

Javier de Lucas

De los parlamentarios en las legislaturas de la Segunda República española 97

Octavio Ruiz-Manjón

El estado de alarma en crisis 129

Miguel Ángel Presno Linera

Ante el V centenario de las Comunidades: de la cultura política y jurídica en las Cortes de Santiago-La Coruña al parlamentarismo contemporáneo 199

Eduardo Fernández García

La inaplicabilidad del extraordinario cauce constitucional de creación de la Comunidad Vasco-Navarra 227

Ignacio González García

Entre analogías y metáforas: el debate sobre la moderación de contenidos en las redes sociales 265
PEDRO JOSÉ PEÑA JIMÉNEZ

Libertad personal versus prisión provisional: un derecho minusvalorado por razones anacrónicas 313
SARA TURTURRO PÉREZ DE LOS COBOS

Entre la validez y la eficacia. Notas sobre la reciente disolución (y mociones de censura) de la Asamblea de Madrid 345
DAVID DELGADO RAMOS

La migración en la agenda 2030, el desarrollo en el Pacto de Marrakech: plasmación programática de una inescindible relación 371
FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ

El veto a la respuesta del legislador a la declaración de inconstitucionalidad de una ley en el marco del ordenamiento constitucional español 413
FRANCISCO ORTEGA CANDELA

Reformar la Constitución: ¿la «cirugía de precisión» obvia la adaptación del resto del ordenamiento? Un análisis a partir del caso italiano 445
SAMUELE GHERARDI

III. RECENSIONES Y SEMBLANZAS

LÓPEZ AGUILAR, J. F. (2020). El Parlamento Europeo: una experiencia única. *Madrid: Wolters Kluwer* 485
ARTEMI RALLO LOMBARTE

SÁNCHEZ NAVARRO, A. y FERNÁNDEZ RIVEIRA, R. M. (2021). Reflexiones para una democracia de calidad en una era tecnológica. *Pamplona: Editorial Aranzadi Civitas* 495
DANIEL SIMANCAS SÁNCHEZ

ARANDA ÁLVAREZ, E. (2021). Los efectos de la crisis del COVID-19 en el derecho constitucional económico. Una

oportunidad para repensar la relación entre estabilidad presupuestaria y gasto público. *Madrid: Marcial Pons* 505
ENRIQUE ORTIZ CALLE

ARÉVALO GUTIÉRREZ, A. (dir.) y MARAÑÓN GÓMEZ, R. (coord.). (2021). El Parlamento en los tiempos de la pandemia. *Madrid: Dykinson* 511
OLGA HERRÁIZ SERRANO

COELLO DE PORTUGAL, J. M. (2020). La Jefatura del Estado. *Navarra: Thomson Reuters Aranzadi* 519
CLARA SOUTO GALVÁN

GEROTTO, S., MAHON, P. y SÁNCHEZ FERRIZ, R. (2020). Il sistema costituzionale svizzero. *Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam* 527
JORGE CASTELLANOS CLARAMUNT

IV. INFORMES Y JURISPRUDENCIA PARLAMENTARIA COMENTADA

Guía sobre la delegación en la Mesa de las facultades previstas en el artículo 44 del Reglamento del Congreso de los Diputados 539
SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Alarma y pandemia: problemática jurídico-constitucional de los estados de necesidad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020. (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021); a la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre, recurso de inconstitucionalidad núm. 5342-2020. (BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 2021); y a la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/2021, de 9 de octubre. Recurso de amparo núm. 2109-2020 (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021) 547
M.ª ISABEL ÁLVAREZ VÉLEZ

Constitucionalidad de las condenas contra diversas autoridades y miembros del Parlamento por hechos cometidos durante el proceso secesionista en Cataluña. Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 105/2021 y 106/2021, de 11 de mayo, y 107/2021, de 13 de mayo. Recursos de amparo núms. 6239-2019, 1407-2020 y 2670-2017. (BOE núm. 142, de 15 de junio de 2021) *575*
Jesús María González García

La vulneración del derecho al ejercicio de cargo público representativo por decisiones de acción y omisión por parte de la Presidencia del Parlamento. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2021, de 15 de marzo. Recurso de amparo núm. 980-2020. (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021) *589*
Esther de Alba Bastarrechea

El ejercicio de cargo público representativo: iniciativa legislativa parlamentaria vs. veto presupuestario gubernamental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2021, de 15 de marzo. Recurso de amparo núm. 6546-2018. (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021) *599*
Isabel María Abellán Matesanz

La falta de transposición de una directiva europea en materia reservada a ley orgánica. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de febrero de 2021. Asunto C-658/19 *611*
Ignacio Navarro Mejía

Instrucciones para los autores *627*
Author guidelines *635*
Listado de colaboradores *643*

INDEX

I. CLASSICS OF DEMOCRACY

Speech Delivered by Clara Campoamor in the Congress of Deputies on 1 October 1931 (Sessions Diary of Congress of Deputies, Number 48). (Including Amelia Valcárcel*'s Comentary "Clara Campoamor: historia de una mesa")* *19*

Clara Campoamor

II. ARTICLES

Administrative Implementation of the Law: Legality and/or Practicability? *45*

Luciano Parejo Alfonso

Variations on a Weberian Topic. On the Place of Science in Political Decision-Making *75*

Javier de Lucas

On the Parliamentarians in the Legislatures of the Second Spanish Republic *97*

Octavio Ruiz-Manjón

The State of Alarm in Crisis *129*

Miguel Ángel Presno Linera

On the 500th Anniversary of the Communities of Castile: From Political and Legal culture in the Courts of Santiago-La Coruña to Contemporary Parliamentarism *199*

Eduardo Fernández García

The Inapplicability of the Extraordinary Constitutional Way of Creation of the Basque-Navarre Community *227*

Ignacio González García

Between Analogies and Metaphors: The Debate on Content Moderation on Social Networks *265*

Pedro José Peña Jiménez

Personal Liberty Versus Pre-trial Detentiton: An Undervalued Right for Anachronistic Reasons *313*
Sara Turturro Pérez de los Cobos

Between Validity and Effectiveness. Notes on the Recent Dissolution (and Votes of No Confidence) of the Madrid Regional Parliament *345*
David Delgado Ramos

Migration in the 2030 Agenda, Development in the Marrakech Global Compact: A Common Program for an Indivisible Relation *371*
Félix Vacas Fernández

The Veto to the Legislative Overruling of the Constitutional Court Judgments in the Context of the Spanish Constitutional Legal Order *413*
Francisco Ortega Candela

Reforming the Constitution: Does "Precision Surgery" Obviate the Adaptation of the Rest of the Legal System? An Analysis Based on the Italian Case *445*
Samuele Gherardi

III. REVIEWS AND BRIEF BIOGRAPHIES

LÓPEZ AGUILAR, J. F. (2020). El Parlamento Europeo: una experiencia única. *Madrid: Wolters Kluwer* *485*
Artemi Rallo Lombarte

SÁNCHEZ NAVARRO, A. y FERNÁNDEZ RIVEIRA, R. M. (2021). Reflexiones para una democracia de calidad en una era tecnológica. *Pamplona: Editorial Aranzadi Civitas* *495*
Daniel Simancas Sánchez

ARANDA ÁLVAREZ, E. (2021). Los efectos de la crisis del COVID-19 en el derecho constitucional económico. Una

oportunidad para repensar la relación entre estabilidad presupuestaria y gasto público. *Madrid: Marcial Pons* 505
ENRIQUE ORTIZ CALLE

ARÉVALO GUTIÉRREZ, A. (dir.) y MARAÑÓN GÓMEZ, R. (coord.). (2021). El Parlamento en los tiempos de la pandemia. *Madrid: Dykinson* 511
OLGA HERRÁIZ SERRANO

COELLO DE PORTUGAL, J. M. (2020). La Jefatura del Estado. *Navarra: Thomson Reuters Aranzadi* 519
CLARA SOUTO GALVÁN

GEROTTO, S., MAHON, P. y SÁNCHEZ FERRIZ, R. (2020). Il sistema costituzionale svizzero. *Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam* 527
JORGE CASTELLANOS CLARAMUNT

IV. REPORTS AND PARLIAMENTARY CASE LAW WITH COMMENTARIES

Guide to the Delegation to the Bureau of the Powers Provided for in Section 44 of the Standing Orders of the Congress of Deputies 539
SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Alarm and Pandemic: Legal-Constitutional Problems of States of Necessity in Light of the Doctrine of the Constitutional Court. Commentaries on Constitutional Court Judgment 148/2021, of 14 July, Action of Unconstitutionality Num. 2054-2020. (BOE Num. 182, of 31 July, 2021); to the Judgment of the Constitutional Court 183/2021, of 27 October, Action of Unconstitutionality Num. 5342-2020. (BOE Num. 282, of 25 November, 2021); and to the Judgment of the Constitutional Court 168/2021, of 9 October, Appeal for Legal Protection, Num. 2109-2020. (BOE Num. 268, of 9 November, 2021) 547
MARÍA ISABEL ÁLVAREZ VÉLEZ

Constitutionality of Sentences Against Different Authorities and Members of The Parliament for Acts Committed During the Secessionist Process in Catalonia. Commentary on the Constitutional Court Judgments 105/2021 and 106/2021, of May 11, and 107/2021, of May 13, Concerning the Appeals for Legal Protection Num. 6239-2019, 1407-2020 and 2670-2017. (BOE Num. 142, of June 15, 2021) *575*
Jesús María González García

The Infraction of the Right to Exercise Representative Public Office by Decisions of Action and Omission by the Presidency of the Parliament. Commentary on Constitutional Court Judgment 66/2021, of March 15. Concerning the Appeal for Legal Protection Num. 980-2020. (BOE num. 97, of April 23, 2021) *589*
Esther de Alba Bastarrechea

The Exercise of Representative Public Office: Parliamentary Legislative vs. Government Budged Veto. Commentary on Constitutional Court Judgment 53/2021, of March 15. Concerning the appeal for legal protection num. 6546-2018. (BOE num. 97, of April 23, 2021) *599*
Isabel María Abellán Matesanz

Failure to Transpose a European Directive on Matter Concerning Organic Law. Commentary on the Judgment of the Court of Justice of the European Union of February 25, 2021. Case C-658/19 *611*
Ignacio Navarro Mejía

Instructions for the authors (Spanish) *627*
Instructions for the authors (English) *635*
List of collaborators *643*

REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

I

Clásicos de la democracia

Classics of Democracy

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130. ISSNe: 2659-9678
Nº 111, Primer semestre (2021): pp. 19-42
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1607

DISCURSO PRONUNCIADO POR CLARA CAMPOAMOR EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS EL 1 DE OCTUBRE DE 1931 (DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, NÚMERO 48) (SE ACOMPAÑA COMENTARIO «CLARA CAMPOAMOR: HISTORIA DE UNA MESA», DE AMELIA VALCÁRCEL)

SPEECH DELIVERED BY CLARA CAMPOAMOR IN THE CONGRESS OF DEPUTIES ON 1 OCTOBER 1931 (SESSIONS DIARY OF CONGRESS OF DEPUTIES, NUMBER 48)

(INCLUDING AMELIA VALCÁRCEL'S COMMENTARY: "CLARA CAMPOAMOR: HISTORIA DE UNA MESA")

Clara Campoamor
Diputada de la Segunda República española
(Madrid, 1888-Lausana, 1972)

La Srta. **CAMPOAMOR**: Sres. Diputados, lejos yo de censurar ni de atacar las manifestaciones de mi colega, Srta. Kent; comprendo, por el contrario, la tortura de su espíritu al haberse visto hoy en trance de negar la capacidad inicial de la mujer **(Rumores.)** ; al verse en trance de negar, como ha negado, la capacidad inicial de la mujer. **(Continúan los rumores.)** Creo que, por su pensamiento ha debido pasar, en alguna forma, la amarga frase de Anatole France, cuando nos habla de aquellos socialistas que, forzados por la necesidad, iban al Parlamento a legislar contra los suyos. **(Nuevos rumores.)**

Respecto a la serie de afirmaciones que se han hecho esta tarde contra el voto de la mujer, he de decir, con toda la cordialidad necesaria, con toda la consideración necesaria, que no están apoyadas en la realidad. Tomemos al azar algunas de ellas. Que ¿cuándo las mujeres se han levantado para protestar de la guerra de Marruecos? Primero: ¿y por qué no los hombres? Segundo: ¿quién protestó y se

levantó en Zaragoza cuando la guerra de Cuba más que las mujeres? ¿Quién nutrió la manifestación pro responsabilidades del Ateneo, con motivo del desastre de Annual, más que las mujeres, que iban en mayor número que los hombres? **(Rumores.)**

¡Las mujeres! ¿Cómo puede decirse que cuando las mujeres den señales de vida por la República se las concederá como premio el derecho a votar? ¿Es que no han luchado las mujeres por la Republica? ¿Es que al hablar con elogio de las mujeres obreras y de las mujeres universitarias no se está cantando su capacidad? Además, al hablar de las mujeres obreras y universitarias, ¿se va a ignorar a todas las que no pertenecen a una clase ni a la otra? ¿No sufren estas como las otras las consecuencias de la legislación? ¿No pagan los impuestos para sostener al Estado en la misma forma que las otras y que los varones? ¿No refluye sobre ellas toda la consecuencia de la legislación que se elabora aquí para los dos sexos, pero solamente dirigida y matizada por uno? ¿Cómo puede decirse que la mujer no ha luchado y que necesita una época, largos años de República, para demostrar su capacidad? Y ¿por qué no los hombres? ¿Por qué el hombre, al advenimiento de la Republica, ha de tener sus derechos y ha do ponerse un lazareto a los de la mujer?

Pero, además, Sres. Diputados, los que votasteis por la República, y a quienes os votaron los republicanos, meditad un momento y decid si habéis votado solos, si os votaron solo los hombres. (**Varios Sres. Diputados**: Si.-**Otros Sres. Diputados**: No.) ¿.Ha estado ausente del voto la mujer? Pues entonces, si afirmáis que la mujer no influye para nada en la vida política del hombre, estáis –fijaos bien-afirmando su personalidad, afirmando la resistencia a acataros. ¿Y es en nombre de esa personalidad, que con vuestra repulsa reconocéis y declaráis, por lo que cerráis las puertas a la mujer en materia electoral? ¿Es que tenéis derecho a hacer eso? No; tenéis el derecho que os ha dado la ley, la ley que hicisteis vosotros, pero no tenéis el derecho natural, el derecho fundamental, que se basa en el respeto a todo ser humano, y lo que hac6is es detentar un Poder; dejad que la mujer se manifieste y veréis como ese Poder no podéis seguir detentándolo. (El **Sr. Tapia**: Se manifiesta en las procesiones.) En las procesiones, Sr. Tapia, van machos mis hombres que mujeres.

Es que no les remuerde la conciencia a ninguno de los Diputados republicanos presentes de haber pasado a la Historia en fotografías llevando el palio en una procesión. (**Muy bien.)** Pues no hablemos de esas cosas, porque lo que aquí importa es e1 principio. (**El Sr. Pérez Madrigal**: Lo que importa es la República.) Ese es el principio; a mí, Sr. Pérez Madrigal, la Republica me importa tanto, por lo menos –y digo por lo menos por consideración respetuosa–, que a S. S., y precisamente porque la Republica me importa tanto, entiendo que sería un gravísimo error político apartar a la mujer del derecho del voto. (**El señor Pérez Madrigal**: La restauración es to mismo que conceder el voto a la mujer.) Está equivocado su señoría; cuanto S. S. afirma en ese sentido es una hipótesis... (**El Sr. Pérez Madrigal**: Tan respetable como la de S. S.), y frente a esa hipótesis yo tengo la rnia: la de la conciencia, la de la fe, la del fervor ; no tiene derecho S. S., en nombre de mi hipótesis, a cerrar el paso a más de la mitad de la raza española . (El **Sr. Pérez Madrigal**: No se le cierra el paso; es cuestión de tiempo; es una cita para el año que viene.)

El Sr. PRESIDENTE: Ruego a la Cámara que guarde silencio.

La Srta. **CAMPOAMOR**: Yo ruego a la Cámara que me escuche en silencio; no es con agresiones y no es con ironías como vais a vencer mi fortaleza; la única cosa que yo tengo aquí ante vosotros, Sres. Diputados, que merezca la consideración y acaso la emulación es precisamente el defender un derecho a que me obliga mi naturaleza y mi fe, con tesón y con firmeza. (**Muy bien. Aplausos**.) No quisiera recoger interrupciones para no alargar la discusión; pero, puesto que he oído en el aire que «dentro de un año», ¿es que creéis que dentro de un año la mujer si iba a estar capacitada? ¿Es que creéis que para esa época vais a conquistar su ideología? Pues ¿por qué no empezáis la cruzada rápidamente, para conquistarla antes? ¿Es que para vencer esa naturaleza acaso necesitáis el plazo de un año?

Se lanzaba ayer desde esos bancos (**Señalando a los de la minoría radical socialista.)** el nombre de la señorita telefonista de Ayerbe, diciendo que se convirtió en espía; frente a ese os cito yo como símbolo de otras el de otra mujer, el de Mariana de Pineda. (**Rumores**.)

Pero vengamos a la pura esfera de los principios. He de comenzar por decir, Sres. Diputados, que mi situación, especial en la Cámara, precisamente, es un poco la de Saturno, la de devorar mis argumentos; yo no quisiera que sobre la Cámara se sintiera la pesadumbre de la mujer.

De aquí que, en vez de extenderme en refutar por menudo, como podría hacer, los argumentos vertidos, haya de concretarme, precisamente por temor a cansaros, a remitirme a lo que ayer os dije. Me encuentro en esa posición en que nosotros los abogados hemos visto tantas veces al delincuente en el banquillo de los acusados: le sobran, acaso, razones, argumentos para contrarrestar las acusaciones; pero solo frente a todos, tal vez cree que debe congraciarse un poco con el silencio, y su timidez vence a su natural obligación de defensa. Por eso he de limitar macho mi intervención en la tarde de hoy.

No se trata aquí esta cuestión desde el punto de vista del principio, que harto claro está, y en vuestras conciencias repercute, que es un problema de ética, de pura ética reconocer a la mujer, ser humano, todos sus derechos, porque ya desde Fitche, en 1796, se ha aceptado, en principio también, el postulado de que só1o aquel que no considere a la mujer un ser humano es capaz de afirmar que todos los derechos del hombre y del ciudadano no deben ser los mismos para la mujer que para el hombre . Y en el Parlamento francés, en 1848, Víctor Cousideraut se levantó para decir que una Constitución que concede el voto al mendigo, al doméstico y al analfabeto-que en España existe– no puede negársele a la mujer. No es desde el punto de vista del principio, es desde el temor que aquí se ha expuesto, fuera del ámbito del principio –cosa dolorosa para un abogado– como se puede venir a discutir el derecho de la mujer a que le sea reconocido en la Constitución el de sufragio. Y desde el punto de vista práctico, utilitario, ¿de qué acusáis a la mujer? ¿Es de ignorancia? Pues yo no puedo, por enojosas que sean las estadísticas, dejar de referirme a un estudio del Sr. Luzuriaga acerca del analfabetismo en España.

Hace él un estudio cíclico desde 1868 hasta el año 1910, nada más, porque las estadísticas van muy lentamente y no hay en España otras. ¿Y sabéis lo que dice esa estadística? Pues dice que, tomando los números globales en el ciclo de 1860 a 1910, se observa que mientras el número total de analfabetos varones, lejos de disminuir ha aumentado

en 73.082, el de la mujer analfabeta ha disminuido en 48.098; y refiriéndose a la proporcionalidad del analfabetismo en la población global, la disminución en los varones es sólo de 12,7 por 100, en tanto que en las hembras es de 20,2. Esto quiere decir simplemente, agrega el autor, que la disminución del analfabetismo es más rápida en las mujeres que en los hombres y que de continuar ese proceso de disminución en los dos sexos, no sólo llegaran a alcanzar las mujeres el grado de cultura elemental de los hombres, sino que lo sobrepasaran. Eso en 1910. Y desde 1910 ha seguido la curva ascendente, y la mujer, hoy día, es menos analfabeta que el varón. No es, pues, desde el punto de vista de la ignorancia desde el que se puede negar a la mujer la entrada en la obtención de este derecho. (**Muy bien**.)

Otra cosa, además, al varón que ha de votar. No olvidéis que no sois hijos de varón tan solo (**Risas**), sino que se reúne en vosotros el producto de los dos sexos.

En ausencia mía y leyendo el **Diario de Sesiones**, pude ver en él que un doctor hablaba aquí de que no había ecuación posible, y con espíritu heredado de Moebius y Arist6teles declaraba la incapacidad de la mujer. A eso, un solo argumento: aunque no queráis y si por acaso admitís la incapacidad femenina, votáis con la mitad de vuestro ser incapaz. Yo y todas las mujeres a quienes represento queremos votar con nuestra mitad capaz masculina, porque no hay degeneraci6n de sexos, porque todos somos hijos de hombre y de mujer y recibimos por igual las dos partes de nuestro ser. Este principio lo oía yo explicar con clarividencia magnifica al insigne maestro Unamuno, refiriéndose a una discusión con Dª. Emilia Pardo Bazán, discusión en que esta se hallaba atenazada con el argumento de la incapacidad heredada y, al fin, él le dio la salida en este magnífico argumento que luego han desarrollado los biólogos. Somos producto de dos seres; no hay incapacidad posible de vosotros a mí, ni de mí a vosotros. Desconocer esto, es negar la realidad evidente. Negadlo si queréis; sois libres de ello, pero solo en virtud de un derecho que habéis (perdonadme la palabra, que digo solo por su claridad y no con espíritu agresivo) detentado, porque os disteis a vosotros mismos las leyes; pero no porque tengáis un derecho natural para poner al margen a la mujer.

Yo, Sres. Diputados, me siento ciudadana antes que mujer, y considero que sería un profundo error político dejar a la mujer al

margen de ese derecho, a la mujer que espera y confía en vosotros; a la mujer que, como ocurrió con otras fuerzas nuevas en la Revolución francesa, será indiscutiblemente una nueva fuerza que se incorpora al Derecho y no hay sino empujarla a que siga su camino. No dejéis a la mujer que, si es regresiva, piense que su esperanza estuvo en la Dictadura; no dejéis a la mujer que piense, si es avanzada, que su esperanza de igualdad está en el comunismo. No cometáis, Sres. Diputados, ese error político de gravísimas consecuencias. Salváis a la Republica, ayudáis a la República atrayéndoos y sumándoos esa fuerza que espera ansiosa el momento de su redención.

Cada uno habla a virtud de una experiencia y yo os hablo en nombre de la mía propia. Yo soy Diputado por la provincia de Madrid; la he recorrido, no solo en cumplimiento de mi deber, sino por cariño, y muchas veces, siempre, he visto que a los actos públicos acudía una concurrencia femenina muy superior a la masculina, y he visto en los ojos de esas mujeres la esperanza de redención, he visto el deseo de ayudar a la Republica, he visto la pasión y la emoción que ponen en sus ideales . La mujer española espera hoy de la Republica la redención suya y la redención del hijo. No cometáis un error histórico que no tendréis nunca bastante tiempo para llorar (**Rumores**); que no tendréis nunca bastante tiempo para llorar al dejar al margen de la Republica a la mujer, que representa una fuerza nueva, una fuerza joven; que ha sido simpatía y apoyo para los hombres que estaban en las cárceles; que ha sufrido en muchos casos como vosotros mismos, y que está anhelante, aplicándose a sí misma la frase de Humboldt, de que la única manera de madurarse para el ejercicio de la libertad y de hacerla accesible a todos, es caminar dentro de ella.

Señores Diputados, he pronunciado mis últimas palabras en este debate. Perdonadme si os moleste, considerando que es mi convicción la que habla; que hablo como republicana, pero como republicana que ante un ideal lo defendería hasta la muerte; que pondría, como dije ayer, la cabeza y el coraz6n en el platillo de la balanza, de igual modo que Breno colocó su espada, para que se inclinara en favor del voto de la mujer, y que además sigo pensando, y no por vanidad, sino por íntima convicción, que nadie como yo sirve en estos momentos a la República española. (**Muy bien.-Aplausos**).

CLARA CAMPOAMOR: HISTORIA DE UNA MESA

Amelia Valcárcel
Catedrática Emérita de Filosofía Moral y Política
Universidad Nacional de Educación a Distancia
Consejera Electiva del Consejo de Estado
https://orcid.org/0000-0002-6709-5388

Se cuenta de Wittgenstein que comentó, angustiado, en una de sus clases que en el sueño de la noche no lograba distinguir las proposiciones de las mesas. Eso le producía sudor frío. Otro tanto me podría suceder, porque a medida que voy sabiendo más sobre las mujeres relevantes en el mundo de las ideas y sus mesas se me hace difícil distinguir las peripecias de las unas y de las otras. Lo de Wittgenstein, uno de los filósofos importantes del siglo XX, podría tener explicación en lo a menudo que en filosofía tomamos la mesa profesoral como ejemplo; es ello, casi seguro, por la impronta neokantiana que ha hecho bascular hacia la teoría del conocimiento el campo de lo pensable. Pero lo de las mujeres y sus mesas es distinto, más largo y profundo.

Este 2021, por ejemplo, con discreción, una mesa cruzó de lado a lado la Carrera de San Jerónimo. Una mesa de tamaño mediano, que no llega a los cien años, aunque es mueble del Renacimiento. Se trata de ese estilo severo y algo pomposo que se puso de moda a finales del siglo XIX y que tuvo comienzo en Francia, de ahí que normalmente se le nombre también como *estilo Enrique II*. Son esos muebles oscuros y torneados, de roble o de castaño, que a veces exhiben cabezas en relieve y cueros repujados. Nos recuerdan antiguas notarías y vetustos bufetes: pesados, de patas salomónicas, cajones de sólidos herrajes y con vidrios emplomados en los armarios. Despachos, comedores y hasta salones se fabricaron en ese estilo y, lo que resulta más notable, fueron frecuentemente vendidos como verdaderas antigüedades. El estilo renacimiento se hizo muy popular entre las clases altas del último tercio del siglo XIX. Está en las casas y en las novelas. Clarín

emplea parte de su *Regenta*, la del zoo vetustense, en contar como uno de los aparentes amigos del rico marqués de Vegallana había ideado una manera de desacreditarle. Se había comprado el personaje un salón con tal mobiliario que le habían vendido por bueno en París y el falso amigo le tenía hechos unos agujeros en los que se demostraba que era de anteayer. Se los enseñaba a las visitas y luego los tapaba con cera cuidadosamente.

No son muebles simpáticos. Quizá a eso se deba el comentario que un día escuché a una diputada, justo en el edificio de enfrente. Pasando al lado de esa mismísima mesa la oí decir: «A ver cuándo sacamos esta porquería de aquí». Porque, en efecto, la ya muy aludida mesa estaba reposando en una de las salas del edificio de enfrente, allá donde el Congreso había enviado varios despachos. En su primer piso. Allí se colocó esa mesa y miraba a un busto de su dueña un 20 de diciembre del año 2006. Busto y mesa se observaron un par de años y luego el busto fue dirigido a un vano de escalera. Sola y sin contexto, la mesa llamaba a no sé qué memorias. Estaba sola, descendida de signo, a punto de olvido.

Pero ¿de dónde había salido esa mesa?

Conocí a Carmen Olmedo en Baeza. Nos vimos después sin parar: en Sevilla, en Madrid, en Málaga, en Madrid de nuevo y vuelta a la rueda. Con ella me di cuenta de que la épica feminista iba tomando cuerpo. Con ella y con su gente. Era entonces, antes de ser diputada, Directora del Instituto Andaluz de la Mujer. Olmedo, gran hacedora de equipos, supo poner a su alrededor personas valiosas, muy distintas entre sí, pero todas convenientes. Era también mujer de fuertes convicciones morales, capacidad estratégica, juicio atinado y rápido, conversadora eficaz e individua valiente a la que resultaba difícil detener una vez que decidía hacer algo. Cierto, nadie es perfecto y sin tacha. Se equivocó, como lo hacemos el resto, sus buenas dos o tres veces. Pero en lo esencial fue por el camino recto y la vista atenta a los laterales. Fue decisiva en el concretarse de la agenda feminista. Tuvo que conseguir, casi en solitario, que el Psoe se implicase en la lucha contra la violencia machista; se embarcó en un tren a medianoche, llegó a Ferraz y no paró hasta conseguirlo, que no fue fácil; en realidad

nunca nada lo es. Cuando, ya diputada, emprendió sus cruzadas contra el IVA que gravaba los productos de higiene femenina imprescindibles, lo hizo con la misma determinación. Paciencia y farmacias, una tras otra, comprando compresas y pañales y pidiendo recibo con los impuestos desglosados. Firme y nunca zalamera. Siempre amable. Porque la valentía es elegancia.

Y la perfección de la valentía es la capacidad de respeto y agradecimiento. Carmen Olmedo lo tenía claro. España había contraído una deuda no pagada con Clara Campoamor. Conseguir el voto de las mujeres era una hazaña que exigía el máximo reconocimiento. Empujó, peleó, reunió, convenció. Gracias a su impulso Clara Campoamor tuvo una placa en el Congreso. Pequeña. Decía ella que era pequeña. Para probarlo la medía de vez en cuando, sacando su metro del bolso, «exactamente veinte por treinta centímetros», y la comparaba con otras similares o con los retratos de próceres olvidados que pueblan el lugar. Carmen hizo cuanto pudo. En el setenta aniversario del voto se había buscado pared y ya la placa pendía. Olmedo consiguió primero esa plaquita, una de esas en las que, sobre una leve hoja de plata, se detallan los méritos de quien la haya merecido. Nos llevamos una alegría el día que se colocó porque tampoco había tantas ganas de encontrarle sitio. Allí, según se entra a la derecha, la dejó puesta oficialmente cuando abandonó el Congreso en el 2004.

Pero el afán no lo dejó. Porque, si bien ya no era diputada, siguió luchando para que Campoamor tuviera un lugar propio y un busto que la recordara. El busto se convirtió en su monotema. Otra Carmen, Alborch, lo tomó con el mayor apego. Y la obstinación de la una y el extraordinario saber hacer de la otra alcanzaron a culminar el caso. Había placa, pequeña, y, ahora por fin también, busto contemporáneo. Lo colocaron en el edificio de enfrente porque no hubo manera de hacerle lugar. No, por tanto, en aquel en el que Clara trabajó, apostó, argumentó, aclaró y venció. Pero lo colocaron. Recuerdo aquel hermoso día, aquella mañana, porque el feminismo español se dio cita allí en el 2006. Era el Setenta y cinco aniversario del voto. Hubiéramos querido contar para descubrirlo con… con tanta gente… Pero lo hicimos solas. Estaban ese busto transparente y enfrente esa mesa. Ambas Cármenes, Olmedo y Alborch, y las personas más cercanas a la iniciativa.

Vimos entonces y allí mismo aquella mesa que se había rescatado y que parecía ser la única herencia material de Campoamor. Había llegado de mano de una asociación que la conservaba. Extraño caso. Todas nos acercamos al busto y todas palpamos la mesa. Parecía sólida.

La propietaria de la mesa

En 1936, a comienzos de septiembre, Clara Campoamor consiguió escapar de Madrid. Tras el levantamiento militar la capital se había convertido en un agujero inhabitable del que no nos faltan descripciones, aunque una de las mejores sea la suya:

> El terror reinaba en la retaguardia desde el comienzo de la lucha. Patrullas de milicianos comenzaron a efectuar arrestos, en los domicilios o en la calle, allí donde creían encontrar elementos enemigos. Los milicianos, fuera de cualquier legalidad, se erigían en jueces populares y sus arrestos iban seguidos de fusilamientos. En seguida una trágica frase se hizo corriente en la retaguardia; llevaban a alguien «a hacer el paseíllo». Hacer el paseíllo se convirtió en el deporte favorito de los milicianos[1].

Las personas que escapaban dejaban sus casas expuestas al saqueo, aunque también había saqueos legales: se incautaban de sus pertenencias que quedaban bajo la responsabilidad de supuestos organismos vigilantes. La realidad es que aquello era un caos.

Los muebles hablan; las casas hablan. Había conseguido Clara, desde sus orígenes en Malasaña, que entonces se llamaba Maravillas, arribar a la Plaza de la Lealtad. Así les pasa a veces a las gentes, que su vida se cuenta por estos traslados[2]. El de Campoamor era un periplo nada desdeñable en la geografía urbana porque nos da cuenta de un significativo ascenso. Ahora también parecería meteórico, pero en tiempos más estancos y reluctantes al ascenso social el suyo resulta asombroso. Esos dos kilómetros son una vida. Carmen Eulalia, que decidió llamarse Clara, fue el mejor resultado de las posibilidades que,

---

[1] La Revolución española vista por una republicana», (1937) Ed. Española UAB, Neus Samblancat, Bellaterra, 2002, pág. 130.

[2] Lo contaba la cantante y actriz Marisol, niña legendaria: que toda su vida se resumía en haber cambiado de barrio en Málaga. Le debo este perspicaz apunte.

pocas y de una en una, se habían abierto en España a las mujeres en el final del XIX. Barrio pobre. Su madre costurera, su abuela portera, huérfana de padre… se tuvo que poner ya a trabajar a los doce años, aunque desde antes ayudara en casa como «peque», sobrehilando, dando puntadas y repartiendo. Trabajando siempre. Tenía dos cualidades en modo eminente, inteligencia y tesón. Las usó. ¿Ir a la universidad? «Ni las hadas osarían depositar en su cuna el don de cursar altas enseñanzas oficiales»[3].

Volviendo al barrio de Malasaña: El fenómeno de americanización del centro no se había producido y es bien cierto que en Madrid no lleva trazas de llegar a hacerlo. Se llama así al despoblamiento progresivo de los centros urbanos que pasan a manos de personas sin capacidad, se desconchan y caen[4]. Maravillas no era un buen barrio. Campoamor fue cambiando de casa a medida que aumentaba diplomas. De costurera a dependienta de mercería, de ahí a estudiar de noche y sacar las primeras oposiciones que se hicieron, las de telégrafos[5]. A eso siguió el bachillerato hecho ya de mayor y por libre. De eso a maestra de adultas[6]. Llevó a su madre a vivir con ella a Fuencarral. Estudiando derecho a altas horas y examinándose donde mejor le pudiera ir, Madrid, Murcia y Oviedo, hasta terminar en dos años la carrera. De ahí a la abogacía y a colegiarse. Por fin una parada importante, la plaza del Ángel.

Había pasado por varias pensiones de diferentes provincias antes de llegar a la plaza del Ángel. Allí, probablemente por la fotografía

---

[3] Lo escribe Campoamor de sor Juana y se lo aplico.

[4] Resumido magníficamente por Stimbeck: «He aquí una generalidad referente al crecimiento de las ciudades norteamericanas, aparentemente aplicable por igual a todas cuantas conozco. Cuando una ciudad empieza a crecer y a extenderse por los bordes, el centro, que antes era su gloria y su orgullo es abandonado al tiempo. Los edificios van oscureciéndose e invade a ese centro una especie de deterioro: a esa parte se traslada la gente más pobre porque los alquileres de sus casas han bajado y el comercio pequeño, de los bordes, reemplaza a lo que antes eran florecientes negocios. El distrito es todavía demasiado bueno para ser demolido pero demasiado anticuado para resultar deseable. Además toda la energía ha fluido hacia afuera». Viajando con mi perro, Ediciones Selectas, Buenos Aires, 1963, págs. 212-13.

[5] Citadas y apoyadas por Pardo Bazán, porque nada se hace en vano. Entró como auxiliar de segunda clase. Y entró con veintiún años; pasó cuatro años trabajando fuera entre Zaragoza y San Sebastián.

[6] Dando clases de taquigrafía y mecanografía. De hecho se sacaba un pequeño plus mecanografiando para ministerios y traduciendo del francés.

que conservamos, se hizo con una mesa Enrique II. Porque aparece tras una en pose de abogada en foro. 1924 y tenemos la mesa. Cuando se la compró ya sabía que era moderna y una falsa antigüedad. Nadie se llamaba a engaño con esos muebles después de la Gran Guerra. En ella había de escribir sus notas, preparar sus pleitos, guardar sus documentos importantes. Para que quede claro: una de estas mesas es la antítesis de la mesa camilla, que tanto espacio ocupó en nuestras letras y nuestro cine. Desconfíen de cualquiera que se imagine a las mujeres en mesa camilla o a ella las mande[7]. Allá donde la camilla reina hay una eticidad y donde lo hace el escritorio hay otra. Un mueble es siempre capaz de imponer su ley. Dice Campoamor de Arenal, de cuyo monumento trataremos: «Para poder hacer todo lo que hizo, hubo de comenzar por hacerse a sí misma»[8]. Los objetos nos hacen. Los que mucho amamos testimonian de qué nos hemos hecho.

Mujeres autodidactas

Esta es una mesa, la de la fotografía de la abogada Campoamor, de respeto. Se parece bastante a otra, auténticamente renacentista, que ha tenido un gran papel en la historia del pensamiento. La mesa de Campoamor discurre por la estética de la de Montaigne. Las separan cuatro siglos. En ella el Señor de Montaigne, primer filósofo de la Modernidad, inventó una nueva forma de escribir a la que llamó con perfecta falsa modestia *Ensayos*. En la torre en que Montaigne habilitó su biblioteca y su lugar de estudio, su pequeña mesa es una delicia de ver. Lo imagino escribiendo en ella esa carrera infatigable de inteligencia del mundo. Montaigne había sido educado, bajo las órdenes de su padre, para sabio y perfecto: nada debía turbarle. Se le despertaba con música para que no se alterase; sus maestros se turnaban en instruirle a no ser que demostrara cansancio. Para él, el saber y el poder fueron un camino de rosas solamente enturbiado

[7] Excepción haré y también confesaré. Confieso que, cuando con mis treinta años y joven profesora ayudante de universidad me opuse a un varón con mando en plaza, el comentario fue que las cosas que yo decía las guardara para la mesa camilla de mi casa, donde, por cierto, nunca la ha habido. Sin embargo una mesa camilla guardaré siempre con el mayor respeto en mi memoria, la de Ramón Piñeiro, en su casa de Santiago de Compostela, de quien y con quien tanto aprendí.

[8] «El Pensamiento vivo de Concepción Arenal», Losada, Buenos Aires, 1943, pág. 12.

por las guerras protestantes. En su torre, donde guardaba también su amada biblioteca, puede verse su mesa. Es una de su siglo, el XVI. El periplo educativo de Campoamor se dice pronto y pone los pelos de punta. Las mujeres han sido siempre condenadas a la autodidaxia, la propia Campoamor lo escribió más de una vez, porque conocía bien el caso, el tener «por maestro un libro mudo y por compañero de estudios un tintero insensible». La mesa vino a por Montaigne. Clara tuvo que atrapar la suya.

Cuando escribe sobre sor Juana Inés de la Cruz subraya Campoamor que Juana, ya de niña, pensó en vestirse de varón cuando supo que había universidad en México. Así la cita:

> Cuando tuve como seis años oí decir que había Universidad y escuelas en Méjico y apenas lo oí cuando empecé a instar a mi madre con inoportunos ruegos, solicitando de ella que, mudándome de traje, me mandase a Méjico a casa de unos deudos, para estudiar y cursar en la universidad. Ella no lo quiso hacer, e hizo bien, pero yo despiqué mi deseo de leer leyendo muchos libros varios que tenía mi abuelo, sin que bastasen reprensiones ni castigos a estorbarlo[9].

A sor Juana le prohibieron el estudio en su convento, cuando más despierta y madura era ya su inteligencia, porque, escribe Clara, «el varón se ha arrogado administrar por la negativa la mente femenina». Una mujer nunca podrá conseguir, prosigue, «la borla de oro», el doctorado en las cinco facultades, porque jamás entrará en la de Teología. Pero el libro de la maravillosa máquina de la vida no se le puede hurtar a ningún cerebro empeñado en saber. Así que dejaron a Juana de Asbaje sin libros… y sin mesa, hay que decirlo, pero con su talante: «privada de los libros dedicose a observar, deducir y meditar»[10].

También María Zambrano se queja de haber tenido que hacer filosofía a pura nada, privada por la guerra y el exilio de todos sus libros. Es difícil y ello puede explicar bien el sonido autofágico de su pensamiento. En 1943 Campoamor está escribiendo sobre la décima musa. En Buenos Aires vive de lo que publica, sobre todo en prensa.

---

[9] Citado literalmente por Campoamor que, sin embargo, no lo referencia en «Sor Juana Inés de la Cruz, Editorial Buen Aire, 1944, pág. 10.

[10] Ibíd. Pág. 42.

«Si Aristóteles hubiera guisado, mucho más hubiera escrito», escribe con sarcasmo sor Juana. «El derecho al saber lo justifican muchas mujeres por el deber de servir», escribe Campoamor. Pero es una pasión dominante que no necesita justificarse. Estudia y labora *pro domo sua*. Tal deseo es una fuerza natural, avasalladora. Mala cosa es que falte maestro. Se suple en profundo soliloquio. Por buscar compañía disputó sor Juana con un barbilindo[11]. Por haberlo hecho se fue a pique.

El tal era un predicador luso, de vanidad y enjundia, que a todo se atrevía. Y en los reinos no el único. Sor Juana se vio en grado de corregirle un tanto. Pero tal cosa, correcciones mujeriles a talentazos masculinos, no estaba prevista en el guion. Le respondió, travestido de monja, el Obispo de Puebla[12]. Por haber querido corregir al que yerra, sor Juana tuvo que dejar mesa y cerrar los libros. Mucho se alegrarían del trance sus enemigos y mucho ganó la misoginia. La Nueva España, que había apoyado a su maravilla, por ser extraña e impensada, la dejó callar. Las excepciones tienen el destino de extinguirse. En los conventos jerónimos las profesas tenían derecho a habitación, gabinete, muebles, criadas y consuelos. Dulces, golosinas, cosicosuelas. Sor Juana nos fue retratada justo en su mesa. Es el suyo un lienzo de tintes majestuosos en el modo en que solían hacerse los de las reales personas. Su mesa ocupa su buena mitad. Mujer y mesa, he ahí una imagen notoria y poco frecuente. Imagino que también la vendió cuando hubo de dejar sus libros, sus aparatos, sus instrumentos musicales… todo. Fue una infamia. Campoamor lo señala bien porque otro tanto le ocurre. «Cilicio y disciplina son su única biblioteca». A la tinta la sustituye la sangre con la que firma y afirma ser «la peor de todas». Me pregunto si Campoamor corrió ese riesgo. Me conforta creer que no, dada su claridad y el cambio de los tiempos.

Se dice de algunos virreyes de la India británica que viajaban con sus camas. Campoamor, por asombro, logró hacerse con su mesa. Y es que no reflexionamos mucho cuando hablamos de la habitación

---

[11] Da Campoamor señas suficientes del tal. Antonio Vyera, orador sagrado y famoso, jesuita portugués que era tenido en mucho. Escribió un sermón del que guardamos memoria solo porque sor Juana, muy amablemente, se lo corrigió un tantico.

[12] O sea, la autoridad a la que no cabía replicar, quien le aconsejó, vestida como sor Filotea, que se dejase de libros.

propia porque, si es propia, desde luego que no es un *boudoir*. Tiene una mesa clavada en medio. Y sobre ese mueble gira el resto. Martín Rico nos pinta una escuela de niñas y tan bien lo hace que gracias a su pintura conocemos la exactitud del Informe Moyano, que en las escuelas de niñas normalmente no hay mesas. Son «La Amiga», que nos cita Góngora: las niñas están al aire libre, en un patio, haciendo labor, sentadas en sus sillas de enea. Nada estudian, nada escriben, aprenden a coser. Abrirse paso en el saber ha sido una lucha inmensa. Cuenta Campoamor un sucedido que le fue relatado. Ello es que no solo las señoritas estudiantes de 1911 fueron recibidas a pedradas. Concepción Aleixandre, primera médica española, le contó que, sistemáticamente, sus compañeros de clase le tiraban piedras a la salida, en 1896[13].

Yo he visto a Carmen Alborch, con un ordenador tamañito, apoyarlo en cualquier tiempo que encontrara, por exiguo que fuera, para escribir. Y a Aurelia Capmany escribiendo a máquina, alejada del ruido, entre dos carreteras. Pero ambas usaban de mesa para ello; porque para escribir la mesa es imprescindible. Y Campoamor escribía continuamente.

Esto va de acabar monumentos

Digamos que algunas mujeres escribieron en el pasado y para ello tuvieron que contar con su dónde. Mesa, aunque no fuera propia, que lo de la habitación propia era mucho pedir. La mesa es esencial al estudio y la escritura. Cierto que escritoras de primera magnitud, Jane Austen por ejemplo, o las Brontë, escribían a tintero y sin mesa propia. Usaban de la que se tenía para comidas y tertulias, en la habitación común de la que se entraba y salía sin pedir permiso ni darlo. Esa, al aire de los ratos perdidos, ésa parece haber sido la mesa de muchas. Por eso al saber de las mujeres hay que adjuntarle siempre testimonio de su mesa.

Carmen Olmedo andaba con un centímetro en el bolso y Clara Campoamor se fijaba en monumentos desmochados. En la historia de la relevancia femenina esto de heredar monumentos a medio hacer parece ser la regla. Andaba Campoamor haciendo su carrera

[13] En su «Concepción Arenal», op. Cit. pág. 13.

de derecho a salto de mata cuando falleció Emilia Pardo Bazán. La más resuelta de nuestras escritoras se había pasado la vida batallando, si bien asegurada por un patrimonio que no era manco. Edificó un palacete en Pozas, casi enfrente de Liria, y se empeñó en que los desmontes de Moncloa podrían convertirse en un verdadero parque si se los adecentaba con algunos monumentos de prestigio. Así que se propuso que se hiciera uno, se levantara más bien, a la primera gloria de la juridicidad española, Concepción Arenal. Mataba tres pájaros de un tiro: mujer, intelectual y gallega como ella misma. Y quizá un cuarto, porque la misma Emilia cuenta lo mal que la miró Arenal cuando de niña le fue presentada. La madre de Emilia, orgullosa de lo inteligente de su única hija, invitó a la casa familiar a la Visitadora de Prisiones y le enseñó al pimpollo diciendo «Emilita, que no para de leer, que es lo que más le gusta». Y aquella señora, Arenal, la miró francamente mal por lo visto. Esto pasa en la dinámica de las excepciones y ambas dos lo eran, una *de facto*; la otra llegaría a serlo.

El caso es que había propuestas diversas monumentales y Pardo Bazán estimó que Arenal merecía un verdadero recuerdo. Poner señales se llama también a esta actitud. Inició el monumento por cuestación popular. Las cuestaciones se estaban inventando para usos civiles y eran muy queridas por los prohombres. Sin ir más lejos la *Venus del espejo* fue una, la primera de ellas. Las cuestaciones religiosas eran perfectamente corrientes. Las segundas, en lugares como España, solían ir mejor que las primeras. La de Arenal se estancó y quizás ya no tuvo ánimos o ganas Bazán de seguirla. Había en el parque una peana. Ahí advino Campoamor, que, tomando el relevo, se anotaba el apoyo a la jurista en que ella ansiaba también convertirse. Abrazó la cuestación exánime, la resucitó y le puso culmen. Hubo que volver a abrirla, escribir listas, traer y llevar papeles, andar por oficinas, hablar con prohombres… pero las pesetas se fueron poniendo unas sobre otras y al fin Arenal pudo ser contemplada en su monumento y las palomas a lo suyo. Concepción Arenal tiene esa estatua porque la inició Bazán y la terminó Campoamor. Son etapas en la gran lucha por la memoria que el feminismo lleva en los dos últimos siglos. Lo inauguraron en el año 34 con gran boato[14].

[14] Lo hizo Alcalá Zamora, presidente entonces, con quien coincidió y nunca paró de encontrarse.

Todo va de relevos: Arenal, Bazán, Campoamor.. Olmedo, Alborch… Arenal sigue sentada en el parque del Oeste y se acompaña de breves palabras: «Amó la ciencia. Consoló el dolor». Mucha mesa debió necesitar pues mucho dejó escrito. Recoge Campoamor, en el ensayo que le dedica, un tópico que corre por los ambientes: «Se ha dicho de Concepción Arenal que es una escritora más citada que leída»; Clara lo admite y lo deplora a partes iguales. Con ella, cuando más de diez años después y dos guerras por el medio escribe, tiene además esa cosa en común: que a Arenal le fastidiaron la vida las continuadas contiendas civiles, lo mismo que a ella misma. Opina Campoamor que ni los problemas que planteaba en sus escritos están resueltos ni se escucha fácilmente su genialidad. Arenal es un entendimiento poderoso capaz de enumerar para realizarse una agenda social profunda de cambio: no solamente es la penalista que aboga por que se dulcifiquen las penas; es la que escribe sobre hacer menor la jornada de trabajo, impedir el infantil. Prohibir los trabajos insalubres, establecer pensiones de invalidez, abrir muchas profesiones a las mujeres, la de clérigo incluida, que la tierra pueda ser comprada por quien la hace fructificar, que la herencia se limite, que la educación se universalice, que los trabajos domésticos se comunalicen, que la pena de muerte desaparezca. «Toda su obra fue una cruzada contra el dolor, la miseria y el mal»[15]. Ya que no leída, aquella a la que media Europa escuchaba, que sea vista, seguro que pensó Campoamor: la imagino disfrutando durante el acto de inauguración[16].

En ese año 34 Campoamor estaba a punto de dejar las filas de su partido una vez que sobrevivió al horror que le produjeron los sucesos de Asturias a los que tuvo que atender por razones gubernamentales. Al año siguiente, una periodista francesa, hija de una afamada pintora,

---

[15] «El pensamiento vivo de Concepción Arenal», op. cit. pág. 50.

[16] Sobre Concepción Arenal, nota de Cánovas: «Soy yo –decía Cánovas– como estudiante bastante viejo a estas horas; y de aquellos que, si no tuvieron la fortuna de conocerla en la Universidad, porque dudo mucho que asistiera allí donde, al tiempo mismo en que ella pudo asistir después de su matrimonio, asistí yo constantemente, fui al menos de los que, muchas veces la vieron señalar con el dedo en el célebre Café del Iris, a la sazón en su mayor brillo, vestida de hombre, al lado de su marido y de un círculo de amigos particulares». Cánovas del Castillo, A., Sesión celebrada en honor de Dña. Concepción Arenal, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1893.

visitaría España y le haría una poco conocida entrevista[17]. André Corthis, pseudónimo de Andrée Magdeleine Husson, visita una España en que las mujeres votan, esas a las que una copla que ella misma recoge ordenaba: «No quiero que a misa vayas, ni que a la reja te asomes, ni tomes agua bendita donde la tomen los hombres»[18]. La recibió Clara ya en la plaza de la Lealtad y en los primeros días de octubre. Nos cuenta que hubo de padecer una considerable migraña causada por las muchas flores que las agradecidas españolas le habían hecho llegar a Campoamor en el aniversario de la victoria del voto en Cortes. André cita las paredes blancas y los muebles oscuros, que encuentra modernos y elegantes[19]. Tuvo que ver esa mesa. Llena de flores.

Arenal poseyó un escritorio que aún vive. Me la imagino escribiendo en él sus ensayos. Pero… ¿cómo trabajó Campoamor cuando salió huyendo? Ella misma cuenta que, dado lo muy conocida que era, empezó a figurar en algunas listas para «paseíllos». No lo puede expresar mejor:

> Dejé Madrid a comienzos de septiembre. La anarquía que reinaba en la capital ante la impotencia del gobierno y la falta absoluta de seguridad personal incluso para las personas liberales, –sobre todo quizá para ellas– me impusieron esta medida de prudencia (…) Si la gran simpatía que se siente siempre por la situación de los que se defienden puede llegar hasta a explicar los errores populares, esa misma simpatía rechaza llegar hasta el sacrificio, oscuro e inútil, de la propia vida. Se sabe también que los autores de los excesos, o los que los han dejado cometer, encuentran siempre cómo disculparse, aunque sólo sea pretendiendo que hay que juzgar a las revoluciones

[17] El ejemplar del libro que yo poseo es una novena edición, pero lo que las mujeres publican tiene una extraña tendencia a disolverse. Igual ocurre con las memorias republicanas de Campoamor que tuvieron muchas, al menos cinco, y resultaban inencontrables.

[18] En efecto, había dos pilas en las iglesias, señaladas con las palabras *hombres* y *mujeres*, para que no se produjera semejante promiscuidad.

[19] «Jamás he visto ni respirado tantas flores como en ese salón, muy moderno, paredes claras, muebles oscuros, grandes estanterías que da sobre una de las plazas más elegantes de Madrid. Las había sobre las mesas, las butacas, el despacho. Las había por los suelos. En fin, las había en otro salón pequeño cuya puerta estaba abierta –Todas me las han enviado las mujeres– me dice Clara Campoamor. Ayer fue el aniversario del día que se les acordó el voto… el rostro de Campoamor es bien conocido en París en los medios feministas» Du Couvent aux Cortes, Fayard, París, 1933.

> en su conjunto y no en sus detalles… ¡Y yo no quería ser uno de esos detalles!...

Pretendió salir por Alicante pero no le dejaron cumplir su primitivo plan. El cómo se hacía la huida por este puerto lo relata en su libro *Heroísmo criollo*[20]. Tres mujeres, ella, su madre, una anciana de ochenta años, y su sobrinita, una niña, lograron embarcarse con destino a Italia; el caso era salir.

Por poco acaba en el fondo del Mediterráneo, porque en el mismo barco viajaba un puñado de falangistas que no dudaron en hacer planes para tirarla al mar. Escapas de los Hunos y te encuentras con los Hotros. Si así los nombró Miguel de Unamuno, sus razones tuvo. Valerosa como era, puesto que escuchó la conversación en que se hacían los planes, se presentó en el puente de mando y pidió la protección adecuada. La obtuvo, sí, pero viajando encerrada, con su madre y su sobrinita temblando, durante todos los días que duró la travesía. Y esperándola en el puerto de Génova la policía fascista con la admirable intención de meterla en la cárcel por «enemiga del régimen».

Los tiempos se estaban oscureciendo mucho y se tornarían todavía peores. Clara Campoamor tuvo que sufrir y ver cómo se desmoronaba la Europa que había firmado el Tratado de Versalles y creado la Sociedad de Naciones. Ella lo recuerda vívidamente[21]. Los corteses diálogos e iniciativas feministas que se habían producido allí en los primeros años treinta se habían esfumado en los cuarenta. El mundo volvía a estar en una guerra devastadora para Europa. Se pregunta… ¿Cómo es que no podíamos preverlo? ¿Cómo es que no pudimos darnos cuenta hasta que ya era imparable? En toda contienda hay mucho fuego y los muebles arden sobremanera. Aquella mesa encontró refugio.

---

[20] Clara Campoamor y Federico Fernández-Castillejo «Heroísmo Criollo. La marina argentina en el drama español», Buenos Aires 1939. De ese libro extraigo este apunte: «El falangismo (o fascismo como se le llamaba comúnmente) era en España antes de la guerra una fuerza política incipiente, con alguna organización en los grandes centros de población, pero desconocido en buena parte de los núcleos rurales del país». Previamente ha anotado: «Se repetía en España un fenómeno indiscutible de biología social: al degenerar la libertad en desorden, geminaba la dictadura. Los pueblos, entre anarquía y tiranía, condenados a elegir, optan siempre por esta última», pág. 70.

[21] «El palacio abandonado» en *La mujer en la diplomacia y otros artículos*, Editorial Renacimiento, Sevilla, 2017.

Las peregrinaciones de una mesa

¿Dónde escribió Campoamor en América? A ver, de lo poco que sabemos es que las pertenencias de las personas que huían de Madrid a menudo eran «guardadas», en realidad confiscadas, por las gentes al servicio de los informadores o las checas. Sabemos también que la plaza de la Lealtad tuvo muy buena guarda: el hotel Ritz se convirtió en hospital y varios de los muy buenos pisos de la plaza fueron vaciados, sus muebles desaparecidos, desvalijados, a cambio de un papel. La peripecia de esa mesa debió de ser colosal. Porque ella, sí, la misma que ahora está en la sala tal del Congreso, se ha ganado su fama a pulso. Parece que viajó fuera[22], residió en Suiza, arribó a San Sebastián y, por último, recaló cerca de su primitivo asiento, en la acera de enfrente de la Carrera de San Jerónimo. Su dueña, ya se ha dicho, había salido a escape a localizar un barco que la sacase de España al comenzar el mes de septiembre del 36. En cuanto oyó rumores de que la podían pasear. Siguió en ello, muy atinadamente, la sentencia de otro mesista ya citado, Montaigne, de quien ella recordará que citó: «Si me acusaran de haber robado las torres de Nôtre Dame de París, comenzaría por salir de Francia»[23].

Publica Campoamor qué ocurría en Madrid en tales fechas y lo escribe a los pocos meses, en París, casi encima de los hechos. Debió por tanto encontrar mesa para ello conforme. Lo que describe en *La revolución española vista por una republicana* es real y terrorífico.

> El examen de los hechos que han ocurrido día tras día en Madrid y en Barcelona especialmente, el número de cadáveres encontrados diariamente en la Casa de Campo, en el Campo de San Isidro, en la Ciudad Universitaria, y, en fin, en las calles de la ciudad, permite evaluar el número de ciudadanos asesinados en tres meses –sólo en la capital de la República– en cien asesinatos por día como mínimo, es decir, una cifra que sobrepasa los diez mil[24].

---

[22] El Atlántico hasta puede que cruzara, pero, la verdad sea dicha, no es seguro.

[23] *Vida y obra de Quevedo*, Gay Saber, Buenos aires, 1945, pág 44.

[24] *La Revolución Española vista por una republicana*, Universitat Autónoma, Bellaterra, 2002, pág. 154. Poco adelante señala: «Lo más odioso de estos asesinatos execrables fue, como siempre, la parte reservada a las mujeres que, con frecuencia, fueron apalizadas e injuriadas antes de perder la vida».

Las acusaciones que acababan con la vida de las personas podían parecerse a la de Montaigne, o a otra de Mme. de Staël, que se libró por un pelo de la guillotina cuando, durante la Revolución Francesa, escapando de la embajada de Suecia en París, la turba se incendió por uno que gritaba que «aquella mujer estaba llevándose al extranjero los tesoros de Francia». Había delaciones, a veces de enemigos, a veces incluso de chiquillos, ella misma lo dice, delaciones que no se podían responder. Alguna gente pedía, para salvarse, que la encarcelaran porque era la cárcel más segura que vivir en aquel Madrid en que se apagaban todas las luces de noche y comenzaban las detenciones y los tiroteos[25]. Cita Campoamor a «la escuadrilla del alba» llamada así porque empezaba las sacas a la una de la mañana. Madrid amanecía sin sombrero y disfrazada de *sansculotte*, con los niños jugando a la guerra.

> Al atardecer, tropas revolucionarias ocupaban las calles del centro… las calles aparecían casi desiertas, los taxis habían sido retirados de la circulación, los coches particulares habían desaparecido… circulaban paseando a milicianos y milicianas que apuntaban sus fusiles y sus revólveres contra los transeúntes o contra las ventanas de las casas…

Cuando llegaba la noche «otra gente, desde ventanas y azoteas de la ciudad, disparaba sin cesar contra los milicianos que patrullaban en la calle». El Gobierno nada intentaba porque nada podía. En fin, cuando se produjo el suceso tremendo de la Cárcel Modelo, Campoamor supo que tenía que escapar de Madrid a como diera lugar. Muchos republicanos ya pensaban, como ella, que «mañana nos tocará a nosotros». Los entusiasmos por la República se enfriaron.

Si queremos encontrar publicadas las reflexiones de Campoamor sobre la República, probablemente tengamos que hacerlo en la enorme pieza histórica que es su *Quevedo*. Y sólo se puede hacerlo especularmente, como en un espejo, que debe de ser de donde viene propiamente *especular*. La reflexión de Campoamor sobre monarquías

---

[25] Terrorífico también todo lo que se cuenta de la página 130 en adelante: las listas, los desafueros, los supuestos errores. «Buscaban a la gente en pleno día en sus casas, en su trabajo, en la calle. Si no encontraban al que buscaban cogían a otro miembro de la familia». En vista de lo cual el Gobierno decidió «organizar las masacres» y creó las checas.

y valimientos debe ser entendida también en relación al presente, la Segunda Guerra Mundial, y al pasado inmediato, la Guerra Civil española, en que fue escrita[26].

Como la uña de la carne

Campoamor y esa su mesa se me aparecen indisociables. Por esa mesa pasó una guerra y muchos traslados. Porque la conservó sabemos que Campoamor la adoraba; hizo sus mismos periplos. Era como su alma y guarda su vida. Ella anida ahí, y, si se sabe algo de lo que es vivir, se percibe que está. Allá donde está tu tesoro está tu alma. Esa mesa suya es una sinécdoque. Cuando su mesa se asienta en el Congreso ella vuelve allí también, de modo eminente. El año que conseguimos que la noble testa de Campoamor pasara la acera y se instalara ya definitivamente en el edificio histórico del Congreso me alegré infinitamente. Solo lamenté que mi Carmen Olmedo no estuviera ya. Empleó en ese reconocimiento todas las fuerzas que le iban quedando. Luchó siempre contenta, con visión de oportunidad y con estrategia. Medía los tiempos admirablemente. Intuía a las personas. No se rindió, la rindieron. Y cuando la mesa ha arribado a su noble lugar, mi Carmen Alborch tampoco está ya. Ella, la responsable del gran mural que Campoamor tiene en el Senado. Sobre la nostalgia ha de colocarse, vital, la alegría: amigas así alegran el alma. Poca gente tan guapa toca en cada vida. Las Cármenes fueron una suerte que valoro cada día.

Creía máximamente Olmedo en la memoria, igual que creía Alborch, y ambas sabían que sin memoria no puede haber agenda con dirección[27]. Y sin ambas, memoria y agenda, tampoco puede existir voluntad común. La mesa, esa sólida mesa, es voluntad. La individual de Campoamor y la colectiva de la memoria feminista. Está donde está porque la hemos traído sus hijas.

---

[26] *Vida y obra de Quevedo*, Gay Saber, Buenos Aires, 1945.

[27] De Concepción Arenal es este poema que rescato:
«Mi vida, ¿a quién importa? ¿Quién soy yo?,
Una hoja caída que un día barrerá el huracán.
¿A qué grabar un nombre en esa pobre hoja?
Polvo escrito en el polvo».
Es de sentir, Concepción, pero en esto no te seguimos. Nos importa, ¡vaya que si nos importa!».

Marina Núñez. *Clara Campoamor*, 2006. Archivo del Congreso de los Diputados.

Despacho de Clara Campoamor, donado por la Asociación Clara Campoamor. Archivo del Congreso de los Diputados.

REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

II

Artículos

Articles

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 45-74
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1608

APLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA LEY: ¿LEGALIDAD Y/O PRACTICABILIDAD?

ADMINISTRATIVE IMPLEMENTATION OF THE LAW: LEGALITY AND/OR PRACTICABILITY?

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático Emérito de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-6689-0734

Fecha de recepción del artículo: octubre 2021
Fecha de aceptación y versión final: noviembre 2021

RESUMEN

En este trabajo se aborda el fenómeno de la posible distorsión por la Administración del proceso de aplicación, según su lógica general, de la ley parlamentaria, bien por la interposición de circulares, instrucciones u órdenes de servicio, bien por la automatización, con empleo de un algoritmo, del proceso aplicativo. Tras la identificación del alcance de la eventual distorsión y su justificación en la practicabilidad de la ejecución administrativa, se analiza la posible contradicción de esta con requerimientos básicos del Estado de derecho, desechando que constituyan obstáculos infranqueables para su efectivo juego y su relevancia como principio capaz de modular, aunque en modo alguno enervar o anular, el principio de legalidad de la ejecución administrativa, ni, por tanto, la vinculación a la ley.

Palabras clave: aplicación administrativa de la ley, vinculación a la ley del poder público administrativo, uniformización y automatización de la aplicación, principio de legalidad, principio de eficacia, principio de practicabilidad.

ABSTRACT

This paper deals with the phenomenon of the possible distortion by the Administration of the application process, according to its general logic, of

the Parliamentary Law, either by the interposition of circulars, instructions or service orders, or by the automation, with the use of an algorithm, of the application process. After identifying the scope of the possible distortion and its justification in the practicability of administrative enforcement, the possible contradiction of this with the basic requirements of the Rule of Law is analysed, ruling out any insurmountable obstacles to its effective play and its relevance as a principle capable of modulating, although in no way enervating or annulling, the principle of legality of administrative enforcement, nor, therefore, the binding to the Law.

Keywords: administrative application of the Law, binding the administrative public authority to the Law, standardisation and automation of application, principle of legality, principle of effectiveness, principle of practicability.

SUMARIO: I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEY POR LA ADMINISTRACIÓN. II. INTERFERENCIA ADMINISTRATIVA EN EL PROCESO APLICATIVO; SUS PRINCIPALES MANIFESTACIONES. *1. Finalidades y mecanismos. 2. Prefiguración administrativa, por medios convencionales, del proceso de aplicación de la norma.. 3. Automatización, con empleo de algoritmos, del proceso*. III. LÓGICA GENERAL DE LA APLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA LEY; SU EVENTUAL DISTORSIÓN. IV. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA INTERFERENCIAL: INEVITABILIDAD POR RAZÓN DE PRACTICABILIDAD. V. CONSTITUCIONALIDAD DE LA MODULACIÓN, POR LA PRACTICABILIDAD, DE LA LEGALIDAD DE LA EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA APLICATIVA. *1. Carácter no obstativo, de modo concluyente, de los requerimientos constitucionales básicos del Estado de derecho*. 1.1. Principio y derecho de igualdad ante la ley. 1.2. Procedimiento debido. 1.3. Publicidad y audiencia. *2. Relevancia constitucional y no oposición a la legalidad de la practicabilidad de la ejecución administrativa*. BIBLIOGRAFÍA.

I. Principio de legalidad y aplicación práctica de la ley por la Administración

El principio de legalidad, en el sentido de sometimiento pleno a la ley parlamentaria, deriva de la división funcional del poder entre el legislativo y el ejecutivo y postula, en principio, la reducción del desarrollo por el segundo, bajo veste administrativa, de su función propia a una actividad cumplida en línea de mera continuación con la norma legal y para la plena efectividad de la misma o, lo que es lo mismo, en términos de su estricta concreción en el caso. Esto es así desde luego en la programación normativa condicional tradicional, de densidad plena (con su fijación de supuestos de hecho y de sus correspondientes consecuencias legales), en cuanto atributiva, por definición, de potestades administrativas regladas a ejercer observando el pertinente procedimiento para la producción de decisiones o actos dotados de eficacia jurídica (resoluciones); dicho de otra forma: el de una programación normativa, que da lugar a una actividad limitada a la aplicación, vía interpretación practicada con método jurídico, en cada caso concreto debidamente individualizado y para su subsunción en el supuesto legal pertinente. Pues opera en tal programación la presunción de que la norma (en lo que aquí interesa, la ley parlamentaria[1]) predetermina completamente el proceso de aplicación y, por tanto, su resultado, es decir, gobierna de modo efectivo la ejecución desde la pretensión de que sus previsiones sean efectivas en sus propios términos.

El hecho de que, en su evolución hasta hoy, tanto la legislación, como –consecuentemente– la ejecución hayan desbordado con mucho el esquema aludido, no borra la inercia pertinaz de este, ni, en todo caso, que siga siendo válido para la ejecución administrativa puramente aplicativa de la normativa correspondiente. Esa inercia contribuye a explicar la de la persistencia de la mirada esencialmente

[1] El presente trabajo circunscribe su objeto a la aplicación administrativa directa de la ley parlamentaria. Aunque las disposiciones administrativas de carácter general (normas reglamentarias) pueden intercalarse en el proceso aplicativo de dicha ley e introducir mecanismos de racionalización del mismo de efectos si no idénticos, al menos, análogos a los que son aquí objeto de estudio, las cuestiones que ello suscita se inscriben en la lógica de la relación de colaboración Ley-Reglamento o, al menos, la mediatizan, por lo que su consideración aquí enturbiaría o desbordaría la cuestión cuyo análisis se lleva a cabo.

retrospectiva del Derecho administrativo en tanto que centrada en el control (típicamente el judicial) y, por tanto, en la suposición de la posibilidad de completa y fiel reproducción en este, también mediante el método jurídico, de la decisión administrativa y su valoración desde el criterio justamente de la legalidad.

El punto débil de este planteamiento radica en la restricción de la contemplación de la administración (en su doble dimensión de sujeto y actividad) en el plano del deber ser, desechando como irrelevante jurídicamente –como condición de la construcción dogmática del Derecho administrativo– cualquier elemento de la realidad práctica o del ser real del administrar (realidad entregada sustancialmente, así, a la ciencia de la Administración). Y es débil, porque la praxis de la administración no se deja encajar limpiamente en él, poniendo en cuestión su vinculación, sin concesión alguna, a la voluntad del legislador parlamentario. La realidad misma impone límites, en efecto, a la eficacia plena o total, sin distorsión de clase alguna, de dicha voluntad (como sin más pone de relieve la deficiente aplicación de la legislación sobre atención en situaciones de dependencia). Y ello, porque, por de pronto, es usual que el legislador no considere en absoluto o, al menos, de modo suficiente, las condiciones en que deben hacerse efectivas sus previsiones, pero, sobre todo, porque, en particular y en lo que aquí más interesa, suele prescindir de la adecuación y capacidad de la Administración, que –por su organización y medios personales, materiales y económicos– no pueden darse por supuestas, toda vez que la idoneidad de la organización depende de la materia en que deba producirse la tarea aplicativa y las características de esta y la capacidad de aquella organización no es en ningún caso ilimitada.

El alcance y la complejidad mayores, hoy, de la ejecución administrativa no implica, pues, desaparición de la nuclear meramente aplicativa (en los términos expuestos), por lo que no eximen del análisis de la cuestión que esta suscita: la de si, en realidad, es plenamente obediente al legislador parlamentario, es decir, si verdaderamente se atiene, en cada caso, al supuesto legal pertinente, o, por el contrario, deforma o, incluso, transforma este por propio imperio, modulando, así, el principio de legalidad y dando lugar a lo que, en su momento, N. Luhmann (1964: 304-314) denominó «ilegalidad útil». Es esta una cuestión a la que la doctrina no ha dedicado, ni dedica, toda la

atención que merece, pero a la que, sin embargo, J. Isensee (1976) dedicó, ya en los años setenta del pasado Siglo, su esclarecedor trabajo de habilitación, poniendo de relieve la tensión entre legalidad y practicabilidad en la aplicación administrativa de las normas.

II. Interferencia administrativa en el proceso aplicativo; sus principales manifestaciones

1. Finalidades y mecanismos

En la práctica, en efecto, la Administración puede intercalar entre la ley (el supuesto legal a aplicar) y la realidad (el caso fáctico), sobre todo en algunas materias, un supuesto tipo de confección propia para facilitar la identificación de los elementos relevantes del hecho o hechos a considerar. Lo que quiere decir: encastra en una horma o un programa informático (y no directamente en la norma aplicada) las manifestaciones de la realidad, renunciando, por tanto, al en principio exigible agotamiento –en el proceso interpretativo inherente a la aplicación y con el fin de facilitar esta– del potencial de diferenciación de la norma, es decir, del supuesto que esta define. Este modo de proceder, que constituye simplemente un fenómeno de la realidad administrativa, parece poder reconducirse a dos finalidades:

a) De un lado, la inducción de uniformidad en la ejecución de la ley, favorecedora de al menos una apariencia de cumplimiento del mandato constitucional de igualdad ante la ley, sobre la base de la concesión de una menor importancia al riesgo de distorsión, por reduccionismo, de las previsiones normativas que al de divergencia, en la *praxis*, de las decisiones administrativas.
b) Y, de otro lado y de modo más significativo y específico, la descarga del aplicador[2], especialmente en las materias en las que la norma, por referirse a una gran multiplicidad de hechos reales, suscita numerosos asuntos análogos y repetitivos, que obligan a su

[2] Debe rechazarse, por superficial, la fácil imputación de este fenómeno a una tendencia burocrática a la rutina y el aligeramiento en la mayor medida posible de la carga de trabajo y de la dificultad de este mismo. Las causas deben buscarse más bien en la no inusual prescindencia por parte de la programación normativa de la potencia real de la Administración destinataria para cumplir las tareas que contempla.

tratamiento en masa (o lo permiten)[3], es decir, en aquellas en que puede jugar la convergencia en el promedio de las probabilidades que implica la ley de los grandes números.
Nótese que esta finalidad de descarga incide en el análisis de la realidad fáctica del caso, relevando –en el momento de la aplicación– solo de las dificultades que tal análisis puede comportar por la singularidad del supuesto fáctico real. Es en el plano de los hechos donde, en efecto, existe mayor posibilidad de errar (o, lo que es igual, de divergir) y es, por tanto, más dispensable el error (la divergencia). Así está advertido nada menos que desde el Digesto (y sus glosadores medievales): «In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debebit, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit».

Una y otra de estas finalidades se consiguen vía estandarización de la actividad administrativa mediante la esquematización o simplificación de la premisa rectora de la subsunción, que, al propio tiempo que promete una mayor igualdad de trato (uniformidad), ofrece un incremento de la agilidad y la eficacia administrativas justamente gracias al desconocimiento del mandato de tratamiento diferenciado de los supuestos reales inscritos en el supuesto legal.

2. Prefiguración administrativa, por medios convencionales, del proceso de aplicación de la norma

El instrumento más idóneo y a la mano (aunque no único), para alcanzar los expresados fines ha sido y sigue siendo, en la administración analógica, el dictado de disposiciones interpretativas, instrucciones u órdenes de servicio, pero también el establecimiento de criterios comunes[4].

---

[3] Incidentalmente procede señalar que el fenómeno no es exclusivo de la aplicación administrativa, dándose también –aunque bajo forma específica– en el control judicial. Baste con remitir a las fórmulas establecidas en los arts. 110 y 111 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA).

[4] El art. 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante LRJSP) habilita con carácter general a los órganos administrativos para dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio. El art. 71.4 del mismo texto legal ordena que los servicios territoriales

Es lógico que este modo de proceder, siendo teóricamente posible en cualquier ramo[5], encuentre su arquetipo en el ámbito tributario[6]. No constituye desde luego una novedad, pero se ha visto enormemente potenciado, más recientemente (como ejemplifica, de

---

actúen de acuerdo con las instrucciones técnicas y criterios operativos establecidos por el Ministerio competente por razón de la materia. Y el posterior art. 79.1 atribuye a la Comisión Territorial de Asistencia al Delegado del Gobierno: i) la coordinación de las actuaciones que hayan de ejecutarse de forma homogénea para asegurar el cumplimiento de los objetivos generales fijados por el Gobierno a los servicios territoriales; y ii) la homogeneización del desarrollo de las políticas públicas en su ámbito territorial mediante la fijación de criterios comunes de actuación compatibles con las instrucciones y objetivos de los respectivos departamentos ministeriales.

[5] Como desde luego en el prestacional. Así, en la gestión y administración de la Seguridad Social, pues el art. 66.1 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, estimula que se efectúen, bajo la dirección y tutela de los respectivos departamentos ministeriales, con sujeción a los principios de simplificación, racionalización, economía de costes, solidaridad financiera y unidad de caja, eficacia social y descentralización. También en la gestión del sistema atención a las personas dependientes, pues el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, unifica y precisa –en desarrollo de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre– las prestaciones y los servicios con la finalidad de ordenar, simplificar y actualizar la normativa por grados y niveles, intensidades (por horquillas de horas semanales o mensuales) y prevé su concreción por las Administraciones autonómicas.

[6] La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, habilita al Ministerio de Hacienda y otros órganos de la Agencia Tributaria para: a) dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de obligado cumplimiento por la propia Administración y, en especial, los órganos encargados de la aplicación de los tributos (art. 12.3); b) contestar a las consultas tributarias escritas con efectos vinculantes para los órganos y entidades de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos (mientras no se modifique la legislación o la jurisprudencia aplicables) en su relación con el consultante, así como para aplicar los criterios contenidos en dichas consultas a cualquier otro obligado, siempre que exista identidad entre los hechos y circunstancias de este último y los que se incluyan en la contestación a la consulta (art. 89). Y establece, significativamente, la no exigencia de responsabilidad por infracción tributaria si el obligado tributario ajusta su actuación a los criterios manifestados por la Administración en la contestación a una consulta formulada por otro obligado, siempre que entre sus circunstancias y las mencionadas en la contestación a la consulta exista una igualdad sustancial que permita entender aplicables dichos criterios y estos no hayan sido modificados (art. 179.2).

A escala autonómica, la Orden 9/2018, de 10 de enero, de la Consejería de Hacienda de Castilla-La Mancha, por ejemplo, es muy clara al respecto, al disponer (arts.1.3 y 3.2) que corresponde a los órganos de la Administración tributaria «… dictar criterios de actuación …» y que las Oficinas liquidadoras de distrito

nuevo, la materia tributaria[7]), por las posibilidades que ofrece el desarrollo automatizado de procesos gracias al progreso experimentado por la inteligencia artificial[8]. Pues esa automatización induce, si es que no fuerza, la esquematización (que es una operación previa a la aplicación) como condición de idoneidad para, incluso, la toma de decisiones. Lo que, según de nuevo N. Luhmann (1966: 141 y ss) requiere, en efecto, reducción de la complejidad, pues –como había señalado ya K. Zeidler (1959: 27)– la máquina solo puede resolver procesos administrativos «confeccionables»[9]. Lo cual puede suceder incluso en materias que, en principio, pudiera pensarse poco aptas al efecto, cual sucede con la de sanción de infracciones administrativas y, concretamente y como ejemplo, con la imposición de multas de tráfico. Por más que en la regulación establecida por la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial[10] no haya nada que la destaque del tipo de regulación convencional, lo cierto es que –tras la creación por Orden INT/2035/2007, de 2 de julio, del Centro de Tratamiento de Denuncias Automatizadas– se ha producido, al menos respecto de las infracciones detectadas por medios técnicos (captación y reproducción de imágenes), un tratamiento automatizado de procedimientos para su agilización y eficacia, con centralización del mismo (salvo en el territorio de las comunidades autónomas con competencias transferidas en la materia) en el referido Centro, incluso hasta el dictado de resolución[11].

---

hipotecario deben ejercer la función de aplicación de los tributos «… con sujeción a los criterios instrucciones y directrices dictados…» al efecto.

[7] Materia, en la que se acredita, además, que la esquematización o estandarización en supuestos tipo puede tener repercusión, preparándolo o facilitándolo, sobre el tratamiento automatizado.

[8] Sobre el fenómeno, tempranamente y con énfasis en el terreno jurisprudencial, previniendo frente a un excesivo optimismo-maquinista, T. R. Fernández Rodríguez (1971), y, recientemente, J. Ponce Solé (2019),

[9] Por ello, J. Isensee (1976: 19)) señala que, cuanto más factible sea la estandarización del proceso de trabajo individual y cuanto mayor sea la probabilidad de que estos procesos se repitan, tanto mayor será la tendencia a entregar el control de estos procesos a los aparatos. Por lo que los trabajos que no se dejen acomodar a trajes de confección se resisten, sin embargo, a la tecnificación.

[10] Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre.

[11] Posible por autorizar el art. 71 de la ley la delegación en el Director del Centro aludido de la competencia para sancionar.

3. Automatización, con empleo de algoritmos, del proceso

El recurso, cada vez más importante, a medios computacionales desborda desde luego el campo administrativo, alcanzando incluso al judicial[12], pues hoy es posible su empleo –más allá del apoyo a las actividades humanas convencionales– incluso para la toma de decisiones, particularmente en asuntos de cierta complejidad[13]. La clave de dicho empleo radica en el ya aludido algoritmo que, en cuanto procedimiento preestablecido para la obtención de un determinado resultado, suscita, por sus características y dificultad de su examen externo (en especial: su reproducción jurídica convencional para su contraste con la norma legal de cuya aplicación se trata), problemas nuevos de no escasa significación, singularmente en punto a la motivación de las decisiones[14]. Pues, teniendo la argumentación un papel central en la aplicación del Derecho (en la medida en que permite la justificación de las decisiones sobre la base de la consistencia y coherencia de las razones esgrimidas), es discutible que la denominada inteligencia artificial pueda cumplir los requerimientos precisos, ya que no pretende tanto reproducir los procesos cognitivos humanos, cuanto alcanzar –mediante procedimientos heurísticos– resultados semejantes. En todo caso y por lo que aquí interesa, el problema que –por su oscuridad actual (el proceso decisional opera como una caja negra)– plantea la automatización tiene gran entidad, como ha puesto de manifiesto J. de la Cueva (2018: 24-27), al denunciar que la no exigencia a aquella de requisitos idénticos a los que rigen para las

---

[12] Sobre la utilización al servicio de la función judicial, D. Bonsignore Fouquet (2021).

[13] Como ha señalado A. Huergo Lora (2021), debe distinguirse entre inteligencia artificial, digitalización y automatización, fenómenos que normalmente se confunden. Mientras la digitalización –aunque es presupuesto de la automatización y la inteligencia artificial– solo supone la utilización de tecnologías de la información y las comunicaciones (para sustituir el soporte papel), la automatización implica ya la sustitución del operador humano en los correspondientes procesos y la inteligencia artificial se emplea para desarrollar tareas, especialmente las de cierta complejidad, que antes requerían la intervención humana.

[14] Para A. Huergo Lora (2021) no podemos exigir a un algoritmo lo que no le pedimos a un humano. Si bien el algoritmo puede tener sesgos (no por el propio algoritmo, sino por su programación o por los datos que se le suministran), esos sesgos dejan huellas, mientras que los sesgos de los operadores humanos que deciden, que también existen y son casi inevitables, no son tan fácilmente detectables o demostrables.

fuentes del Derecho genera el riesgo nada menos que de pérdida de los avances que suponen los principios de legalidad y de publicidad normativa o, dicho de otro modo, deriva en una imposición técnica irrebatible en la práctica, haciendo plausible la conversión de la famosa frase atribuida al conde de Romanones en una que diga «haga Ud. la Ley y el Reglamento y déjeme a mí (la Administración) la aplicación informática»[15].

A pesar de todos estos inconvenientes, es sostenible la viabilidad del empleo de la automatización[16], que de hecho se produce en la práctica administrativa, desde luego para el ejercicio de potestades sustancialmente regladas y, por tanto, en la mera aplicación de la Ley convencional[17]. Se trata, en lo fundamental, del tipo de algoritmo

---

[15] El enorme salto que supone la automatización de la aplicación y los interrogantes que, por ello, suscita, se ponen de manifiesto, en el terreno filosófico, en las consideraciones que Byung-Chul Han (2021: 53-61) dedica a la inteligencia artificial, contraponiendo pensamiento humano y cálculo automatizado: si el *arjé* del primero es una disposición anímica de escucha y puesta de atención que le imprime un *patho*s, tiene mundo, tiende a trascender el marco inicial, genera nuevos conceptos y es capaz de alumbrar nuevos mundos, la inteligencia artificial, por el contrario, solo calcula fríamente sin disposición anímica alguna y, por tanto, es sorda, carece de mundo, está predeterminada por hechos o datos del pasado que no puede trascender, establece correlaciones y no genera nuevos conceptos y es incapaz de comprender.

En las diferencias entre el pensamiento humano y la inteligencia artificial radica sin duda la postulación por J. Ponce Solé (2019) de la exclusión de la inteligencia artificial en el ejercicio de potestades discrecionales, que, por tanto, debe reservarse a seres humanos. Dice literalmente dicho autor: «Sobre la aplicación del principio de precaución fuera del ámbito ambiental, también en el social, se ha pronunciado la STS de 5 de diciembre de 2016, número de recurso 378/2013, ponente Suay Rincón, que señala que las obligaciones de debido cuidado o debida diligencia asociadas al derecho a una buena administración exigen un determinado comportamiento administrativo en el procedimiento de adopción de decisiones administrativas. En virtud de este *principio de precaución* social, seríamos partidarios de establecer, como decimos, una *reserva legal de ejercicio de potestades discrecionales en favor de seres humanos*, en paralelismo con el art. 9 del EBEP que exige en la actualidad que sean funcionarios lo que ejerzan las potestades administrativas, para garantizar su objetividad e imparcialidad y por tanto la buena administración».

[16] Debe tenerse en cuenta que el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, admite, en su artículo 6, e) y a dicho efecto, la efectuación del tratamiento incluso de datos personales en y por los Estados miembros caso de ser necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público.

[17] En todo caso y como advierte A. Huergo Lora (2021), «… A veces parece que los riesgos y los problemas sólo surgen cuando se sustituye al operador humano por una aplicación informática, y que la solución consiste en rechazar la sustitución y exigir la presencia

que, entre los que A. Huergo Lora diferencia[18], sirve para mecanizar procesos reglados y consiste en una fórmula que traduce el contenido de la norma que ha de aplicar la Administración a un código fuente (o conjunto de instrucciones expresadas en el lenguaje de programación pertinente) y a un código binario numérico legible por la máquina[19].

La Ley de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) no parece contemplar las posibilidades de los medios electrónicos más

---

humana. Pero la historia demuestra que la garantía para los ciudadanos nunca ha estado en la intervención de un humano, sino en el establecimiento de reglas que le vinculen. El Derecho ha servido siempre para controlar la actuación de los humanos, precisamente porque esa actuación humana es peligrosa. Lo más relevante no es quién actúe. Lo importante es cómo actúe y, sobre todo, que se pueda controlar esa actuación y garantizar que respete el programa normativo previamente establecido…».

[18] A. Huergo Lora (2021) identifica, por la función que cumplen, tres tipos de algoritmos:

a) Los que traducen un régimen jurídico para facilitar la toma de decisiones por la Administración y que, por tanto, facilitan la actuación.

b) Los que, como los anteriores, sirven para mecanizar o automatizar procesos reglados, sin cambiar su marco normativo, pero en los que el proceso es tan complejo que no se puede replicar sin el algoritmo, por lo que, en el momento de controlar la actuación administrativa, no se puede prescindir de él y es necesario verificar cómo ha funcionado (ejemplo: la asignación de plazas MIR, que fue suspendida cautelarmente en 2020 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo), en los que los resultados individuales están interconectados. El control jurídico de estas decisiones tomadas con ayuda de algoritmos no puede consistir en aplicar directamente la norma para ver si coincide con la actuación realizada con ayuda algorítmica, sino que es necesario revisar el funcionamiento del algoritmo, lo que exigirá conocer todos los factores que contribuyen a determinar su resultado.

c) Y los de tipo predictivo (inteligencia artificial s.s.), que contribuyen a orientar en una determinada dirección la actuación administrativa y que, a diferencia de los anteriores, aportan elementos decisionales propios.

Los riesgos inherentes a la inteligencia artificial han motivado ya la iniciativa de la Comisión Europea para la aprobación de un reglamento dirigido al establecimiento de reglas armonizadas sobre: i) la puesta en el mercado interior o en servicio, así como el uso, de sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo; y ii) la transparencia de la inteligencia artificial destinada a interactuar con personas naturales y sistemas de inteligencia artificial dirigida a generar o manipular contenidos de imágenes, audios o vídeos.

[19] Quedan fuera de la perspectiva del presente trabajo, por tanto, los supuestos, más novedosos que el de la mera automatización, en que la inteligencia artificial se emplea para organizar sistemas dotados de autonomía decisional. Mientras que, en estos, la ejecución de una norma puede abocar –en virtud de su capacidad de aprendizaje– a diferentes resultados, la automatización solo puede conducir a un resultado. De ahí el paralelismo que establece A. Soriano Arnanz («Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 3, 2021, p. 88) entre los sistemas autónomos y el ejercicio de potestades discrecionales, de un lado, y la automatización y el ejercicio de potestades regladas, de otro lado.

allá de la digitalización de los actos del procedimiento, es decir, del expediente administrativo y, en general, de la comunicación entre Administración y ciudadano[20] . Lo que quiere decir: la sustitución del papel como soporte de la actuación administrativa y de la comunicación ciudadano-Administración. Sin embargo, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, ya derogada, autorizaba para la adopción y notificación de resoluciones de forma automatizada en los procedimientos en que así estuviera previsto (art. 38), exigiendo para el establecimiento previo del órgano u órganos competentes para la definición de las especificaciones, la programación, el mantenimiento, la supervisión y el control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente, así como la indicación del órgano responsable a efectos de impugnación (art. 39)[21].

Esta última autorización se recoge, hoy, en la LRJSP –paralela a la LPAC– autorizando a la Administración, con carácter abierto y general, la actuación (toda ella, pues, incluyendo el dictado de actos) automatizada[22]; autorización, que el Reglamento –aprobado por Real

---

[20] El preámbulo de la ley alude sólo a que «… una Administración sin papel basada en un funcionamiento íntegramente electrónico no sólo sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes a ciudadanos y empresas, sino que también refuerza las garantías de los interesados. En efecto, la constancia de documentos y actuaciones en un archivo electrónico facilita el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, pues permite ofrecer información puntual, ágil y actualizada a los interesados», añadiendo, al regular el decurso del procedimiento, que «… incorpora a las fases de iniciación, ordenación, instrucción y finalización del procedimiento el uso generalizado y obligatorio de medios electrónicos. Igualmente, se incorpora la regulación del expediente administrativo estableciendo su formato electrónico y los documentos que deben integrarlo». No hay en el articulado, además, más referencia a la actuación en forma electrónica que la referida a la consulta de información en el punto de acceso general electrónico de la Administración (art. 53). Y nada se dice al respecto ni en la producción de los actos, ni en su motivación (arts. 34 y 35).

Por eso A. Huergo Lora (2021) señala que la digitalización afecta a la comunicación entre la Administración y otros sujetos, así como al archivo de los procedimientos, determinando la constancia en un registro de toda la actuación administrativa que antes quedaba en papel y no estaba estructurado.

[21] El anexo del texto legal realizaba una definición de actuación automatizada en los siguientes términos: «actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular. Incluye la producción de actos de trámite o resolutorios de procedimientos, así como de meros actos de comunicación».

[22] Su art. 41. 1 dispone en efecto: «Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos

Decreto 203/2021, de 30 de marzo-, titulado significativamente «de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos», desarrolla asimismo con toda amplitud[23]. Y en los sectores propicios al efecto –como el tributario y el de la seguridad social– figuran previsiones equivalentes[24]/[25].

---

por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público».

[23] Su art. 13 dispone:

«1. La tramitación electrónica de una actuación administrativa podrá llevarse a cabo, entre otras formas, de manera automatizada de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

2. En el ámbito estatal la determinación de una actuación administrativa como automatizada se autorizará por resolución del titular del órgano administrativo competente por razón de la materia o del órgano ejecutivo competente del organismo o entidad de derecho público, según corresponda, y se publicará en la sede electrónica o sede electrónica asociada. La resolución expresará los recursos que procedan contra la actuación, el órgano administrativo o judicial, en su caso, ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que las personas interesadas puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno y establecerá medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos de las personas interesadas.

3. En el ámbito de las entidades locales, en caso de actuación administrativa automatizada se estará a lo dispuesto en la disposición adicional octava del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional».

[24] Conforme al artículo 96 de la Ley General Tributaria, ya citada: i) la Administración tributaria debe promover la utilización de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos necesarios para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias; ii) los procedimientos y actuaciones en los que se utilicen técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos deben garantizar la identificación de la Administración actuante y el ejercicio de su competencia y en la actuación automatizada la identificación de los órganos competentes para la programación y supervisión del sistema de información y de los órganos competentes para resolver los recursos procedentes; iii) los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos a utilizar para el ejercicio de potestades han de ser previamente aprobados por ésta en la forma que se determine reglamentariamente.

Véase también la resolución de la Dirección General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de 29 de diciembre de 2010 por la que se aprueban las aplicaciones informáticas para las actuaciones administrativas automatizadas: https://www.agenciatributaria.gob.es/static_files/AEAT_Sede/Normativa_sede/Resolucion_%20AAA_%2029122010.pdf.

[25] El artículo 130 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, habilita (de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41 LRJSP) para la adopción y notificación de resoluciones de forma automatizada en los procedimientos de gestión de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, excluidas las pensiones no contributivas y las restantes del sistema de la Seguridad Social, previo establecimiento, mediante resolución de las Direcciones

Es importante destacar que, aunque doctrinalmente se sostenga que la actualización de esta autorización legal requiere la pertinente previsión normativa, lo cierto es que tal requisito –entendido como determinante del carácter normativo del algoritmo empleado– no resulta claramente ni de los preceptos legales examinados, ni de su desarrollo reglamentario, que alude solo a la pertinente resolución administrativa del órgano administrativo competente.

En todo caso, el desarrollo automatizado de la actuación administrativa consistente en la aplicación de la ley implica mecanismo idéntico al de la esquematización de los supuestos legales antes expuesto: la intercalación entre la ley y la aplicación concreta de una prefiguración administrativa de esta en el correspondiente algoritmo, es decir, un diseño propio –condensado, como se ha avanzado, en una fórmula– del proceso de aplicación, comprensivo –en los términos del art. 41.2 LRJSP– de las especificaciones, la programación, el mantenimiento, la supervisión y el control de calidad y, en su caso, la auditoría del sistema de información y de su código fuente, así como la indicación del órgano responsable a efectos de impugnación. En palabras de A. Soriano Arnanz (2021: 87) el algoritmo es una secuencia de instrucciones que, contenida en un programa informático, puede realizar procesos similares a los llevados a cabo por los seres humanos; definición, donde lo decisivo está en la secuencia de instrucciones, que determina la semejanza con el fenómeno aludido en el apartado anterior.

Cualquiera que sea la posición que se adopte acerca de la naturaleza jurídica del algoritmo (disposición o acto general), su producción lo interpone entre la norma legal y el resultado de su funcionamiento, de modo que comporta el peligro de distorsión de los términos de dicha norma, es decir, de su programación de la ejecución. La prevención de ese peligro y, en su caso, su control,

---

Generales correspondientes, el procedimiento o procedimientos de que se trate y el órgano competente para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente, así como indicación del responsable a efectos de impugnación.

Véase la Resolución de 23 de febrero de 2016, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de diversos procedimientos de gestión de determinadas prestaciones del sistema de la Seguridad Social: https://www.boe.es/boe/dias/2016/03/01/pdfs/BOE-A-2016-2076.pdf

solo son posibles bien desde la comprobación de la corrección de la fiel traslación del programa legal al automatizado (cual sucede con los reglamentos ejecutivos), bien del reexamen de la decisión obtenida por medios mecánicos a la luz, directamente, de la norma legal aplicada.

III. Lógica general de la aplicación administrativa de la ley; su eventual distorsión

La aplicación de la ley requiere una compleja operación jurídica de doble trazado: en el primero, la conceptualización de los hechos reales o construcción del «caso jurídico»[26] para posibilitar su encaje en el supuesto legal, y, en el segundo, la conexión de este último con aquel caso. Y esto es así, porque:

a) El caso fáctico es algo que llega al aplicador, no como algo dado, sino como realidad en bruto que ha de ser transformada justamente en «caso jurídico» subsumible, mediante la adecuada selección de circunstancias y características relevantes a la luz de la norma rectora de la subsunción.
b) La norma que postule aplicación requiere, a su vez, interpretación para delimitar la realidad fáctica para la que pretenda regir.

En el desarrollo de esta operación, en la que desempeña un papel decisivo la interpretación, confluyen los dos movimientos apuntados, legitimando la extracción de la consecuencia jurídica predeterminada por la ley. Lo que significa que la aplicación implica una doble determinación: la de la comprensión del caso jurídico por la norma y la de la pertenencia a esta de dicho caso. Desde el punto de vista de la vinculación positiva a la ley, exige –así y de cada vez– de un lado, la construcción del caso jurídico en función de sus circunstancias particulares y, de otro lado, el agotamiento de las potencialidades de comprensión de casos jurídicos ínsitas en la norma legal aplicada.

La distorsión que en esta lógica del proceso aplicativo puede introducir tanto la esquematización simplificadora administrativa,

[26] Vía selección de los elementos de la realidad relevantes a fin de situarlo en un plano permisivo de determinación de la «pertenencia» del caso al supuesto previsto en la norma legal.

como la automatización (sobre la base de un algoritmo) trae causa de la peculiaridad que introducen en dicho proceso, que, si arranca del mismo modo que la aplicación individualizada convencional, se aparta de esta cuando fuerza el supuesto fáctico real en el lecho de procusto de un supuesto tipo o estereotipado de confección administrativa, endosando este, sin más, a la subsunción en la norma[27]. Se excluye así por completo la fase iterativa de consideración y análisis de la realidad y la normatividad, pues el supuesto tipo o estereotipo (administrativo) cortocircuita esta última, ocupando su puesto.

El punto clave de la posible distorsión radica, así, en que la Administración (es decir, el aplicador), al ahormar (vía estandarización o programación mediante algoritmo) el o los hechos, predetermina en cierta medida la consecuencia jurídica a extraer. O lo que es lo mismo: el criterio de actualización de la condición prevista en la norma y, por tanto, la procedencia de la consecuencia jurídica, dejan –en caso de concurrencia de la distorsión– de ser monopolio del legislador, para pasar a ser dominio compartido entre este y la Administración[28].

IV. Justificación de la intervención administrativa interferencial: inevitabilidad por razón de practicabilidad

La justificación última de este fenómeno radica, como –según se ha adelantado– ha puesto de manifiesto J. Isensee (1976), en la practicabilidad de la aplicación de la programación normativa; practicabilidad que, en principio, parece estar más bien en pugna con el

[27] Frente a la frecuente y tópica alegación en favor del recurso a la automatización y, en general, a la inteligencia artificial de una supuesta mejora de la relación entre la Administración y el ciudadano, procede señalar que la distorsión apuntada en el texto puede traducirse en una mayor distancia entre uno y otro (con el efecto secundario de la necesidad de la intermediación de profesionales para la realización de gestiones administrativas), una insensibilidad más o menos acusada de la Administración para el carácter diverso, proteico y fluido de la realidad.

[28] J. de la Cueva (2018) pone dos ejemplos reveladores: i) en la gestión tributaria, si el programador dependiente del Ministerio de Hacienda no incluye la casilla de deducción por invalidez, ha alterado el reglamento y, posiblemente la Ley; y ii) en la aplicación de la normativa de tráfico, de modificar el técnico encargado el software de los radares que controlan los excesos de velocidad añadiendo 1 km/h a la cantidad efectivamente medida, estaría ejercitando unas facultades no atribuidas por la Ley y se convertiría en un ente soberano de la aplicación de la norma.

principio de legalidad, pues, al mediatizar la ley, entra en conflicto con:

a) La reserva de Ley en su dimensión democrática (la voluntad general encarnada en el texto legal), al presuponer una competencia administrativa excluida de la cadena de legitimación exigida por el principio democrático e implícita en el papel constitucional de la Administración exclusivamente servicial del interés general definido por el legislador parlamentario.
b) La primacía de la ley, por su efecto reduccionista del mandato legal, que hace peligrar la comprensión por la aplicación de todos los supuestos fácticos o reales incluidos potencialmente (y, al mismo tiempo, solo ellos) en el definido, por aquella.
c) Los principios de seguridad jurídica y publicidad propios del Estado de derecho.

No obstante su aparente contradicción con el tajante mandato constitucional de sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico [art. 9.1 de la Constitución Española (CE)] y su traslación a la Administración pública como sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), estos efectos de la mediatización expuesta no permiten afirmar, sin más, la inconstitucionalidad de los fenómenos analizados. Pues, como también ha destacado convincentemente J. Isensee (1976: 128-129), en ellos se pone de manifiesto no tanto una desobediencia abierta a la ley, cuanto una obediencia modulada por inevitables exigencias prácticas, que, por la naturaleza de las cosas, flexibilizan, pero no anulan, la vinculación a la ley. La tarea ejecutiva permanece, pues, intacta, aunque su cumplimiento se produzca de manera más, por así decirlo, tosca jurídicamente.

En efecto, el principio de legalidad o de actuación conforme, plenamente, a la ley y al Derecho no convierte a la Administración, cual sostuvo P. Laband (1901: 165) a principios del siglo XX, en *viva vox legis*, pues la aplicación incluye la interpretación. Y esta, si bien no supone una habilitación para un proceder administrativo libre, no excluye, a su vez y de por sí, la esquematización o la programación automatizada. Lo que significa que la interpretación tiene, en todo caso, límites y, desde luego, los impuestos por la exigencia implícita

de su práctica con disciplina jurídica, es decir, observando el método jurídico como factor de la previsibilidad o certidumbre requeridas por la seguridad jurídica entendida, como tiene dicho el Tribunal Constitucional (por todas STC 83/2005, de 7 de abril, que recoge la anterior 36/1991, de 14 de febrero) de expectativa razonablemente fundada en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho.

El argumento que sostiene la legitimidad de la aplicación esquematizada o programada algorítmicamente, no obstante los que cabe aducir para negarla, no es otro que su inevitabilidad, ya que –en la práctica– el administrar está de suyo estrechamente condicionado por factores estructurales (ajenos a la operación de aplicación propiamente dicha y no necesariamente adaptados a la concreta tarea asignada por la ley de que se trate): los que resultan de suyo de la organización, la lógica de funcionamiento y los medios personales, materiales y económico-financieros a disposición de la Administración pública. Por esta razón, toda asignación de la tarea de aplicación normativa coloca a la Administración, cuando se den las condiciones para ello, en una disyuntiva: aplicación convencional individualizada para cada caso o racionalización de la aplicación mediante esquematización/programación automatizada; disyuntiva de la que no puede escapar, en tanto que la encomienda legal implica la exigencia de la toma tempestiva de las pertinentes decisiones[29]. El deber ser normativo encuentra aquí el límite de la capacidad real de actuación, la cual fuerza, en su caso, la esquematización o automatización como única salida posible al dilema. De donde se sigue: en la aplicación, legalidad no se opone necesariamente a practicabilidad, radicando la diferencia entre ambas no tanto en el resultado (pues este puede ser coincidente en una y otra), cuanto más bien en el proceso que conduce a él y, por tanto, en la motivación de la decisión.

[29] Como resulta sin más de la obligación general de resolver todo procedimiento y notificar la resolución en el plazo máximo legal correspondiente (art. 21 LPAC).

V. Constitucionalidad de la modulación, por la practicabilidad, de la legalidad de la ejecución administrativa aplicativa

1. Carácter no obstativo, de modo concluyente, de los requerimientos constitucionales básicos del Estado de derecho

1.1. Principio y derecho de igualdad ante la ley

En tanto que la aplicación convencional individualizada de la Ley produce, de suyo y gracias a la generalidad de esta última, la igualdad requerida por el artículo 14 CE, comporta, cuando es administrativa, también de suyo y para sí misma, la exigencia de uniformidad. Pues, según el modelo ideal clásico, la actuación administrativa debe operar como neutra transmisora, en perfecta línea de continuación con ella, de la voluntad expresada en el texto legal[30]. Y esa uniformidad de la ejecución aplicativa está en los genes de la organización administrativa en cuanto articulada aún –al menos cada una de las organizaciones en que el poder público administrativo se descompone hoy y sin perjuicio de su desplazamiento en buena medida por otras técnicas incluso en el seno de las mismas– sobre el principio de jerarquía (art. 103.1 CE). Desde este punto de vista, la esquematización-automatización, muy especialmente la segunda[31], suscita cuando menos la duda de la distorsión de la *voluntas legis-*

---

[30] Como dejó señalado E. García de Enterría (2009) como resultado de la revolución francesa todo el aparato del poder se objetiviza en un abstracto y casi mecánico (casi, porque enseguida habrá de aceptarse que la ley puede y debe habilitar poderes llamados discrecionales …) aparato de ejecución legal, de normas escritas y como tales ciertas, elaboradas meditadamente con la *sage lenteur* de las Asambleas, fijas e inmutables para los intérpretes y para los aplicadores, seguras, pues, para los ciudadanos, que por vez primera en la historia pueden conocer el Derecho a través de su publicación regular en su tenor exacto, con los límites rigurosos de sus derechos….»

La ley pasa así al lugar central del sistema. No solo es, según varios, el punto de articulación de las libertades de los ciudadanos….; pasa a ser también el instrumento a través del cual impera el único poder legítimo en una sociedad de hombres libres, la voluntad general, actuando por medio de determinaciones generales, impersonales y abstractas, las cuales solo necesitarán ser particularizadas en los casos concretos por medio de agentes ejecutores, funcionarios o jueces, para ser finalmente efectivas».

[31] Pues las circulares, instrucciones u órdenes de servicio están redactadas en lenguaje natural, son, en su caso, invocables con ocasión del control judicial y en este son susceptibles de pleno control ordinario, con lo que las distorsiones que produzcan son directamente corregibles en esta última sede. Los algoritmos, en cuanto expresados en lenguaje comprensible por la máquina resulta opaco y no inteligible para el destinatario de

latoris, en la medida en que potencialmente es capaz de sustituir la igualdad ante la ley (los supuestos por esta definidos) en igualdad ante los supuestos tipo generados por la propia Administración[32].

El examen del interrogante así formulado demanda la consideración de la peculiaridad del poder público administrativo respecto de los otros dos poderes; peculiaridad, que se manifiesta en dos planos:

a) Por de pronto, en el del funcionamiento y la toma de las decisiones. Mientras las decisiones deben ser fruto, en el caso del legislativo, de la deliberación y el voto de los miembros de la o las Cámaras o Asambleas (arts. 66.2 y 79 CE y correspondientes de los estatutos de autonomía), y, en el del judicial, de la voluntad del juez predeterminado por la ley y solo de este (art. 117.3 CE), en la Administración obedecen a lógica completamente diferente. Pues, constitucional y legalmente, el llamado a tomar decisiones no es ninguna de las personas que desempeñen válidamente puestos o cargos que autoricen para expresar la voluntad administrativa (no existe derecho alguno a ejerciente de función pública predeterminado por la ley), sino la organización misma como un todo (cada una de las que tienen la condición o consideración de Administración pública o son capaces de ejercer potestades administrativas), aunque operando por medio del órgano competente (cuya decisión se imputa a la organización de la que forma parte).
b) Y también en el del principio y derecho de la igualdad.
Mientras el Legislativo goza de la libertad de configuración (en el marco y de acuerdo con la Constitución y, en su caso, el Derecho de la Unión Europea), puede, por ello y sin incurrir en infracción

---

la decisión administrativa y de difícil contraste, en sede del control judicial, con la norma legal aplicable.

[32] Como señala J. Ponce Solé (2019): «… Si antes la costumbre podía ser *secundum, praeter o contra legem,* hoy es la aplicación informática quien puede ocupar estas tres posturas en relación con la norma jurídica. Si en aquella ocasión se resolvió el problema mediante una intervención que señaló claramente la jerarquía de las normas jurídicas, igual solución debe proponerse en la actualidad ante la aparición de estas normas secretas e indiscutibles. Los principios de legalidad y de publicidad normativa siguen vigentes y no pueden verse derogados legal o consuetudinariamente por el uso de tecnología alguna. Existen pues poderosas pero sencillas razones tanto para iusprivatistas (arts. 1.3 y 2.2 CC), como para iuspublicistas (art. 9.3 CE), para argumentar en favor de esta regulación del código fuente y de los algoritmos. Se trata de algo tan elemental como seguir reivindicando el imperio de la ley».

de la igualdad ante la ley, recurrir a la tipificación simplificadora de supuestos e, incluso, a la habilitación de la Administración al efecto. Pues tal proceder suscita solo, en todo caso, la cuestión, distinta a la igualdad ante la ley, de la igualdad de tratamiento en la propia norma legal.
La Administración, sin embargo y al igual, en este caso, que el juez, carece de semejante libertad, pues su actuación, en tanto que ejecutiva, cae de lleno en el campo de la igualdad ante la ley.

Si es la Administración, en cuanto tal, la vinculada por la ley, por ser destinataria única de los mandatos de esta, parece claro que es a ella (y no a cada una de las personas ejercientes de función pública que la integran, de forma dispersa y potencialmente desigual, cual sucede, sin embargo, en el caso de los jueces) a la que corresponde la aplicación y, por tanto, la interpretación de la ley, asegurando la igualdad ante ella, lo que lleva implícita la exigencia de uniformidad de la aplicación. Pues la programación legal jurídico-administrativa lo es de la actuación del sujeto Administración pública, como bien luce en el artículo 103.1 CE y dicha actuación, cuando es de aplicación, está sin duda bajo el mandato de uniformidad a fin de evitar la indebida fragmentación de la voluntad general del legislador (y ello a pesar de que la Administración no sea organizativamente una unidad). Cuanto más esquemáticamente se prefigure, o se automatice, la aplicación, más resultados uniformes producirá esta, al transformarse las decisiones o resoluciones administrativas en actos impersonales y de contenido idéntico en todos los casos; transformación a la que se prestan desde luego las circulares, instrucciones y órdenes de servicio, pero que es incluso completa en la automatización. Pues, en definitiva, esos mecanismos suponen la conversión de los mandatos legales en órdenes:

– bien, en el caso de las circulares o instrucciones, que concretan los términos en que debe tener lugar la aplicación de la norma;
– bien, en el caso de la automatización, de proceder a través de la máquina.

Lo que vale decir: la transformación, para el titular de cada órgano, de la vinculación a la ley en deber de obediencia a la instrucción o de actuar en forma automatizada.

1.2. Procedimiento debido

El artículo 105, c) CE garantiza a la ciudadanía la adopción de los actos administrativos siguiendo el procedimiento debido (en el que, cuando proceda, ha de habérsele dado audiencia). Si bien esta garantía no puede, por razones obvias (ya expuestas), considerarse de suyo en peligro en el caso de las circulares, instrucciones u órdenes de servicio, tal peligro existe sin duda en el del recurso a la automatización con empleo de algoritmos para la toma de decisiones. Y lo cierto es que, en nuestro ordenamiento, existe un claro déficit regulatorio a este respecto, ya que no se han precisado los términos en que, conforme a lo previsto en el art. 41.2 LRJSP, han de ser establecidos, previamente, los diferentes extremos precisos para una actuación administrativa automatizada, ni en el «código» de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas (art. 13 LPAC) figura –en contraste con la atención que presta a la comunicación por medios electrónicos entre unos y otras– derecho alguno al conocimiento de, o acceso a, los algoritmos y códigos fuente aplicados. De ahí que J. Ponce Solé (2019) postule, para la aprobación de algoritmos y códigos fuente, la existencia de un procedimiento administrativo debido que permita, antes de la misma, la participación ciudadana mediante un trámite de información pública y de audiencia, en su caso, para permitir la presentación de alegaciones a las que la Administración deba legalmente dar respuesta razonada en los términos requeridos por el articulo 83.3 LPAC. Aunque el requerimiento de un procedimiento previo pueda ser, quizás, una exigencia excesiva (piénsese, por ejemplo, en la elaboración de tratamientos informáticos por terceros mediante contrato de servicios), sí parece plausible la de un trámite de información pública o audiencia o, en todo caso y más allá de la mera auditoría, un mecanismo adecuado de control previos a la efectiva aplicación del correspondiente algoritmo. Pero la inexistencia actual de uno u otro no parece que pueda considerarse que, por sí misma, infrinja el requerimiento constitucional del procedimiento debido.

Pero es que, ni siquiera con ocasión del dictado de actos por medios mecánicos se concede a los interesados en el pertinente procedimiento a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el país vecino

Francia[33], un derecho específico de información completa (el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos no va más allá, en este terreno de lo que, con carácter general y para el tratamiento de datos de carácter personal, establece el Reglamento de la Unión Europea (UE) 2016/679), como tampoco de acceso al algoritmo (un tal derecho no figura entre los enumerados en el artículo 53 LPAC, a pesar de que el artículo 14.2, g) del aludido Reglamento UE impone, desde la perspectiva ciertamente limitada de la protección de datos personales, el deber de proporcionar al interesado información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas del tratamiento correspondiente). De esta suerte, la facilitación de estos derechos depende, en nuestro caso, de la declaración de las aplicaciones correspondientes, en los términos autorizados por el artículo 157.2 LRJSP, como de fuentes abiertas, «cuando de ello se derive una mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración Pública o se fomente con ello la incorporación de los ciudadanos a la sociedad de la información».

Pero tampoco del contenido de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, cabe deducir, de modo claro, ni un derecho de acceso a los algoritmos y códigos fuente, ni la exigencia de transparencia o de publicidad activa en la materia, y el derecho fundamental a una buena administración

---

[33] El Código francés de relaciones entre el público y la Administración dispone, en efecto y a partir de la Ley 2016-1321, de 7 de octubre de 2016:

a) En su artículo L.311-3-1: Sous réserve de l'application du 2° de l'article L. 311-5 (relativo a los documentos exceptuados del derecho de acceso), une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique comporte une mention explicite en informant l'intéressé. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé s'il en fait la demande. Les conditions d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

b) En su artículo L.312-1-3: Sous réserve des secrets protégés en application du 2° de l'article L. 311-5 (documentos exceptuados del derecho de acceso), les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L.300-2 (el Estado, las colectividades territoriales y las personas de Derecho público o privado encargadas de una misión de servicio público) à l'exception des personnes morales dont le nombre d'agents ou de salariés est inférieur à un seuil fixé par décret, publient en ligne les règles définissant les principaux traitements algorithmiques utilisés dans l'accomplissement de leurs missions lorsqu'ils fondent des décisions individuelles.

no es directamente aplicable a la ejecución administrativa interna (al estar referido a la actuación de las instituciones de la UE).

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene la decantación en nuestro ordenamiento, a partir de los artículos 9.3 y 103.1 CE [con concreción en el artículo 3.1, d) –racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión– y e) –buena fe, confianza legítima y lealtad institucional– LRJSP] un principio de buena administración del que derivan deberes para las Administraciones públicas y, entre ellos, el deber de cuidado y debida diligencia (con los correlativos derechos de los ciudadanos)[34]. Sobre esta base se ha postulado –así, de nuevo, J. Ponce Solé (2019)– la existencia de una obligación de la Administración, genérica y transversal, de hacerse comprender en cualquier sector y respecto de cualquier información transmitida, ligada al estándar de conducta de debida diligencia y vinculada con la obligación de motivación de las decisiones administrativas.

---

[34] La doctrina jurisprudencial aludida se ha producido significativamente en materia tributaria, pero es perfectamente generalizable. Las Sentencias del Tribunal Supremo fundamentales, que invocan también el art. 41 de la carta de derechos fundamentales de la UE, son las siguientes:

- La de 18 diciembre 2019 (rec. cas. 4442/2018), que recoge la previa de 5 de diciembre de 2017 (rec. cas. 1727/2016) y señala: «… Procede reiterar como doctrina de interés casacional la que declaramos en nuestra Sentencia de 5 de diciembre de 2017, reafirmando que del derecho a una buena Administración pública derivan una serie de derechos de los ciudadanos con plasmación efectiva. No se trata, por tanto, de una mera fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones públicas de suerte que a dichos derechos sigue un correlativo elenco de deberes a estas exigibles…».
- Y la de 11 de junio de 2020 (rec. 3887/2017), conforme a la cual «(…) el principio de buena administración (…) impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivadas de su actuación, sin que baste para dar cobertura a sus deberes la mera observancia estricta de procedimientos y trámites, sino que, más allá, reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente y ordena a los responsables de gestionar el sistema impositivo, a la propia Administración Tributaria, observar el deber de cuidado y la debida diligencia para su efectividad y la de garantizar la protección jurídica que haga inviable el enriquecimiento injusto».

1.3. Publicidad y audiencia

Desde este punto de vista cabe plantear la posible infracción –en principio más problemática– de la publicidad de los mecanismos analizados y la incidencia de estos en la motivación de las decisiones (en virtud de la exigencia de previsibilidad de la actuación del poder público y la interdicción de arbitrariedad en la misma: art. 9.3 CE) y, en todo caso en el supuesto de automatización, de la garantía constitucional de audiencia (por más que esta aparezca formulada, en términos que la relativizan: «cuando proceda»).

En ausencia de un deber legal de publicidad activa de las circulares e instrucciones internas y de las órdenes de servicio, que podría permitir obviar el correspondiente reproche, este parece poder considerarse carente de relevancia constitucional en la medida en que las decisiones o resoluciones efectivamente dictadas contengan una motivación comprensible y mínimamente suficiente para posibilitar una defensa plena y eficaz de los derechos e intereses de los afectados (incluso frente a la circular, la instrucción u orden de servicio en que descansen o, en su caso, la lógica del algoritmo empleado para su producción).

La lógica de la automatización puede implicar, sin embargo, cuando menos una indebida restricción de las posibilidades de alegación que debe ofrecer el trámite de audiencia, caso de ser procedente. Pero también parece posible considerar esta carente de relevancia constitucional, en virtud del principio de eficacia eficiente de la Administración (art. 103.1 CE), siempre que sea posible la subsanación, en la propia vía administrativa (en sede, en su caso, del recurso procedente), la apuntada indebida restricción.

2. Relevancia constitucional y no oposición a la legalidad de la practicabilidad de la ejecución administrativa

Como resulta del precedente examen, la cuestión de la constitucionalidad de la practicabilidad de la ejecución administrativa (como justificación de la modulación de irrestricta sujeción de esta a la ley) no puede despejarse satisfactoriamente desde el análisis de su compatibilidad o no con determinaciones constitucionales concretas, por más que sean reconducibles a las exigencias básicas del Estado de

derecho. Para ello, es preciso ampliar la perspectiva, pues el Estado-ordenamiento fundado, sostenido y articulado por la CE descansa por entero en el complejo de notas caracterizadoras del primero (carácter democrático, social y de Derecho) y valores superiores correlativos (pluralismo, igualdad y libertad en justicia) basado en la dignidad de la persona, considerada en sociedad[35]; complejo, que forma un orden constitucional básico, cuyos elementos son indisociables, de modo que el Estado es, en lo que aquí interesa, al mismo tiempo social y de Derecho y, por tanto, no solo Estado de derecho.

Es preciso, así, abordar la cuestión en el contexto del aludido orden básico y sus irradiaciones en el resto del orden constitucional. Solo tal perspectiva permite, en efecto, alcanzar, en su caso, la conclusión de una relevancia constitucional de la practicabilidad, que, a título de principio, dote a esta de potencia suficiente para modular en lo necesario el de legalidad.

El valor superior del ordenamiento que se corresponde preferentemente con el carácter social del Estado es la igualdad, pero no la de la proclamada en el artículo 14 CE, ya antes analizada, sino la sustantiva o material ínsita en el mandato del artículo 9.2 CE a los poderes públicos (expresivo de un verdadero deber jurídico) de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos sociales en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Cuando del poder público administrativo se trata, ese mandato se concreta (artículo 103.1 CE) en una exigencia no de simple actuación ejecutiva (de una programación normativa previa), sino de desarrollo de tal actuación precisamente con arreglo al principio de eficacia, que, en su dimensión de gasto público, ha de ser, además, eficiente y económica (art. 31.2 CE). Así se ha entendido desde luego en el desarrollo legal (art. 3.1 LRJSP) del artículo 103.1 CE, a cuyo tenor las Administraciones

---

[35] En la imposibilidad de argumentar esta afirmación, baste, para su justificación, con la remisión a L. Parejo Alfonso, «Los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en R. Gómez-Ferrer Morant (Coord*.), Libro homenaje a Profesor José Luis Villar Palasí; Constitución y valores del ordenamiento*; ««Constitución y valores del ordenamiento», en S. Martín-Retortillo Baquer, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría Martínez-Carande* y «Comentario al artículo 1», en C. Montesinos Padilla, P, Pérez Tremps y A. Sáiz Arnaiz (Dirs.), *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018: Libro-homenaje a Luis López Guerra*.

públicas deben respetar en su actuación, entre otros, los principios de servicio efectivo a los ciudadanos, eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados, economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

Con entera independencia de la dificultad de la precisión –dada la multivocidad de la eficacia y la eficiencia, según la disciplina desde las que se contemple– del principio de eficacia eficiente, es claro que postula jurídicamente –en el plano de la ejecución y, por tanto, de la aplicación de que aquí se trata– la materialización efectiva de la programación normativa (obligación de resultado) mediante el empleo solo de los medios necesarios y optimizando los precisos a tal efecto (singularmente los económicos)[36]. Una ejecución aplicativa de la programación normativa respetuosa con tal principio solo es posible en las condiciones que permitan, según ya se ha argumentado, la estructura, el funcionamiento y los medios personales, materiales y económicos de la Administración correspondiente. Siendo esto así, debe convenirse, de nuevo con J. Isensee[37], que la practicabilidad de la aludida ejecución no es otra cosa que el conjunto de condiciones que garantizan la eficacia eficiente de esta última. Con la consecuencia de que, por su imbricación en el de eficacia eficiente, la practicabilidad adquiere también la condición de principio.

De lo dicho resulta:

a) La erección de la practicabilidad al rango de principio y, concretamente de principio constitucional. Pues así se deduce de su relación, gracias a su inserción en el principio de eficacia, con el mandato constitucional expresado en el artículo 9.2 CE.
b) La inexistencia de oposición o antagonismo entre el principio de practicabilidad así entendido y el de legalidad de la actuación administrativa. Así se desprende de:
   – La consagración simultánea, en el artículo 9 CE, de la eficacia y, por tanto, la practicabilidad como principio implícito en

[36] Sobre el principio jurídico de eficacia eficiente, L. Parejo Alfonso (1989: 15-66; 1995).

[37] J. Insensee (1976: 155-164).

el deber de promoción y remoción reales y efectivas y el de legalidad de los poderes públicos.

– La imposibilidad constitucional de una eficacia eficiente (y, con ella, la practicabilidad) fuera o al margen de la legalidad. Conforme al artículo 103.1 CE, la primera debe guiar la actuación administrativa siempre sometida completamente a la ley y al Derecho. La practicabilidad solo es factible, pues, dentro de la legalidad.

En conclusión: en todo mandato legal de ejecución administrativa aplicativa debe considerarse inscrito, implícitamente y a título de *ratio legis*, la practicabilidad de dicha ejecución en los términos que han quedado concretados y, por tanto, bajo la reserva de comprobación de la plena legalidad del resultado (la decisión) al que conduzcan los mecanismos de que se sirva para su inexcusable cumplimiento.

Bibliografía

Bonsignore Fouquet, D. (2021). «Sobre inteligencia artificial, decisiones judiciales y vacíos de argumentación», *Teoría&Derecho*. Revista de pensamiento jurídico, núm. 29.

Byung-Chul Han. (2021). (*No-cosas. Quiebras del mundo de hoy).* Ed. Taurus.

Cueva, J. de La. (2018). «Código fuente, algoritmos y fuentes del Derecho», colaboración para El Notario del Siglo XXI, Colegio Notarial de Madrid. https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/8382-codigo-fuente-algoritmos-y-fuentes-del-derecho.

Fernández Rodríguez, T. R. (1971). «Jurisprudencia y computadores», *RAP* núm. 64, enero-abril de 1971, pp. 327-336.

García de Enterria, E. (2009). *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa.* Ed. Civitas. Discurso leído el 24 de octubre en el acto de su recepción como académico de número de la Real Academia Española. https://www.rae.es/sites/default/files/Discurso_Ingreso_Eduardo_Garcia_de_Enterria.pdf

Huergo Lora, A. (2021), «Regular la inteligencia artificial (en Derecho administrativo)».https://mail.google.com/mail/u/0/?tab=rm&ogbl#inbox/FMfcgxwLtZwlnmdDDZWGLMBfqlRxlzsv

Isensee, J. (1976). *Die Typisierende Verwaltung. Gesetzesvollzug im Massenverfahren am Beispiel der typisierenden Betrachtungsweise des Steuerrrechts*, Ed. Duncker&Humblot.

Laband, P. (1901). *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Ed. J.C. Mohr, 4ª edición, Tubinga.

Luhmann, N. (1964). *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Ed. Duncker&Humblot. (1966). Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung, Ed. Duncker&Humblot.

Parejo Alfonso, L. (1989). «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública». *Documentación Administrativa*, 218-219, pp. 15-66.

Parejo Alfonso, L. (1989). Los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En R. Gómez-Ferrer Morant (Coord.), Libro homenaje a Profesor José Luis Villar Palasí, Ed. Civitas, pp. 923-976.

Parejo Alfonso, L. (1990). Constitución y valores del ordenamiento, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.

Parejo Alfonso, L. (1991).Constitución y valores del ordenamiento.En S. Martín-Retortillo Baquer, Estudios sobre la Constitución Española.

Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría Martínez-Carande, Vol. I (el ordenamiento jurídico), Ed. Civitas, pp. 29-134.

Parejo Alfonso, L. (1995). *Eficacia y Administración*. *Tres estudios.* BOE e INAP.

Parejo Alfonso, L. (2018). Comentario al artículo 1. En C. Montesinos Padilla, P, Pérez Tremps y A. Sáiz Arnaiz (Dirs.). *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018: Libro-homenaje a Luis López Guerra.* Ed. Tirant lo Blanch.

Ponce Solé, J. (2019). «Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico», La Administración al día (Estudios y Comentarios) de 11. 04.2019, Instituto Nacional de Administración Pública.

Soriano Arnanz, A. (2021). «Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 3, pp. 85-127.

Zeidler, K. (1959). Über die Technisierung der Verwaltung. Eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung. Ed. Müller.

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 75-96
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1609

VARIACIONES SOBRE UN TÓPICO WEBERIANO. ACERCA DEL LUGAR DE LA CIENCIA EN LA DECISIÓN POLÍTICA

VARIATIONS ON A WEBERIAN TOPIC. ON THE PLACE OF SCIENCE IN POLITICAL DECISION-MAKING

Javier de Lucas
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política
Universidad de Valencia
Presidente de la Comisión de Ciencia,
Innovación y Universidades del Senado
https://orcid.org/0000-0003-0723-6086

Fecha de recepción del artículo: julio 2021
Fecha de aceptación y versión final: agosto 2021

RESUMEN

La pandemia ha renovado el clásico debate sobre el papel de la ciencia en la toma de decisiones políticas, especialmente en las democracias. Ante la incertidumbre que ha provocado y que pone en riesgo la noción de seguridad jurídica, la ciencia podría ser vista por algunos como la garantía absoluta de previsibilidad y, por tanto, guía de las decisiones. Se trata de saber si la decisión del político debe encontrar su fuente de legitimación en la respuesta de la ciencia, o si el papel de esta es el de asesorar, sin sustituir el núcleo de la decisión que siempre ha de quedar en manos de quien tiene legitimidad democrática para ello. Quizá no conviene exigir demasiado de una y de otra: ni la ciencia es el nuevo demiurgo, ni la decisión política puede llevarse a cabo siempre con la previsibilidad que garantice el acierto y, por tanto, la seguridad jurídica.

Palabas clave: ciencia, política, pandemia, seguridad jurídica, previsibilidad, legitimidad democrática, responsabilidad.

ABSTRACT

The pandemic has renewed the classic debate on the role of science in political decision-making, especially in democracies. In the face of the uncertainty it has provoked and which threatens the notion of legal certainty, science could be seen by some as the absolute guarantee of predictability and, therefore, a guide for decisions. The question is whether the politician's decision should find its source of legitimacy in the response of science, or whether the role of science is to advise, without replacing the core of the decision, which must always remain in the hands of those who have the democratic legitimacy to do so. Perhaps it is not appropriate to demand too much of one or the other: neither science is the new demiurge, nor can political decision-making always be carried out with the predictability that guarantees the right choice and, therefore, legal certainty.

Keywords: science, politics, pandemic, legal certainty, predictability, democratic legitimacy, responsibility.

SUMARIO: I. UN TÓPICO COMPLEJO: CIENCIA Y DECISIÓN POLÍTICA. II. SOBRE EL PAPEL DEL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE CERTEZA SOCIAL. SENTIDO Y ALCANCE DE LA «SEGURIDAD JURÍDICA». III. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LAS DECISIONES POLÍTICAS EN LA ERA DE LA PANDEMIA. IV. CODA: SOBRE LAS OFICINAS DE ASESORAMIENTO CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO EN LOS PARLAMENTOS. BIBLIOGRAFÍA.

I. Un tópico complejo: ciencia y decisión política

Uno de los tópicos recurrentes a los que nos ha acostumbrado la pandemia es el del reconocimiento del valor de la ciencia, del conocimiento científico (o científico-tecnológico). Se ha dicho hasta la saciedad que, en cierto modo, entre el legado positivo que nos dejan estos meses terribles se encuentra esa confianza renovada en su relevancia social, en su necesidad. Incluso en términos que parecen reverdecer el comienzo de esa ilusión positivista del XIX que alentaron Saint-Simon y, sobre todo, Comte: todo lo que necesitamos, todo lo que podemos esperar, nos llegará de manos de la ciencia.

Es cierto que esta confianza renovada en la ciencia (ingenua en su fundamento, aunque seguramente no hay ingenuidad en el recurso a ella que se ha visto obligado a propagar el político de profesión, al que denominaré, weberianamente, *el político*) es una reacción, una pulsión casi inevitable que se acentúa a partir del momento en el que *el político* es consciente de que el conocimiento pone en sus manos un poder colosal, y ambivalente precisamente en esa potencialidad. Pocos alegatos tan explícitos acerca del riesgo que ello supone como el de Robert Oppenheimer (considerado el padre de la bomba atómica por su liderazgo en el laboratorio de Los Alamos, decisivo en el Proyecto Manhattan), quien, abrumado ante la primera prueba de la bomba, el 16 de julio de 1945, parece que recordó algunos versos del Bhagavad-Gita, para afirmar «ahora me he convertido en la muerte, el destructor de mundos». Por cierto, Oppenheimer, que sucedió a Einstein en la cátedra de Física Teórica del Institute for Advanced Study, en Princeton, fue durante un tiempo uno de los más convencidos representantes del movimiento que defendía la necesidad de acudir a la supremacía de la ciencia en el marco de la nueva política, surgida tras el fin de la guerra. Pero fue sometido a una auditoría de seguridad, en el marco del macartismo, que revocó sus credenciales y le llevó a un cierto ostracismo.

En el otro lado del espejo, cabe destacar la visión del presidente F. D. Roosevelt, quien entendió que debía impulsar decididamente el desarrollo de la ciencia y la investigación científica para dar respuesta a los desafíos que se le presentaban a la nación norteamericana en una encrucijada tan compleja como la que afrontó en las etapas de su

presidencia: de la recuperación de la Gran Depresión, a la Segunda Guerra Mundial. Roosevelt creó en 1940 el Comité de Investigación de la Defensa Nacional (NDRC, National Defense Research Committee), presidido por el profesor Vannevar Bush y cuya finalidad era «coordinar, supervisar y realizar investigaciones científicas sobre los problemas subyacentes al desarrollo, producción y uso de mecanismos y dispositivos de guerra». En 1941, Roosevelt decidió crear la Oficina de Investigación y Desarrollo Científico (OSRD, Office of Scientific Research and Development), cuyo objetivo era optimizar la aplicación de las investigaciones científicas en la tecnología de guerra, asegurar la mejor cooperación entre las agencias de investigación civiles y militares y, muy específicamente, el desarrollo y la búsqueda de recursos para la «sanidad militar», en un contexto de guerra. Roosevelt situó al profesor Bush al frente de esta nueva agencia, de la que el NDRC pasó a ser una suerte de organismo asesor hasta que se extinguió en 1947.

Pues bien, pocos testimonios tan elocuentes sobre el papel que la ciencia y la investigación debían desempeñar en las decisiones políticas que habían de adoptarse en aquellas difíciles circunstancias, como la carta que el presidente Roosevelt dirigió el 17 de noviembre de 1944 al director de esa Oficina de Investigación y Desarrollo Científico, el profesor Bush[1], en la que le formulaba cuatro preguntas sobre el avance y el papel de la ciencia en el incremento del potencial norteamericano, no solo en el plano armamentístico, sino también en la lucha por la salud y en el bienestar al que apuntaba su New Deal. Una carta que dio lugar al famoso informe que este presentó a Roosevelt el 25 de julio de 1945, con el título *Science, the endless frontier* (*Ciencia, la frontera sin fin*) (Bush, 2020), inspirado a su vez en un discurso del propio Roosevelt quien, como es sabido, enunció reiteradamente su tarea en términos de «superar fronteras» y confiaba para ello en el papel de la ciencia. En ese informe, además de reafirmar las razones del carácter esencial de

[1] La carta de Roosevelt, así como la contestación del director de la Oficina de Investigación y Desarrollo Científico, el profesor Vannevar Bush, y el informe que este presentó en nombre de la Oficina al visionario presidente norteamericano, pueden consultarse en la versión castellana que ofreció la revista *Redes. Revista de Estudios Sociales de la Ciencia* (Bush, 1999), que puede descargarse en el siguiente enlace: http://iec.unq.edu.ar/index.php/es/publicaciones/revista-redes/numeros-anteriores/item/67-redes-%E2%80%93-revista-de-estudios-sociales-de-la-ciencia-14. La versión original del informe puede consultarse en https://www.nsf.gov/od/lpa/nsf50/vbush1945.htm.

la ciencia y de las instituciones científicas en nuestras sociedades, en particular en el ámbito de la lucha contra la enfermedad y la consecución del bienestar, se subrayaba el decisivo papel que debía asumir el Gobierno en el impulso y desarrollo de la ciencia y la necesaria, aunque compleja, relación entre ciencia y poder político, entre *el científico* y *el político*, por volver al *motto* weberiano. Asimismo, se ofrecían no pocas pistas y recomendaciones relativas a cómo renovar y asegurar el talento científico. Es un documento que aún hoy impresiona por la clarividencia del gran presidente norteamericano[2].

En todo caso, como decía, este no es sino un nuevo escenario para un viejo debate, uno de los más complejos y constantes en la historia del pensamiento social y político: ¿no sería mejor dejar que gobernaran los sabios? O, trasladado a la discusión contemporánea, ¿no habría llegado ya la hora de que la ciencia viera reconocido su papel de guía fiable en la toma de decisiones políticas y se le abrieran, así, las puertas del Ejecutivo y el Legislativo[3]? ¿No sería esa la forma de asegurarnos de que las decisiones políticas sean apropiadas, necesarias, proporcionadas? Este es, al mismo tiempo, un debate mucho más complejo de lo que aparenta, aunque solo sea porque se utilizan, y con frecuencia sin contextualizarlas adecuadamente, diferentes nociones de ciencia, de certeza, de seguridad. Y porque, como decía, en el fondo se trata de un escenario, una variación más, de un asunto clave en toda reflexión sobre el quehacer político, de Platón a Weber, por mencionar dos de las referencias claves a las que acudir cuando se trata de elucidar si la decisión del gobernante debería buscar la legitimación que le ofrece el conocimiento científico (versión contemporánea de la que le prestaba la sabiduría del filósofo), o si eso es una pretensión que debe quedar limitada al ámbito del asesoramiento,

---

[2] Sobre F. D. Roosevelt recomiendo vivamente la biografía escrita por el profesor H. W. Brands (2008).

[3] *Cfr.* por ejemplo en nuestro país la iniciativa ciudadana Ciencia en el Parlamento, que, en su *website* cienciaenelparlamento.org, se define como una «iniciativa ciudadana independiente que tiene como objetivo que la ciencia y el conocimiento científico sean una de las fuentes de información en la formulación de propuestas políticas. #CienciaenelParlamento promueve una cultura política cercana a la ciencia y potenciar una actividad científica centrada en las necesidades de la sociedad. Para lograr este fin, es importante que los responsables políticos y el sector de la ciencia, la tecnología y la innovación en España mantengan contactos regulares que permitan facilitar el empleo de la ciencia de manera efectiva para el asesoramiento de decisiones políticas».

pero sin usurpar el núcleo de la decisión, que ha de ser necesariamente prudencial, por decirlo *aristotelico modo*.

Hobbes, a quien cabe el honor de haber adelantado la moderna concepción de la política, entendida precisamente como ciencia, aseguraba que la primera tarea de todo gobierno es garantizar la vida de los gobernados. Hasta el punto de que el genial pensador admite una sola excepción a la sumisión al poder ilimitado que los ciudadanos ceden al monstruoso *Leviathan*: precisamente, la ausencia de esa seguridad[4]. Esta es la condición que hace posibles todos los demás objetivos de la acción política. Algunos, siguiendo esa lógica, hablan de una contradicción o, al menos, de tensión límite entre seguridad y libertad, que justificaría sacrificar nuestra libertad en aras de la seguridad. Pero creo que es un planteamiento falaz.

Es cierto que, en regímenes dictatoriales o autoritarios, los ciudadanos son súbditos y no tienen más remedio que abandonarse a la fe en su gobierno, o someterse sin más a él. Precisamente por esa razón, tales gobiernos pueden mantener la ficción de que *siempre aciertan*, porque siempre lo saben todo, lo prevén todo y lo hacen por el bien del pueblo. Ese planteamiento conduce a la tan conocida –sencilla y falaz– alternativa: «O nosotros (o la obediencia a nuestros mandatos), o el caos (la muerte)». De donde, en efecto, frente a la libertad propia del estado de naturaleza y que nos hace devorarnos unos a otros como lobos (la guerra civil como el mal por antonomasia, al fondo), no hay opción: elegimos la seguridad.

En las sociedades democráticas, abiertas, plurales, eso no funciona así. Los ciudadanos son mayores de edad y han superado, a la manera en que nos enseñó el psicoanálisis, el mito del padre que

---

[4] «La obligación de los súbditos con respecto al soberano se comprende que no ha de durar ni más ni menos que lo que dure el poder mediante el cual tiene capacidad para protegerlos. En efecto, el derecho que los hombres tienen, por naturaleza, a protegerse a sí mismos, cuando ninguno puede protegerlos, no puede ser renunciado por ningún pacto. La soberanía es el alma del Estado, y una vez que se separa del cuerpo, los miembros ya no reciben movimiento de ella. El fin de la obediencia es la protección, y cuando un hombre la ve, sea en su propia espada o en la de otro, por naturaleza sitúa allí su obediencia, y su propósito de conservarla. Y aunque la soberanía, en la intención de quienes la hacen, sea inmortal, no sólo está sujeta, por su propia naturaleza, a una muerte violenta, a causa de una guerra con el extranjero, sino que por la ignorancia y pasiones de los hombres tiene en sí, desde el momento de su institución, muchas semillas de mortalidad natural, por las discordias intestinas» (Hobbes, 2018: capítulo xxi, «De la libertad de los súbditos»).

todo lo sabe y nos protege frente a cualquier peligro. Sabemos, como explicaron Rousseau y Kant[5], que esa seguridad de los calabozos, o, peor, de los cementerios (la verdadera *paz perpetua*), no es tal. La seguridad es, ante todo, *seguridad en y desde las libertades*, que es lo que nos proporciona el Estado de derecho, con el imperio de la ley. Por eso, los ciudadanos pueden y deben someter a juicio crítico, a control, las decisiones de sus gobernantes, incluso (quizá, sobre todo) las que se adoptan en circunstancias excepcionales, en las que están en juego las vidas de todos. Eso no quiere decir que sea tarea fácil, ni siquiera en un momento histórico como el presente, en el que los ciudadanos llevamos en nuestro bolsillo, en nuestros *smartphones*, mucha más información que la que nunca antes estuvo al alcance de las élites de gobierno.

¿Necesitamos una revisión de los instrumentos que contribuyen a la percepción de que las decisiones políticas proporcionan certeza, seguridad? Quizá convendría comenzar por una breve reflexión sobre la forma en que el Derecho aparece como la más poderosa herramienta de seguridad en nuestras sociedades: ¿sigue cumpliendo esa función?

II. Sobre el papel del Derecho como instrumento de certeza social. Sentido y alcance de la «seguridad jurídica»

Es comúnmente admitido que la primera de las funciones del Derecho consiste en proporcionar seguridad en las relaciones sociales.

---

[5] Recuérdese el texto del capítulo IV («De la esclavitud») de *El contrato social* (Rousseau, 1993): «Se me dirá que el déspota asegura á sus súbditos la tranquilidad civil. Bien está; pero ¿qué ganan los súbditos en esto, si las guerras que les atrae la ambición de su señor, si la insaciable codicia de este, si las vejaciones del ministerio que les nombra, les causan más desastres de los que experimentarían abandonados á sus disensiones? ¿Qué ganan en esto, si la misma tranquilidad es una de sus desdichas? También hay tranquilidad en los calabozos: ¿es esto bastante para hacer su mansión agradable? Tranquilos vivían los griegos encerrados en la caverna del Cíclope aguardando que les llegara la vez para ser devorados. Decir que un hombre se da gratuitamente, es decir un absurdo incomprehensible; un acto de esta naturaleza es ilegítimo y nulo por el solo motivo de que el que lo hace no está en su cabal sentido. Decir lo mismo de todo un pueblo, es suponer un pueblo de locos: la locura no constituye derecho». Por su parte, Kant encabeza su panfleto sobre la paz perpetua (1982) con esta «cláusula salvatoria»: «A la paz perpetua. Esta inscripción satírica que un hostelero holandés había puesto en la muestra de su casa, debajo de una pintura que representaba un cementerio, ¿estaba dedicada a todos los «hombres» en general, o especialmente a los gobernantes, nunca hartos de guerra, o bien quizá sólo a los filósofos, entretenidos en soñar el dulce sueño de la paz?».

Seguridad, en primer lugar, como *garantía del* status *de los individuos* que pertenecen al grupo en el que existe ese Derecho como sistema normativo, es decir, garantía del conjunto de derechos y deberes de cada individuo del grupo, basada en la previsibilidad de las conductas del otro (incluido el poder institucional), *gracias a la amenaza de la sanción que monopoliza el Derecho*. En efecto, no es posible ninguna relación social sin un mínimo grado de seguridad sobre lo que cabe esperar de la otra parte; también del poder institucional. El Derecho, en eso, parece un instrumento eficaz: el otro se atendrá a la conducta que el Derecho ha establecido mediante la norma, porque en caso contrario sabe que será objeto de sanción que le obligará a realizar esa conducta prevista o una sustitutoria. Y la parte contraria puede así confiar en obtener esa conducta o una equivalente gracias a la sanción. La conducta del poder institucional (en un Estado de derecho) resulta también previsible, porque está sometido asimismo a control por el Derecho, gracias sobre todo al principio de legalidad, al de irretroactividad de las normas desfavorables (en particular, las penales) y a la división de poderes. Pero esa previsibilidad, como acabamos de ver, *se basa a su vez en la certeza de la norma, esto es, en la pretensión de que siempre existe una norma clara y que es eficaz, es decir, que se cumple inexorablemente*.

Ambos predicados, sin embargo, contra lo que han pretendido algunos modelos explicativos de qué sea el Derecho, como el iusnaturalismo racionalista o el positivismo legal formalista, no carecen de excepciones, incluso en un modelo de Estado constitucional. No siempre existe una norma cierta (hay problemas de lagunas normativas –situaciones no previstas, para las que no hay norma– y de antinomias o contradicciones entre normas, máxime en sistemas jurídicos plurales, como los de los Estados de la Unión Europea [UE], con varias instancias normativas, desde la local, la autonómica, la estatal y la estrictamente europea). O sea, que *incluso la certeza jurídica es tentativa*, como subrayó el realismo jurídico frente al positivismo jurídico más formalista, con su crítica a la noción de validez como una creencia ingenua, paralela a la necesidad psicológica del padre[6].

[6] Me refiero a la crítica de Alf Ross (1961) a la noción de validez sostenida por Kelsen, como «construcciones metafísicas erigidas sobre la base de una falsa interpretación de la «fuerza obligatoria» experimentada en la conciencia moral».

La defectibilidad de la certeza que proporciona el Derecho, se acrecienta en situaciones de grave excepcionalidad, como la que sufrimos en la pandemia de la COVID-19, en la que la necesidad de actuar es tan urgente que obliga a reducir excepcionalmente las reglas y procedimientos que tratan de garantizar la certeza, al mismo tiempo que se deben conjugar las garantías de los derechos y libertades fundamentales y la garantía del derecho a la vida y la salud pública. Esa necesidad obliga a una gestión política que recurre (como estamos viendo en nuestro país) a los supuestos de excepción previstos en los Estados constitucionales[7] y, aún más, a una modalidad extrema, nunca vista, del fenómeno que Carl Schmitt ya advirtió en 1950 y que Ernst Forsthoff calificara como «legislación motorizada»[8], para referirse a los nocivos efectos que sobre la seguridad jurídica suponía esta manía de legislador de producir cada vez más leyes y de menor duración en el tiempo. Ese problema de teoría y técnica legislativa se complica aún más si concurre con lo que, en conocido trabajo de 1993, el profesor Pérez Luño denominara «El desbordamiento de las fuentes del Derecho», algo evidente en nuestro contexto jurídico, como Estado de estructura cuasi federal y miembro de la UE, lo que añade complejidad pluridimensional.

---

[7] En nuestro caso, básicamente se trata de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución española de 1978 y en la ley de desarrollo, la Ley Orgánica (LO) 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio. Sobre el debate a propósito de la adecuación de esos supuestos de estado de excepción en la pandemia de la COVID-19, pueden leerse, entre otros muchos estudios, los artículos de los profesores Pérez Royo (14 de abril, 2020), J. Urías (14 de abril, 2020), García Figueroa (8 de abril, 2020), Xavier Arbós (31 de marzo, 2020), Tomás de la Quadra-Salcedo (8 de abril, 2020) y Pedro Cruz Villalón (17 de abril, 2020). Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 2021, recaída en el recurso 2054-2020 sobre la constitucionalidad del decreto de estado de alarma, se han sucedido otros análisis: por ejemplo, el de Manuel Aragón (6 de julio, 2021), Javier García Roca (12 de julio, 2021), Tomás de la Quadra-Salcedo (22 de julio, 2021), Ramón Soriano (23 de julio, 2021), Miguel Pasquau (20 de julio, 2021) y Pedro Cruz Villalón (23 de julio, 2021).

[8] Schmitt (1950: 20) habló ya de «das «motorisierte Gesetz»». Pero fue Forsthoff (1964) quien desarrolló el concepto. Recordaré que, por su parte, Irti (1978) anunció lo que denominó una etapa de «decodificación», caracterizada por el recurso generalizado a las leyes especiales. En las décadas siguientes se popularizó esa crítica. Así, Luhmann (1986) habló de «marea de leyes o hiperjuridificación» y García de Enterría (1999) de «un mundo de leyes desbocadas». Sobre ello, Laporta (2004: 45 y 63).

III. Sobre la responsabilidad de las decisiones políticas en la era de la pandemia

Volvamos, pues, a las cuestiones que planteaba al comienzo de estas páginas. ¿Cómo guiarnos en esa prueba tan difícil para nuestra madurez cívica a la que nos somete la gestión política de la pandemia? ¿Cómo podemos estar seguros de la certeza de esas decisiones, de las que depende, en sentido estricto, nada menos que la vida de miles de personas?

Una respuesta habitual es la que ya nos propusiera Platón (1949), apoyada, por cierto, en la presunción de la unidad entre bien y verdad. «Quien sabe, actúa bien, necesariamente». Ergo, si queremos certeza, fiémonos de los que saben.

Desde el filósofo rey hasta la fe ciega en el avance inexorable de la ciencia y la técnica, que fue proclamada por el positivismo del XIX y que se prolonga hasta hoy mismo, esa solución conduce a lo que los profesores Moreno, De Pinedo y Villanueva, en un artículo reciente de título muy sugestivo (12 de abril, 2020), denominan *epistocracia*, un modelo que discuten a fondo siguiendo las tesis de von Neurath. La epistocracia supone, cito, «la tesis del gobierno de los expertos y la crítica de la democracia. En este caso, se considera que la democracia, de existir, debe guarecerse en el consejo de los verdaderos especialistas». Pero los supuestos en los que se asienta resultan más que discutibles, también en esta pandemia, pues, como añaden,

> un hecho, registrado como protocolo científico, es algo complejo de determinar. Puede haber mentiras e incompetencia, pero quizá hay más […] pensar en cómo tienen que actuar las instituciones a partir de la información que aportan los modelos, ni es sencillo ni puede llevarse a cabo con una regla y un compás. Especialmente cuando, como en el caso de la covid-19, los modelos se construyen sobre datos heterogéneos y posiblemente corruptos, sujetos a un nivel de incertidumbre muy elevado, no es evidente qué significa para una institución actuar de manera razonable a partir de la evidencia.

Por eso, sostienen que «no sólo no hay forma «experta» de ponerse de acuerdo sobre quiénes son los expertos; ni siquiera es fácil reconocer dónde está la frontera entre los asuntos que involucran ne-

gociación sobre valores y preferencias y los asuntos que se resuelven sabiendo cómo son las cosas»[9].

Por eso me parecen criticables tesis como las del prestigioso neurocientífico y catedrático de Columbia Rafael Yuste, en su artículo «Que la ciencia revolucione la política» (firmado también por Darío Gil) (7 de junio, 2020), en el que proponían «institucionalizar la ciencia en la cúpula del estado», lo que se concretaría en una llamada a que los científicos hagan política, a que entren en cargos de decisión y se creen vicepresidencias científicas (y también consejos asesores científicos que puedan tomar las decisiones en situaciones excepcionales[10]). No digo con ello que, como ha escrito ácidamente la profesora Depraz, nos encontremos ante «ciegos que guían a otros ciegos», porque «la brújula de los científicos parece más bien una veleta»[11]. Pero me parece difícil de discutir que, comenzando por la propia Organización Mundial de la Salud (OMS) (que, pese a poder invocar que se rige por criterios científicos, no puede ocultar la dimensión burocrática y el peso de los criterios «políticos» en su actuación debido a su dimensión intergubernamental, como sucede con toda la estructura de la Organización de las Naciones Unidas [ONU]) y continuando por los muy diferentes comités científicos y equipos de investigación creados *ad hoc* en cada país, están muy lejos de ser el oráculo de Delfos que nos gustaría (que necesitamos) creer. Por más que sea preciso destacar y agradecer la enorme contribución

---

[9] Y así, concluyen: «Es difícil saber cuál es la naturaleza de los hechos sobre los que las instituciones deben actuar y más difícil todavía determinar cómo ha de ser el proceso de decisión a partir de esos hechos. La reflexión de las instituciones debe siempre partir de la información científica, pero involucra necesariamente cuestiones que pertenecen al ámbito de lo normativo».

[10] Esta última propuesta, sin embargo, que ha sido formulada también por el astrofísico Avi Loeb (30 de abril, 2020), parece más interesante y deseable.

[11] *Cfr*: su «Science et pouvoir: quand un aveugle guide un aveugle» (14 de abril, 2020), en el que escribe: «Et si la boussole scientifique, aussi humble soit-elle, n'était qu'une girouette dans la main des politiques? Qu'y a-t-il de pire: être aveugle et le savoir? On peut penser que c'est ce que vivent aujourd'hui de nombreux scientifiques, authentiquement déboussolés… Ou bien: être aveugle et croire qu'on a la situation en main? A force de se croire maîtres et possesseurs de l'univers, nos gouvernants ont réussi à persuader certains scientifiques de se faire guides même chancelants de leur action publique. Double illusion, double aveuglement: quand un aveugle guide un aveugle, la chute de Scylla sera pire que celle de Charybde…».

de esos equipos científicos, la crítica, incluso la autocrítica de la propia comunidad científica, es ineludible[12].

Creo que Jürgen Habermas nos ha ofrecido en no pocas ocasiones algunas excelentes pistas para orientarse en este debate. Lo hizo, de nuevo, en la entrevista que le planteó Nicolas Truong en *Le Monde* (10 de abril, 2020). En ella, señalaba algo que los estudiosos de lo que se conviene en denominar ámbito de la «*razón práctica*» tienen muy en cuenta, en la tradición aristotélica que supo recuperar Kant: la defectibilidad constitutiva de ese uso de la razón (si se quiere, del conocimiento). Lo traduzco así:

> la pandemia pone al alcance de la opinión pública internacional, de golpe y de forma simultánea un principio que hasta ahora sólo era cuestión de los expertos y no del gran público: la necesidad de actuar desde el conocimiento explícito de nuestro des-conocimiento. Con la pandemia, todos los ciudadanos aprenden que sus gobiernos deben tomar decisiones desde la plena conciencia de los límites del saber de los virólogos que les aconsejan. Y es así como se nos revela a plena luz, una luz cruel, cómo la acción política se lleva a cabo, por así decirlo, sumergida en la incertidumbre. Y es posible que esta inhabitual experiencia deje huella en la conciencia pública.

---

[12] En ese sentido, me parece elocuente el juicio crítico del Premio Jaume I de Nuevas Tecnologías 2015, Pablo Artal (10 de abril, 2020), quien ha llegado a hablar de «gran fracaso de la ciencia española» y que ejemplifica con estos argumentos: «La ciencia española no tiene una estructura sólida de ayuda al tejido productivo del país. En las últimas décadas, se ha promovido la actividad científica por resultados en publicaciones, primándose casi exclusivamente la cantidad. Los científicos, para sobrevivir, nos hemos adaptado a esas directrices. Esto ha sido en parte beneficioso. Se han creado grupos de excelencia y competitivos en el entorno europeo. Pero se han destruido casi por completo las actividades de investigación menos glamurosas que ofrecían pocas opciones de generar publicaciones de relumbrón, pero que pueden resultar de importancia vital para una sociedad, en especial en tiempos de crisis. No tenemos una estructura científico-técnica que trabaje por objetivos estratégicos, como los laboratorios nacionales en otros países. Prácticamente, todo nuestro sistema se guía por una actividad independiente por parte de los científicos. Podríamos decir que es una ciencia puramente académica. Por ello tenemos buenos resultados en número de publicaciones, pero no existe un entramado que pueda responder en casos de dificultad, ni que ayude de manera eficiente al sector productivo. No tienen más que ver nuestra actividad en patentes. No es por flagelarles mentalmente, pero conviene que sepan que una sola compañía tecnológica produjo el año pasado tres veces más patentes que toda España».

Pues bien, por duro que parezca el mensaje, creo que hay que aceptarlo: ni siquiera la ciencia, ni la tecnología puesta al servicio de la biología, la farmacia y la medicina nos proporcionan esa certeza que instintivamente necesitamos. La ciencia no es el demiurgo que nos gustaría creer[13].

Al mismo tiempo, la decisión que ha de adoptar *el político* es insustituible e indefectible, más aún en un contexto democrático. Es insustituible: solo *el político* (que cuenta con la legitimidad democrática) está habilitado, es decir, legitimado, para ello. Y, al tiempo, es indefectible: *el político* no puede recurrir a escudarse en la duda, ni remitir su responsabilidad al *científico* (aunque esa tentación ha estado presente en la pandemia y ha sido irresistible en no pocos momentos). No es cierto que la ciencia pueda y deba saberlo todo, y por tanto no es cierto que el no saber lo que conviene sea siempre ignorancia culpable o interesada. La verdad es que *la ciencia, aunque conoce muchas cosas, es sobre todo el proceso metódico de conocer: lo que nos falta por conocer excede con mucho a lo que conocemos*.

Por todo ello, creo que no conocen las características del método científico, basado en el procedimiento «prueba y error», quienes nos proponen una versión de la ciencia como conjunto de dogmas asentados e inatacables. La comunidad científica no funciona así. Popper lo formuló muy bien: la ciencia avanza mediante el recurso a «conjeturas y refutaciones», y es que, a juicio de este gran filósofo, el objeto de la ciencia no consiste en «verificar hipótesis», sino en «falsarlas»[14].

---

[13] Pero convendría matizar. Así, un informe del Reuters Institute, publicado el 15 de abril de 2020 (Nielsen, 2020), ponía en entredicho esa confianza de los ciudadanos en la ciencia, con motivo de la crisis de la COVID-19, y mostraba diferencias considerables según los países. Un año después, se diría que esa confianza ha aumentado, o, mejor, que la opinión pública sostiene en efecto que la ciencia merece todo el prestigio, aunque lo cierto es que ese estado de opinión contrasta con el hecho de que, en los meses de desescalada desde mayo de 2021, parece que no se sigan –incluso masivamente– las recomendaciones y llamadas a la prudencia que vienen desde el mundo científico, ante el «cansancio social» por las medidas de confinamiento.

[14] *Cfr.*, por ejemplo, lo que escribe en el capítulo x de sus *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*: «[…] los falsacionistas o falibilistas dicen, a grandes rasgos, que aquello que no puede ser (por el momento) derrocado por la crítica, no merece (por el momento) ser considerado seriamente; mientras que aquello que puede ser derrocado de ese modo y sin embargo resiste todos nuestros esfuerzos críticos para conseguirlo, muy

En realidad, como sostiene Artigas, quizá sean Freeman y Skolimowski quienes supieron formularlo con mayor claridad, al subrayar que la clave del método científico es «llegar asintóticamente cada vez más cerca de la verdad». En efecto, mediante el sistema de prueba y error, mediante la refutación, se procede mediante los siguientes pasos[15]:

(a) se reconocen los errores,
(b) se eliminan,
(c) se avanza más allá de ellos, de modo que
(d) se llega más cerca de un conocimiento más seguro, menos erróneo.

Por eso, lo que llamamos *evidencias científicas* nunca son definitivas. Y habría que añadir que, en un contexto tan dinámico y complejo como el de esta pandemia global, pretender que contamos con evidencias científicas irrefutables es un disparate simplista.

---

posiblemente será falso, pero no es inmerecedor de ser considerado seriamente y quizás de ser incluso creído –aunque sólo de modo tentativo [...] Los falsacionistas (el grupo de falibilistas al cual yo pertenezco) creen –como lo creen también la mayoría de los irracionalistas– que han descubierto argumentos lógicos que muestran que el programa del primer grupo no puede ser llevado a término: que nunca podemos dar razones positivas que justifiquen que una teoría es verdadera» (1963: 228). Como ha señalado Artigas (1992), a quien sigo ampliamente en esta interpretación, es en el *addendum* de 1961 a su conocidísima obra *The open Society and its Enemies* donde Popper formula mejor la idea: «Por falibilismo entiendo aquí la idea, o la aceptación del hecho, de que podemos equivocarnos, y de que la búsqueda de la certeza (e incluso la búsqueda de una alta probabilidad) es una búsqueda equivocada. Pero esto no implica que la búsqueda de la verdad sea una equivocación. Por el contrario, la idea de error implica la de verdad como el patrón que puede no ser alcanzado. Implica que, si bien podemos buscar la verdad, e incluso podemos encontrarla (como me parece que lo hacemos en muchos casos), nunca podemos estar bien seguros de haberla encontrado. Siempre cabe el error, aunque en el caso de algunas pruebas lógicas y matemáticas esa posibilidad pueda ser considerada como pequeña. Pero el falibilismo no tiene en absoluto por qué dar lugar a conclusiones escépticas o relativistas. Esto se hace patente si consideramos que todos los ejemplos históricos conocidos de falibilidad humana –incluyendo todos los ejemplos conocidos de equivocaciones en la justicia– son ejemplos del avance de nuestro conocimiento. Cada descubrimiento de una equivocación constituye un avance real en nuestro conocimiento [...] Por tanto, podemos aprender de nuestros errores. Esta perspectiva fundamental es, en realidad, la base de toda la epistemología y la metodología» (1977: Addenda, I, «Facts, Standards, and Truth: A Further Criticism of Relativism», 369-396).

[15] De nuevo sigo aquí la interpretación de Artigas, quien remite a Freeman-Skolimowski (1974). Sobre prueba y error, mi colega, el profesor Vicente Martínez, astrofísico, me brinda esta cita del eminente físico ruso Lev Landau: «Cosmologists are often in error, but never in doubt».

Permítame el lector añadir que no envidio el desafío al que están sometidos todos los equipos de investigación vinculados hoy a la lucha contra la pandemia y sometidos a una presión múltiple. Ante todo, la de los ciudadanos legos (como quien suscribe) que, literalmente, esperábamos ese milagro que se ha encarnado en las vacunas. También, la de los políticos que necesitan exhibir que ya se cuenta con soluciones eficaces. Y, por supuesto, la de los laboratorios y la industria farmacéutica, ante el negocio indiscutible que supone hacerse con las patentes. Adviértase que, por más que resulte evidente que ha habido la natural comunicación y colaboración propia de la comunidad científica, no se puede ignorar el peso de la competencia en la lucha por esas patentes que dan rendimientos en el mercado.

Por supuesto, todo ello no significa dejar de reconocer que es suicida que *el político* adopte decisiones políticas contra lo que nos indica *el científico*, siempre que no olvidemos lo que acabo de recordar: la ciencia, la comunidad científica, se caracteriza por una discusión abierta y en permanente corrección, que está muy lejos de esa versión popular de la ciencia como sistema de dogmas irrefutables y asentados de una vez para siempre. Entre otras razones, porque quienes investigan y quienes deciden en la pandemia de la COVID-19 no se mueven con datos indiscutibles y completos[16].

Es decir: *no es sólo que los dirigentes políticos no deban escudar sus decisiones como consecuencia necesaria de dictámenes científicos. Es que no pueden hacerlo.*

Parto, desde luego, de la presunción fuerte de buena fe y predominio del criterio del bien común en la inmensa mayoría de aquellos a quienes el azar ha puesto en centros de decisión durante esta pandemia, pero lo que trato de subrayar es no solo la enorme responsabilidad que les ha tocado afrontar, sino sobre todo las condiciones trágicas en las que nuestros gobernantes deben decidir. Y, por esa razón, me parecen mezquinos y falaces los juicios –no

[16] Así lo señaló una revisión científica de treinta y un modelos publicados hasta el 24 de marzo de 2020, realizada por un equipo de científicos de Holanda, Austria, Reino Unido y Alemania, y publicada en la prestigiosa revista *British Medical Journal* (VV. AA., 2020). El estudio advertía que, con la pandemia de coronavirus en plena expansión, los modelos que intentan ayudar a los médicos a diagnosticar la COVID-19 o a saber si un paciente puede sufrir complicaciones o morir por la infección, no funcionan.

ya peyorativos, sino criminalizadores– tan comunes en redes, que comienzan asegurando que a los responsables políticos «les va en el sueldo» asumir la excepcionalidad de la situación porque para eso han sido elegidos, para terminar afirmando que no solo no han estado a la altura de las circunstancias absolutamente excepcionales, sino que son responsables directos de las muertes ocurridas en dichas circunstancias. Dicho esto, quiero dejar claro que tampoco intento convertirles en inimputables, ni eximirles de la crítica, ni del control, absolutamente imprescindibles en democracia.

Weber concluía sus reflexiones sobre la política y la ciencia como vocación, dos conferencias reunidas en *El político y el científico* (1979), con esta afirmación: «¡Sólo la persona que está segura de no desesperar cuando el mundo, desde su punto de vista, es de mente simple y debilitado para aceptar lo que sea que se tenga que ofrecer, y sólo la persona que sea capaz de decir «¡A pesar de Todo!» tiene el llamado para la profesión de la política!». *El político* debe ser consciente de sus limitaciones, de la dosis de incertidumbre ineliminable, a la hora de prever el curso de las acciones que ha de dirigir. Ha de ser capaz de tomar esas decisiones y de persuadir a los ciudadanos de que vale la pena intentarlo.

Pero, en primer lugar, el político democrático está obligado a hacerlo sin engaño, sin recurrir a esa *noble mentira*, de raigambre platónica y sobre la que discutieron en 1778 un puñado de ilustrados a raíz de una convocatoria de la Real Academia de Ciencias de Berlín, cuyo tema decidió el rey Federico II, a instancias de Voltaire: *¿conviene engañar al pueblo por su propio bien*?[17] La comunicación de las decisiones políticas debiera tener el coraje de venir presidida por este principio: decir la verdad a los ciudadanos. Lo que incluye reconocer las limitaciones, el grado de incertidumbre en el que nos movemos. Y, en segundo lugar, el político democrático debe respetar a los ciudadanos como titulares del poder que él administra, es decir, debe atenerse al cumplimiento de lo establecido en las reglas de juego institucionales y en los principios que basan la acción política, que son, ante todo, la garantía y desarrollo de los derechos humanos. Con todo, esas condiciones no nos proporcionan la seguridad absoluta

[17] Hay una completa edición de ese concurso (Becker *et al.*, 1991).

que nos gustaría, claro. Pero la pandemia ha venido a recordarnos también eso, que, además de vulnerables y frágiles, ni sabemos todo, ni debemos actuar como si lo supiéramos.

IV. Coda: sobre las oficinas de asesoramiento científico y tecnológico en los Parlamentos

Ya he señalado la previsión de la que hizo gala el presidente Roosevelt al comprender la necesidad de institucionalizar agencias u oficinas de asesoramiento científico, de cara a poder adoptar decisiones políticas (muchas de ellas convertidas en normas) que permitan diseñar políticas públicas para las que el conocimiento científico y tecnológico es condición *sine qua non*. Es decir, no solo para asesorar al Gobierno, sino también para guiar al Poder Legislativo. Eso lleva a plantear la cuestión específica del lugar de la ciencia en los Parlamentos, el asesoramiento científico en la tarea legislativa, que ha obtenido muy diferentes respuestas institucionales[18]. A mi juicio, el modelo de la Parliament Office of Science and Technology (POST), que lleva mucho tiempo consolidado en el Parlamento británico, parece particularmente apropiado[19].

No puedo ahora extenderme acerca de esta compleja cuestión, sobre la que, como es sabido, en nuestro país existe ya un instrumento específico, gracias a un convenio suscrito entre el Congreso de los Diputados y la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT), el pasado 21 de marzo de 2021, por el que se ha creado la denominada Oficina de Ciencia y Tecnología en el Parlamento, concebida como instrumento para la práctica de la asesoría científica en la vida parlamentaria (aunque es necesario precisar que, pese a la denominación, la Oficina solo presta asesoramiento a los diputados

---

[18] El *website* de European Parlamientary Technology Assessement, eptanetwork.org, reúne enlaces no solo a oficinas ubicadas en países europeos, sino también del resto del mundo. *Cfr*. también, por ejemplo, la presentación de experiencias comparadas sobre sistemas de asesoramiento parlamentario en ciencia y tecnología, ofrecida por la Dra. Sarah Foxen, directora de la oficina POST del Parlamento británico (agosto 2019).

[19] La información sobre la POST puede encontrarse en su *website*: https://post.parliament.uk/. Agradezco al catedrático de Astronomía y Astrofísica de la Universitat de València y miembro de la directiva de la Confederación de Sociedades Científicas de España (COSCE), profesor Vicent Martínez, su asesoramiento en ese estudio comparado y el contacto con la Dra. Sarah Foxen.

del Congreso, y al Congreso; no al Senado ni a los senadores). El proceso de creación de esa oficina se remonta a las propuestas de la ya mencionada iniciativa Ciencia en el Parlamento, y que, después de diversas negociaciones con esa organización y con la COSCE, entre otros interlocutores, desembocó en el mencionado convenio con la FECYT. En su presentación, la presidenta del Congreso de los Diputados sostuvo que «el convenio permitía institucionalizar la asesoría científica en la cultura parlamentaria española» y, así, proporcionar el apoyo de la ciencia ante la elaboración de las políticas públicas. El Congreso optó así por un modelo de oficina de carácter prospectivo, a la que la Cámara planteará en cada período los temas que pueden requerir la tarea de asesoramiento.

Sin perjuicio de que el tema requiere, como es obvio, un análisis específico y detallado, me limitaré a recordar la conveniencia de que, en la creación y funcionamiento de estas oficinas de asesoramiento, se mantengan las condiciones de autonomía e independencia de las Cámaras, tanto por lo que se refiere a su independencia del Gobierno[20] como en cuanto atañe a la competencia de la Cámara (a través de su Presidencia y de la Mesa). En particular, en todo lo relativo al respecto del principio de autonomía de la Cámara en cuanto afecta a su personal (por ejemplo, en la selección del personal laboral de esas oficinas debería salvaguardarse la competencia de la Mesa de la Cámara) e, incluso, lo que se da en calificar como *autonomía tecnológica* que, evidentemente, es cada vez más importante[21].

---

[20] Por ejemplo, respecto a la mencionada Oficina de Ciencia y Tecnología en el Parlamento, creada por convenio entre el Congreso de los Diputados y la FECYT, convendría que se matizara con cuidado y precisión el papel de la FECYT, puesto que esta agencia, aunque es una fundación del sector público cuya misión es impulsar la ciencia e innovación, promoviendo su integración y acercamiento a la sociedad, tiene una dependencia orgánica del Ministerio de Ciencia e Innovación. Por tanto, supone en cierto modo legitimar la presencia del Ejecutivo en la tarea del Legislativo.

[21] Sobre ello, remito al excelente artículo «Parlamento y Ejecutivo en la era digital: ¿hacia la autonomía tecnológica de las Cámaras?» (García Mexía y Pereira González, 2018).

Bibliografía

Aragón, M. (6 de julio, 2021). ¿Alarma o excepción? *Diario del Derecho*. https://www.iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1213081&popup=

Arbós, X. (31 de marzo, 2020). Derechos fundamentales y crisis sanitaria. *elperiodico.com*. https://www.elperiodico.com/es/opinion/20200331/articulo-xavier-arbos-derechos-fundamentales-crisis-sanitaria-7912195

Artal, P. (10 de abril, 2020). El gran fracaso de la ciencia española. *Jot Down*. https://www.jotdown.es/2020/04/el-gran-fracaso-de-la-ciencia-espanola/

Artigas Mayayo, M. (1992). Conocimiento humano, fiabilidad y falibilismo. *Anuario Filosófico*, 25(2), pp. 277-294.

Becker, R. Z., Castillón, F. y Condorcet, M. J. (1991). ¿Es conveniente *engañar al pueblo? Política y filosofía en la Ilustración: el concurso de 1778 de la Real Academia de Ciencias de Berlín*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Edición crítica, traducción y estudio introductorio de J. de Lucas.

Brands, H. W. (2008). *Traitor to his Class. The privileged Life and radical Presidency of Franklin Delano Roosevelt*. Doubleday.

Bush, V. (1999). Ciencia, la frontera sin fin. Un informe al presidente, julio de 1945. *Redes. Revista de Estudios Sociales de la Ciencia*, 6(14), pp. 89-156.

Bush, V. (2020). *Science, the Endless Frontier*. Princeton University Press.

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

Cruz Villalón, P. (23 de julio, 2021). Destripando al Tribunal Constitucional. *El País*. https://elpais.com/opinion/2021-07-23/destripando-al-tribunal-constitucional.html

Depraz, N. (14 de abril, 2020). Science et pouvoir: quand un aveugle guide un aveugle. *Libération*. https://www.liberation.fr/debats/2020/04/14/science-et-pouvoir-quand-un-aveugle-guide-un-aveugle_1785198/

Forsthoff, E. (1964). *Rechtsstaat im Wandel*. Kohlhammer.

Foxen, S. (Agosto 2019). *Estableciendo sistemas de asesoramiento en ciencia y tecnología a los parlamentos* [Presentación en taller]. Taller de Asesoramiento Científico Gubernamental: la Ciencia Esencia en la Toma de Decisiones del Gobierno, Bogotá, Colombia. https://www.ingsa.org/wp-content/uploads/2019/09/2.-Sarah-Foxen-Upload_ING-SA-POST-reduced.pdf

Freeman, E. y Skolimowski, H. (1974). The Search for Objectivity in Peirce and Popper. En P. A. Schilpp (ed.), *The Philosophy of Karl Popper* (pp. 464-519). Open Court.

García de Enterría, E. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Civitas.

García Figueroa, A. (8 de abril, 2020). Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación. *Almacén de Derecho*. https://almacendederecho.org/estado-de-alarma-estado-de-excepcion-y-libertad-de-circulacion

García Mexía, P. y Pereira González, M. (2018). Parlamento y Ejecutivo en la era digital ¿hacia la autonomía tecnológica de las Cámaras? *Revista de las Cortes Generales*, 105, pp. 247-270.

García Roca, J. (12 de julio, 2021). Constitucionalidad de la alarma. *El País*. https://elpais.com/opinion/2021-07-12/constitucionalidad-de-la-alarma.html

Hobbes, T. (2018). *Leviatán o La materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*. Alianza Editorial. Estudio introductorio por José Rafael Hernández Arias; traducción y notas, Carlos Mellizo.

Irti, N. (1978). *L'etá della decodificazione*. Giuffré.

Kant, I. (1982). *Sobre la paz perpetua*. Espasa. Traducción de F. Rivera Pastor.

Laporta, F. J. (2004). Teoría y realidad de la legislación: una introducción general. En A. Menéndez Menéndez y A. Pau Pedrón (dirs.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho* (pp. 29-88). Civitas.

Loeb, A. (30 de abril, 2020). Let's Create an Elite Scientific Body to Advise on Global Catastrophes. *Scientific American*. https://blogs.scientificamerican.com/observations/lets-create-an-elite-scientific-body-to-advise-on-global-catastrophes/

Luhmann, N. (1986). The Theory of social systems and its epistemology: Reply to Danilo Zolo critical comments. *Philosophy of the Social Sciences*, 16(1), pp. 129-134.

Moreno Pestaña, J. L., Pinedo García, M. de, y Villanueva Fernández, N. (12 de abril, 2020). Expertos: solo los míos son buenos. *Sinpermiso*. https://www.sinpermiso.info/textos/expertos-solo-los-mios-son-buenos

Nielsen, R. (2020). *Navigating the 'infodemic': key findings from our new report on how people access news about coronavirus*. Reuters Institute. https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/calendar/navigating-infodemic-key-findings-our-new-report-how-people-access-news-about-coronavirus

Pasquau Liaño, M. (20 de julio, 2021). La «alarma», la «excepción» y la «autoridad». *Contexto*. https://ctxt.es/es/20210701/Firmas/36702/sentencia-tribunal-constitucional-estado-alarma-excepcion-Miguel-Pasquau.htm

Pérez Luño, A. E. (1993). *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

Pérez Royo, J. (14 de abril, 2020). Alarma, excepción y sitio. *elDiario.es*. https://www.eldiario.es/contracorriente/alarma-excepcion-sitio_132_2259860.html

Platón. (1949). *La República*. Instituto de Estudios Políticos. Edición bilingüe. Traducción, estudio y notas de José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano.

Popper, K. R. (1963). *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*. Routledge.

Popper, K. R. (1977). *The Open Society and Its Enemies*. Routledge.

Presno, M. A. (2020). Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 54-65.

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

Quadra-Salcedo, T. de la. (22 de julio, 2021). Rompiendo el consenso constitucional. *El País*. https://elpais.com/opinion/2021-07-22/rompiendo-el-consenso-constitucional.html

Ross, A. (1961). El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, pp. 47-93.

Rousseau, J.-J. (1993). *El contrato social*. Ediciones Altaya. Traducción de María José Villaverde.

Schmitt, C. (1950). *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*. Internationaler Universitäts-Verlag.

Soriano, R. (23 de julio, 2021). La ilegal sentencia del Constitucional sobre el estado de alarma. *elDiario.es*. https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/ilegal-sentencia-constitucional-alarma_129_8161264.html

Truong, N. (10 de abril, 2020). Jürgen Habermas: «Dans cette crise, il nous faut agir dans le savoir explicite de notre non-savoir». *Le Monde*. https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/04/10/jurgen-habermas-dans-cette-crise-il-nous-faut-agir-dans-le-savoir-explicite-de-notre-non-savoir_6036178_3232.html

Urías, J. (14 de abril, 2020). Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión. *Al Revés y al Derecho*. http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5774

VV. AA. (2020). Prediction models for diagnosis and prognosis of covid-19: systematic review and critical appraisal. *BMJ*, 369. https://doi.org/10.1136/bmj.m1328

Weber, M. (1979). *El político y el científico*. Alianza Editorial. Edición de sus conferencias, con estudio introductorio de Raymond Aron y traducción de F. Rubio Llorente.

Yuste, R. y Gil, D. (7 de junio, 2020). Que la ciencia revolucione la política. *El País*. https://elpais.com/ideas/2020-06-06/que-la-ciencia-revolucione-la-politica.html

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 97-128
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1610

DE LOS PARLAMENTARIOS EN LAS LEGISLATURAS DE LA SEGUNDA REPÚBLICA ESPAÑOLA

ON THE PARLIAMENTARIANS IN THE LEGISLATURES OF THE SECOND SPANISH REPUBLIC

Octavio Ruiz-Manjón
Miembro de Número de la Real Academia de la Historia
https://orcid.org/0000-0002-8278-1650

Fecha de recepción del artículo: octubre 2021
Fecha de aceptación y versión final: noviembre 2021

RESUMEN

La proclamación de la Segunda República española, el 14 de abril de 1931, tuvo, entre sus primeras consecuencias, la modificación de un sistema electoral que contribuyó, de forma notable, a la modificación del personal parlamentario en las tres legislaturas de aquel periodo. A la novedad del sistema electoral, que primó las grandes circunscripciones electorales con el ánimo de evitar los mecanismos de deferencia, cuando no de abierta corrupción, se sumó la aparición de circunscripciones exclusivamente urbanas, que estaban animadas de las mismas intenciones. El resultado sería, desde las primeras elecciones, de junio de 1931, una profunda renovación del personal parlamentario que, dadas las características de la legislación electoral, se experimentó también, aunque en menor grado, en las dos elecciones siguientes. El artículo analiza las principales características de esa renovación.

Palabras clave: Congreso de los Diputados, parlamentarios, elecciones.

ABSTRACT

The proclamation of the second Spanish Republic, on April 14, 1931, had, among its first consequences, the modification of an electoral system that contributed notably to the modification of the parliamentary staff in the three legislatures of that period. In addition to the novelty of the electoral system,

which prevailed over large electoral districts with the aim of avoiding mechanisms of deference, if not open corruption, was added the appearance of exclusively urban districts, which were animated by the same intentions. The result would be, from the first elections in June 1931, a profound renewal of the parliamentary staff which, given the characteristics of the electoral legislation, was also experienced, although to a lesser degree, in the next two elections. The article analyzes the main characteristics of this renovation.

Keywords: Congress of Deputies, parliamentarians, elections.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS CORTES CONSTITUYENTES. *1. El decreto de convocatoria. 2. La elección del 28 de junio.* 2.1. Mujeres y curas en el hemiciclo. 2.2. Elecciones parciales. 2.3. El debate constitucional: el voto femenino. *3. Prácticas parlamentarias en la legislatura constituyente*. *4. El Reglamento provisional de las Cortes*. *5. Una agitada vida parlamentaria. 6. La masonería en las Cortes*. *7. Los nuevos dirigentes políticos de la República*. III. LEGISLATURA DE 1933. *1. La ley electoral de 1933. 2. Renovación parlamentaria 3. La constitución de las Cortes de la nueva legislatura*. *4. El Reglamento definitivo.* IV. LEGISLATURA DE 1936. *1. La Comisión de actas*. *2. Violencia en la calle y en el hemiciclo.* V. UNA TRISTE CONTABILIDAD. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

En la fecha de la proclamación del nuevo régimen republicano España llevaba casi ocho años sin elecciones parlamentarias. Las últimas se habían convocado a finales de abril de 1923 y, como era habitual, habían proporcionado una confortable, aunque dispersa, mayoría al Gobierno.

Las elecciones, sin embargo, habían sido las menos competidas en mucho tiempo. De los algo menos de cinco millones de varones españoles con derechos de voto, algo más de un millón cien mil –más de la quinta parte del total del censo– optaron por la abstención, mientras que un millón seiscientos cincuenta mil se vieron privados de la posibilidad de votar a causa del artículo 29 de la ley electoral vigente, de agosto de 1907, que establecía que «en los distritos donde no resultaren proclamados candidatos en mayor número de los llamados a ser elegidos, la proclamación del candidato equivale a su elección, y les releva de la necesidad de someterse a ella». Era una medida encaminada a la desmovilización del electorado que, en aquel año de 1923, se traduciría en que más de la mitad de los electores se quedaron sin emitir su voto (Martínez Cuadrado, 1969: 845).

Ocho años más tarde, un decreto de la Presidencia del Gobierno provisional de la República[1] modificaría la ley electoral de 1907, al solo efecto de la elección para las inmediatas Cortes constituyentes. El decreto confesaba una intención moralizadora de la vida política ya que, como se advertía en el preámbulo, era conveniente evitar «los graves inconvenientes que para la pureza del sufragio ofrece la vigente ley Electoral que, al establecer el sistema de mayoría por pequeños distritos unipersonales, deja abierto ancho cauce a la coacción caciquil, a la compra de votos y a todas las corruptelas conocidas».

De acuerdo con el nuevo texto legal, los antiguos distritos unipersonales se suprimían, salvo en el caso Ceuta y Melilla, y se establecían sesenta y una nuevas circunscripciones: cincuenta por las provincias, y once por las ciudades de más de cien mil habitantes.

[1] Decreto del 8.5.1931, en la *Gaceta de Madrid*, 10.5.1931.

Se establecía también el sufragio restringido, que antes solo se utilizaba en las circunscripciones y se exigía que los candidatos obtuvieran un porcentaje mínimo de votos para la validez de la elección.

La edad mínima para votar quedaba rebajada de veinticinco a veintitrés años, y las mujeres y los clérigos podrían presentarse a las elecciones, aunque las mujeres no pudiesen votar. Se elegiría un diputado por cada cincuenta mil habitantes, lo que estableció en 470 el número total de diputados. El artículo 29 de la ley de 1907, quedaba suprimido porque era una disposición que había facilitado la desmovilización del electorado.

II. Las Cortes Constituyentes

1. El decreto de convocatoria

Las elecciones se celebraron el domingo 28 de junio y, por si fuese necesario, se había fijado la fecha del 5 de julio para una segunda vuelta electoral, aunque después se retrasaría al día 12[2]. Las nuevas Cortes se reunirían en Madrid, el día 14 de julio.

Las elecciones se celebraron con normalidad (Tusell, 1982: 77-79) y, en la fecha fijada para la primera reunión de las Cortes, 422 diputados se habían dado ya de alta en el Congreso y la cifra se ampliaría con los elegidos en la segunda vuelta y en otras elecciones parciales que se prologaron hasta comienzos de noviembre de 1931. Al final, habría 470 diputados en aquella primera legislatura, que era la cifra prevista en el decreto de convocatoria[3].

La campaña electoral se había desarrollado en unas condiciones completamente nuevas, como era de esperar tras el cambio de régimen político que se había producido unos meses antes, y movilizó a sectores de la sociedad que, hasta entonces, habían tenido escaso protagonismo en la vida política. Muchos intelectuales, escritores y periodistas se sintieron llamados a la vida política, al igual que lo

---

[2] *Gaceta de Madrid*, 4.6.1931.

[3] Manuel Bartolomé Cossío, que había sido elegido por la capital madrileña el 4 de octubre de 1931, no prometió el cargo y no llegó a actuar como diputado, mientras que Tomás Ortiz de Solórzano y Ortiz de la Puente, fue elegido por Logroño el 8 de noviembre, para cubrir la vacante producida por el fallecimiento de Miguel Villanueva y Gómez. Estos dos últimos sí contaron como diputados en activo.

hicieron profesores y personas dedicadas a profesiones liberales, como la medicina. Pero también lo hicieron algunos dirigentes de partidos obreros o de organizaciones sindicales.

2. *La elección del 28 de junio*

El resultado sería que de los 470 diputados que formaron parte de aquellas Cortes constituyentes, 391 eran debutantes en el palacio de la Carrera de San Jerónimo, mientras que 72 habían formado parte del Congreso de los Diputados en alguna legislatura del periodo monárquico. La estadística se completaba con los siete diputados que habían participado también en la Asamblea Nacional, del periodo de la dictadura de Primo de Rivera, pero que no habían sido diputados en ninguna de las legislaturas monárquicas (Fernández Flórez, 1931: 7)[4].

Entre las nuevas caras aparecían intelectuales destacados, a la cabeza de los cuales habría que citar a Miguel de Unamuno y a José Ortega y Gasset, las dos figuras señeras del pensamiento español a la altura de 1930. También figuraron en aquella primera legislatura republicana algunas otras personalidades destacadas del mundo intelectual, como Gregorio Marañón, Ramón Pérez de Ayala, o Salvador de Madariaga.

Hubo también algunas figuras literarias conocidas que no consiguieron el escaño, como José Martínez Ruiz, *Azorín*, o Ramón María del Valle Inclán, o el músico Oscar Esplá. Tampoco fue propicia la convocatoria para personalidades de la vida periodística como Nicolás María de Urgoiti o Luis Montiel, por no hablar de Ángel Herrera Oria, director de *El Debate* madrileño, que quedó excluido en las elecciones de la capital española.

Aunque muchas de las caras fueran nuevas, la caracterización socioprofesional de los nuevos diputados no les alejaba en exceso de la que se había dado en las últimas legislaturas del periodo monárquico. Siguieron predominando los abogados, los periodistas y los profesores, y no se registraron diferencias significativas en cuanto a la edad de los diputados con respecto a las legislaturas anteriores (Gómez-Navarro *et al*., 1998: 110).

---

[4] Solo José Calvo Sotelo, Francisco Largo Caballero y Rafael Picavea Leguía tomaron parte, sucesivamente, en alguna de las legislaturas monárquicas, en la Asamblea Nacional de Primo de Rivera y en las Cortes constituyentes.

2.1. Mujeres y curas en el hemiciclo

En cualquier caso, una novedad especialmente significativa de las elecciones de junio de 1931 habría de ser la aparición de las dos primeras diputadas: Clara Campoamor Rodríguez y Victoria Kent Siano. En octubre, como resultado de una elección parcial en Badajoz, se les habría de añadir Margarita Nelken Mansberger. A las elecciones de junio habían comparecido nueve candidatas, pero solo dos resultaron elegidas. Entre las que se quedaron sin escaño se contaba la filósofa María Zambrano o Isabel de Palencia, que luego sería embajadora de España en Suecia.

También resultó llamativa la presencia de ocho clérigos en aquellas Cortes pero, en este caso, la situación no significaba ninguna novedad porque los clérigos ya habían sido frecuentes en los primeros pasos de las instituciones parlamentarias españolas, a comienzos del siglo XIX (Fuentes, 2002: párrafo 5).

Pese a las suspicacias suscitadas la actuación de ninguno de los dos grupos resultó determinante en la nueva legislatura. Las diputadas Campoamor y Kent solo tuvieron protagonismo cuando se debatió la cuestión del voto femenino, a comienzos de octubre de 1931, y no tuvieron otras intervenciones significativas, fuera de su participación en las comisiones parlamentarias o en la de contribuir, con su firma, a la presentación de enmiendas. Por lo demás, la señora Kent adquirió un cierto relieve social por su actuación como directora general de prisiones. Fue destituida de ese puesto al año de su nombramiento, pero quedó inmortalizada por Celia Gámez en un famoso chotis de la revista musical «Las Leandras», estrenada en noviembre de ese mismo año 1931. La letra de la canción pasaría hoy por ser una antología del lenguaje políticamente incorrecto.

En cuanto a los sacerdotes –casi todos ellos canónigos– se limitaron, muchas veces, a salvaguardar los intereses de la Iglesia en la nueva situación, y apenas se distinguieron en el debate político.

2.3. El debate constitucional: el voto femenino

La tarea primordial de las Cortes recién elegidas fue la redacción de una Constitución, que sustituyera a la de 1876, y los debates parlamentarios comenzaron a finales de agosto.

Una Comisión Jurídica Asesora, nombrada por el Gobierno provisional a primeros de mayo, había preparado un proyecto de Constitución, de claro matiz conservador, que fue entregado al Gobierno con anterioridad a la apertura de las Cortes constituyentes, pero que no encontraría el apoyo del mismo Gobierno ni de la Cámara, en donde se creó una comisión constitucional parlamentaria. El presidente de la Comisión Jurídica Asesora, el abogado madrileño Ángel Ossorio y Gallardo, que también había sido elegido diputado, ni siquiera fue incluido en la comisión parlamentaria y presentó su dimisión, como presidente de esa comisión asesora, a finales del mes de julio.

La Comisión Constitucional fue elegida el día 28 de julio y de ella formaron parte los señores Samper, Iglesias, Campoamor (Clara), Villanueva (Justo), Franchy, Ruiz-Fúnez, Jimenez de Asúa, Araquistáin, Gómez (Trifón), Bugeda, De Francisco, García-Alas, Valera, Botella Asensi, Rodríguez Pérez, Alomar, Xirau (Antonio), García Valdecasas, Castrillo, Gil-Robles, y Horn.

La Comisión Constitucional parlamentaria, que presidió el socialista Luis Jiménez de Asúa, se vio urgida en sus tareas por el Gobierno, que les pidió que completaran su trabajo en dos semanas y el proyecto de Constitución estuvo listo el día 18 de agosto[5].

El proyecto constaba de 121 artículos, organizados en diez títulos y tenía una orientación claramente izquierdista, por más que su presidente se empeñase en negar su tono socialista (Meer, 1978: 43-45). Se proponían unas Cortes unicamerales, se afirmaba el laicismo del Estado, y se abría la puerta a la creación de alguna autonomía regional, pensando, casi exclusivamente, en Cataluña, cuyos representantes ya habían manifestado sus reivindicaciones nacionalistas con ocasión del llamado Pacto de San Sebastián, del verano de 1930. El proyecto no permitía hablar de un Estado autonómico y se prefirió hablar de un *Estado integral*.

Algunos sectores del mundo católico reaccionaron inmediatamente contra el tono laicista del proyecto. «Es la más radical y sectaria de Europa –se leyó en el diario madrileño *El Debate*–. Casi

[5] Jiménez de Asúa (1942: 30). *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes (DSCC)*, 18.8.1931.

podríamos decir que del mundo, ya que tal vez sólo Méjico permita la comparación con el proyecto de España[6]».

La discusión del proyecto de constitución experimentó momentos de gran tensión a mediados de octubre de aquel 1931, cuando se discutieron los artículos relativos a las confesiones religiosas y a la práctica religiosa de los ciudadanos. Niceto Alcalá-Zamora, presidente del Gobierno provisional, se sintió obligado a dimitir y fue sustituido por Manuel Azaña. Miguel Maura se solidarizó con Alcalá-Zamora y la crisis parcial se cerró con la incorporación de José Giral. La orientación izquierdista del Gobierno se acentuaría desde entonces.

En relación con el sistema electoral la discusión del proyecto se había centrado en el artículo 34 del proyecto constitucional, que establecía que «los ciudadanos de uno y otro sexo» tendrían «los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes». Eso suponía, evidentemente, la aprobación del sufragio femenino en España, y la cuestión se traduciría, desde el día primero de octubre de 1931, en un encendido debate entre la diputada Campoamor –que estaba a favor de ese derecho, aunque no contase con el respaldo unánime de su partido, el radical[7]– y la diputada radical-socialista Victoria Kent, que pedía que se aplazase la medida. Esta se aprobó con una discreta votación de 161 votos contra 121, y quedó plasmada en el artículo 36 del texto definitivo de la Constitución. Casi 180 diputados se habían abstenido de participar en la votación, quizás para eludir los problemas que les podría plantear la disciplina de partido[8].

La aprobación del voto femenino quedó definitivamente establecida, pero su aplicación no justificó los recelos que había suscitado durante la discusión parlamentaria. Solo seis mujeres más –todas, menos una, de izquierdas– consiguieron el escaño en las otras dos legislaturas del periodo republicano y no hay ningún indicio de que el voto femenino distorsionara el comportamiento electoral de los españoles en las elecciones siguientes.

---

[6] «El camino de Méjico», 19.8.1931.

[7] El diputado radical José Álvarez Buylla se distinguió en las críticas a su compañera de partido en relación con la oportunidad de conceder el voto a la mujer.

[8] *Diario de sesiones de las Cortes constituyentes (DSCC)*, 1.10.1931.

La Constitución, finalmente, sería aprobada en la sesión parlamentaria del día 9 de diciembre de 1931. Votaron a favor 368, a los que se adherirían otros 17 en los días posteriores, mientras que los escasos diputados de la derecha se abstuvieron. Los parlamentarios pudieron dedicarse, desde entonces, a las tareas legislativas ordinarias.

3. Prácticas parlamentarias en la legislatura constituyente

Además del carácter novel de la gran mayoría de los nuevos diputados, ya señalada, el ambiente de la vida parlamentaria cambió radicalmente en aquella legislatura que se inauguró en la solemne sesión del 14 de julio de 1931. Era la consecuencia lógica de la conciencia revolucionaria, a la vez que pacífica, que se había apoderado de los protagonistas del nuevo régimen[9]. El propio Alcalá-Zamora, presidente del Gobierno provisional, habló de revolución en el discurso inaugural de las Cortes constituyentes, y Baroja escribiría más adelante: «la gente pensaba en la revolución como en una fiesta» (Baroja, 1949: 1099).

En los días previos a la sesión inaugural de aquella legislatura fueron frecuentes las informaciones periodísticas que trataban de describir el nuevo clima político. Ortega y Gasset había reclamado cambios efectivos en vísperas del inicio de las sesiones parlamentarias[10] y no faltarían los parlamentarios dispuestos a secundarle en sus demandas.

El mismo día de la sesión inaugural de las Cortes aparecieron unas declaraciones de Clara Campoamor a la prensa en favor del voto femenino[11] y la cuestión se convertiría en recurrente a partir de ese momento. La revista frívola madrileña *Crónica* venía publicando, desde comienzos de junio, una serie de crónicas con declaraciones sobre cual debería ser la labor de las mujeres en la República. En la encuesta participaron algunas figuras conocidas como María Lejárraga, María Luisa Navarro de Luzuriaga, Margarita Nelken, y Hildegarth Rodríguez. Por lo demás, la presencia de las mujeres en la vida política sería alentada también por otras publicaciones feministas más

---

[9] Cabrera (1995: 15). También en M. Álvarez Tardío y R. Villa (2010: 11), y en M. Álvarez Tardío (2008: 186 y 191-192. Posición matizada en S. Juliá, 2006: 26.

[10] «Hay que cambiar el signo de la República». *Crisol*, Madrid, 13.7.1931.

[11] *Heraldo de Madrid*, 14.71931.

serias como fue la revista madrileña *Mundo femenino*, que dirigieron, por aquellos años, Benita Asas Manterola y Julia Peguero.

Otro aspecto, aunque externo, para apreciar el cambio que se acababa de producir en el personal parlamentario fue el de la indumentaria con la que asistían a las sesiones. La cuestión fue especialmente preocupante para los partidos de implantación proletaria, deseosos de marcar distancias con las formas burguesas que habían prevalecido en la vida parlamentaria en las precedentes legislaturas monárquicas. Las viejas imágenes de algunos cuadros de Asterio Mañanós –con sus largos gabanes y sus levitas– quedaban ya muy lejos y los nuevos parlamentarios tuvieron que resolver el problema de cuál era la indumentaria más adecuada para acudir a las sesiones del Congreso.

En líneas generales, se impuso el traje moderno –chaqueta y americana– con un esperable predominio de los tonos grises, pero tampoco faltaron los que utilizaron este pretexto para dar una nota discordante. Bruno Alonso, que compareció en las Constituyentes como representante socialista por Santander, «apareció en el hemiciclo tal como salía del taller: en alpargatas y sin cuello» (Higón, 1933: 111), y se preguntaba retóricamente: «¿Por qué hemos de gastar sombrero si no nos lo hemos puesto nunca? ¿Y la corbata? La corbata no la necesitamos tampoco, porque ni la corbata ni el sombrero nos quitan ni nos dan nada» (Alonso, 2005: 88).

Con todo, ni siquiera los socialistas se abstuvieron del uso del frac en alguna ocasión solemne[12], aunque los hábitos indumentarios hubieran cambiado de forma patente.

Esos diputados impusieron también un estilo oratorio diferente, aunque hubiera alguno, entre los que cabría considerar al propio Niceto Alcalá-Zamora como el más representativo, que parecía aún anclado en el pasado. Su forma de hablar mereció la crítica del principal dirigente de la oposición, que no se detuvo en los aspectos formales: «La forma, correctísima, aunque sobrado pretenciosa;... los periodos brillantes, si bien oscuros a veces... Pero, junto a esto, ¡qué lamentable fondo de vaciedades, injusticias y lugares comunes!; ¡Qué vanidad tan desbordada y enfermiza!» (Gil Robles, 1968: 46).

---

[12] *Ahora*, Madrid, 12.12.1931.

En cualquier caso, la forma de hablar había cambiado en estas legislaturas y se impuso una forma más llana y directa de expresarse. Manuel Azaña puede considerarse el tipo más representativo de las nuevas tendencias, como se encargaría de subrayar Juan Marichal, que no dudó en apuntar el ascendiente parlamentario británico de esas nuevas formas: «Se puede afirmar, sin arbitrariedad alguna, que Manuel Azaña fue el gran orador político de la segunda República española, y quizá el más original de la historia parlamentaria de la España moderna. La llamada *revelación* de Azaña en las Cortes Constituyentes –dejando ahora de lado sus evidentes dotes de gobernante ejecutivo– fue justamente la manifestación de un nuevo estilo de oratoria política española» (Marichal, 1966: 11).

Un nuevo estilo en el que, sin embargo, el propio Marichal, no ha dejado de señalar antecedentes que permitirían situar a Azaña en la estela de Cristino Martos, José Canalejas y el mismo Antonio Cánovas. El mismo Azaña, que ya estaba acostumbrado a dirigir debates en el Ateneo madrileño, era consciente de la eficacia de sus palabras en el nuevo escenario:

> Hablé con el salón de bote en bote, y en medio de un silencio sepulcral. No había en la sala los molestísimos ecos que advertí en otras dos veces que he hablado brevísimamente. Y el oírme bien, así como la expectación general, me pusieron en mi terreno. Me encontré tan dueño de mí y del auditorio como en el Ateneo. Hablé muy poco tiempo, con el asentimiento de todos, y desde el primer momento hallé el tono parlamentario, y el aplomo y la tranquilidad que habían faltado durante la sesión (Azaña, 2007, 3: 724).

También hubo quien alabó las facultades oratorias de otro político del momento, Fernando de los Ríos. Así lo había descrito la revista *España*, a los pocos meses de debutar en el Parlamento:

> Rara vez se eleva el Parlamento español sobre el lugar común, sobre el tópico anodino, sobre la frase plebeya, sobre el chiste soez, sobre el tono ululante, sobre la ignorancia o la negación de los principios humanos más elementales. Una de las raras excepciones fue el discurso pronunciado por Fernando de los Ríos, diputado socialista por Granada, fundamentando las bases presentadas por la minoría socialista; discurso adornado de dos condiciones insólitas

> en nuestra oratoria política: preocupación ideal por los principios y preocupación literaria por la forma [13].

Durante aquellas legislaturas republicanas seguiría contando con el aprecio de algunos otros testigos aunque, en este punto, las valoraciones distaban de ser unánimes [14].

Como ya se ha señalado, en aquellas Cortes constituyentes se habían dado cita algunas de las personalidades más destacadas de la vida intelectual española del primer tercio del siglo XX, como eran Unamuno y Ortega y Gasset, por lo que sus intervenciones parlamentarias fueron seguidas con mucha atención, aunque no tardase en quedar claro que la retórica académica no tenía por qué tener la misma eficacia que la que se exigía en los quehaceres políticos de la Cámara. Y ahí fue donde se revelaron las buenas dotes polémicas de Azaña, al igual que las de José María Gil Robles que, a través de sus intervenciones parlamentarias se consolidaría como jefe de las minorías de la oposición conservadora.

4. El Reglamento provisional de las Cortes

La mecánica del trabajo parlamentaria quedó fijada por un reglamento provisional que fue aprobado el 18 de julio de 1931, a los pocos días del comienzo de las sesiones. Constaba de 79 artículos organizados en once títulos[15].

El primero de ellos –de la Junta preparatoria– convalidaba lo que ya se había producido en la víspera de la apertura solemne de las sesiones, mientras que el título segundo se dedicaba a la constitución interina de las Cortes en la misma sesión de apertura, que se había completado con la elección de un presidente interino, de cuatro vicepresidentes y de cuatro secretarios. Todos ellos constituirían la Mesa interina. En la elección de vicepresidentes y secretarios se aplicaría un voto restringido –tres nombres para la elección de los vicepresidentes; dos para el caso de los secretarios– que parecía encaminado a asegurar la presencia, en la Mesa, de algunas minorías parlamentarias.

---

[13] «Para una antología parlamentaria». *España*, Madrid, 251, 21.2.1920. Opinión similar en T. Borrás, «Impresiones de la sesión», *El Sol*, Madrid, 11.2.1920.

[14] Jiménez de Asúa, 1951: 10. Una valoración menos positiva en M. Azaña, 2007, 3: 707.

[15] El título XII, sobre los presupuestos, se añadiría el 22 de noviembre de 1932.

El título III era especialmente interesante porque contemplaba la existencia de fracciones o grupos parlamentarios, de acuerdo con la declaración de cada diputado. Para la constitución de un grupo se exigían, cuando menos, diez diputados, lo que les daba derecho a participar en las diversas comisiones, en proporción a su fuerza numérica. Cada grupo nombraría un presidente y un secretario.

El examen de las actas y su calidad eran el objeto del título IV, que lo remitía a una comisión de veintiún miembros elegida por la Cámara, aunque los diputados solo podrían incluir hasta catorce nombres en el proceso de elección. Se intentaba, una vez más, de asegurar la presencia de algunas minorías parlamentarias.

De hecho, la Comisión de Actas fue aprobada, por aclamación, en la sesión del 4 de agosto y estuvo constituida por cinco socialistas, cuatro radicales, tres radicalsocialistas, dos catalanistas de Esquerra, mientras que otros siete grupos, de los que solo tres podían considerarse de la oposición de derechas, contaban con un representante. La comisión la presidiría uno de los diputados socialistas.

Las Cortes se constituirían definitivamente el 27 de julio cuando estuviesen aprobados la mitad, más uno, de los diputados, tal como establecía el título V del reglamento provisional. Junto al presidente, Julián Besteiro, que obtuvo 326 votos, de los 332 emitidos, las vicepresidencias correspondieron a los señores Barnés, Marraco, Castrillo y Madariaga (D. Salvador de), mientras que, para las secretarías fueron elegidos los señores Ramos, Vidarte, Sánchez-Covisa y Aldasoro. Ninguno de los ocho componentes de la Mesa pertenecía a las filas de la oposición conservadora.

El título VI establecía que, constituidas definitivamente las Cortes, se nombraría una comisión especial, también de veintiún miembros, que presentó a las Cortes el proyecto de Constitución (art. 21). Una vez más, la mayoría correspondió a los socialistas (cinco miembros) que, además, ostentaban la presidencia de la comisión (Jiménez de Asúa).

Los radicales de Lerroux solo contaron con cuatro votos y tres de los radicalsocialistas, mientras que otros grupos tuvieron que contentarse con un voto. Los grupos de oposición de derechas quedaron reducidos a dos votos: el del agrario José María Gil-Robles

y el del vasco José Horn y Areilza. Era claro el propósito de preparar una constitución de izquierdas, como lo era el Gobierno provisional.

Los derechos y deberes de los diputados quedaron fijados en el título VIII del reglamento provisional. En el articulado se afirmaba la inviolabilidad e inmunidad de los representantes de la nación, que no podrían ser procesados si las Cortes no concedían el suplicatorio que se les dirigiese por la autoridad judicial.

También se reconocía el derecho de los diputados a recibir una asignación mensual de mil pesetas, además de la libre circulación «por todas las vías férreas, no particulares, y por las marítimas y aéreas subvencionadas». La de parlamentario pasaba a ser una profesión remunerada aunque no faltarían los que juzgaron insuficiente la compensación económica que fijó aquel reglamento.

El funcionamiento de la Cámara era el objeto del título VIII pues sus artículos se dedicaban a fijar las responsabilidades de la Mesa, la mecánica de los debates y los procedimientos de las votaciones. En ellos se fijaba el *quorum* para las propuestas y las votaciones. Se señalaba que «para adoptar acuerdos respecto a artículos o enmiendas del proyecto constitucional se requerirá la presencia de cien diputados» (art. 52).

Los tres últimos títulos del reglamento –IX al XI– se dedicaban, respectivamente, al gobierno interior de las Cortes; al itinerario de los proyectos y proposiciones de ley; y a la presentación de peticiones a las Cortes.

5. *Una agitada vida parlamentaria*

Las previsiones reglamentarias se tradujeron, en la práctica, en una vida política en la que el Congreso de los Diputados se convirtió en el verdadero centro. Eso ha llevado a algunos historiadores a la afirmación de que, por primera vez existió en España un verdadero sistema parlamentario (Marichal, 1966: XXX-XXXI). La afirmación resulta arriesgada, pero también parece poco dudoso que nunca, como hasta entonces, el Parlamento se había convertido en el casi exclusivo escenario de la vida política española. El Gobierno provisional pasaba allí la mayor parte de su tiempo y las discusiones del hemiciclo condicionaban la vida diaria de los ministros. No fue infrecuente que algunos de ellos, después de retirarse a su casa, tuvieran que regresar apresuradamente

al Congreso porque los debates habían conducido a situaciones tensas que resultaban amenazadoras para la misma estabilidad del Gobierno.

La agresividad de algunos de estos diputados se tradujo, además, en conatos de violencia que llegaron al mismo salón de sesiones. Un escritor de aquellos días dejó constancia de las frecuentes agresiones que, ordinariamente, terminaban con fórmulas de arreglo y reparación en el despacho del presidente del Congreso. En alguna ocasión, incluso salieron a relucir las pistolas, como ocurrió en un sonado caso del que fue protagonista Indalecio Prieto. De todas maneras, este incidente no debe magnificarse porque, como explicaría, años después otro diputado de entonces, la violencia de los debates «no llegaron nunca a ponerme en el trance de tener que defenderme con la pistola que llevaba siempre en los bolsillos, como todos los diputados militantes»[16].

No fue, por eso, infrecuente la apelación a la guerra civil, que era un motivo recurrente en la retórica revolucionaria desde comienzos del siglo XIX, y aún habría que remitirla a los discursos de los revolucionarios franceses de 1789. Miguel de Unamuno lo utilizó a comienzos del siglo en sus discursos y argumentaba que las guerras civiles carlistas sirvieron para traer las libertades y el argumento encontraría eco en otros escritores[17].

Al propio Unamuno le pudo corresponder el dudoso honor de ser el primero en invocar la guerra civil en una de sus escasas intervenciones parlamentarias en aquellas Cortes constituyentes: «Me he criado, desde muy niño, en medio de una guerra civil y no estoy muy lejano de aquello que decía el viejo Romero Alpuente de que la guerra civil es un don del Cielo. Hay ciertas guerras civiles que son las que hacen la verdadera unidad de los pueblos. Antes de ella, una unidad ficticia; después es cuando viene la unidad verdadera. Y ¿qué mas da que hagamos la guerra civil?»[18].

A pesar de que la tarea del historiador es la de comprender el pasado en su contexto, no se pueden leer estas palabras sin un cierto escalofrío, a la vista de lo que habría de suceder unos años más tarde, y de la experiencia que habría de sufrir el propio Unmuno.

---

[16] Repetidos incidentes parlamentarios en Gómez Fernández, 1933: 15. Pistola de Indalecio Prieto en Cabrera, 1995: 15. Testimonio de diputados con pistola en Balbontín, 1952: 260.

[17] Unamuno, Guerra civil. *Alma española*, Madrid, 30.4.1904.

[18] *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes* (*DSCC*), 22.10.1931.

6. *La Masonería en las Cortes republicanas*

Un capítulo habitual cuando se habla de las Cortes de la Segunda República es el de la constatación del alto número de masones que actuaron en ellas. Esa realidad era notoria para los españoles de entonces y no dejó de ser utilizada en la publicística de los críticos del régimen republicano. Por otra parte, la existencia de una rica documentación sobre las actividades masónicas, que fue recogida en el archivo que se organizó en Salamanca, desde los comienzos de la guerra civil para proceder contra los afiliados a la Masonería, ha permitido detallados estudios sobre este aspecto del periodo republicano. En todo caso, la evaluación del papel de los masones en la política republicana ha conducido a resultados muy desiguales.

El primer aspecto que se suele resaltar en este sentido es el de la pertenencia a la orden masónica de un buen número de los dirigentes del nuevo régimen. Junto con el nuevo ministro de Comunicaciones, Diego Martínez Barrio, que desempeñó el cargo supremo de gran maestre del Gran Oriente Español, también militaron en la Masonería los ministros del nuevo Gobierno provisional Álvaro de Albornoz, Santiago Casares Quiroga, Marcelino Domingo, Alejandro Lerroux y Fernando de los Ríos. Incluso Manuel Azaña, que siempre había manifestado un escaso interés por la organización, aceptaría su iniciación en la misma a comienzos de marzo de 1932[19].

El alto número de masones en las Cortes constituyentes fue puesto de relieve por uno de los testigos de aquellos años, el socialista Juan-Simeón Vidarte –también él masón–, que avanzó las primeras cifras sobre la filiación masónica de los diputados, aunque estas hayan sido rectificadas en los numerosos estudios posteriores. Según nuestros datos, 163 de los 470 diputados de las Cortes constituyente fueron masones durante aquella legislatura. Esto supone más un tercio del total de diputados, una proporción extraordinariamente superior a la implantación de la Masonería en el conjunto de la sociedad española de entonces. Otro asunto, mucho más difícil de precisar, es el de los objetivos y mecanismos de influencia de esos masones en la vida política, sobre lo que hay mucha menos información, aunque la historiografía sobre el tema sea muy abundante.

---

[19] *El Liberal*, Madrid, 6.3.1932.

7. *Los nuevos dirigentes políticos de la República*

Además de los componentes del nuevo Gobierno provisional de la República, el régimen republicano se tuvo que preocupar de dotarse de una nueva clase dirigente desde el mismo momento de su implantación y, lógicamente, esa necesidad tuvo también su reflejo en las Cortes constituyentes.

Miguel Maura ha dejado una imagen muy viva, y a veces divertida, de lo que fue ese proceso de sustitución de la clase dirigente, que hubo que acometer desde el mismo momento de la proclamación del nuevo régimen. En sus memorias[20], que constituyen uno de los más tempranos testimonios de aquel periodo republicano, el que ya se había convertido en el nuevo ministro de la Gobernación del Gobierno provisional de la República ha contado que se puso a llamar a todos los gobiernos civiles de las diversas provincias españolas y a nombrar nuevos gobernadores de acuerdo con la escasa información de la que se disponía en aquel momento: la recomendación habitual era que el antiguo gobernador entregase el mando al presidente del comité republicano provincial o al presidente de la Audiencia[21].

El resultado fue que la *Gaceta de Madrid* del día 17 de abril de 1931 apareció con treinta y nueve decretos de la presidencia del Gobierno provisional en los que se nombraba a otros tantos gobernadores provinciales, que se añadieron a Eduardo Ortega y Gasset, que ya había sido nombrado gobernador de la provincia de Madrid en la *Gaceta* del mismo día 15. Esos nombramientos, complementados con otras combinaciones de mandos militares y cargos de la administración central del Estado serían decisivos en la puesta en marcha de una nueva administración.

La rapidez –y, también, cierta improvisación– de los nombramientos provocaría que, en los días siguientes, se revocasen algunas designaciones, pero el proceso continuaría durante el resto del mes de abril y comienzos de mayo.

---

[20] M. Maura (2007): 15. Aunque hubo una primera versión, impresa en México en 1962, y también se puso México en el pie de imprenta en la edición de Ariel de 1966, el libro se había impreso en Barcelona. Aquí se utilizará la edición del 2007, editada y revisada por Joaquín Romero Maura.

[21] *Ibídem*: 262-263.

Cuando, el día 10 de mayo de 1931, se hizo público el decreto que convocaba las elecciones para las Cortes constituyentes muchos de estos nuevos dirigentes se sintieron llamados a participar en las nuevas tareas parlamentarias y, de hecho, fueron muchos los cargos públicos que se incorporaron a la nueva Cámara. La excepción la constituyeron, en algunos casos, los gobernadores civiles, que se vieron obligados a dimitir para poder presentarse como candidatos.

En todo caso, nos parece que fue muy alto el número de diputados que ejercieron también cargos políticos en la Administración central o provincial. A veces, simultaneándolos con sus compromisos como diputados.

Noventa y uno del total de los diputados que intervinieron en algunas de las legislaturas republicanas llegaron al cargo de ministros. En realidad, sería mejor llamar la atención sobre la excepcional situación de los pocos ministros que no consiguieron el acta parlamentaria en ninguna de aquellas elecciones. En ese caso estuvo, por ejemplo, Agustín Viñuales Pardo, que fue ministro de Hacienda desde junio a septiembre de 1933, bajo la presidencia de Manuel Azaña. También el de Domingo Barnés Salinas, ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes, en el Gobierno de Alejandro Lerroux que cerró aquella legislatura. Fueron los únicos casos de ministros no diputados en la legislatura de las Cortes constituyentes.

La situación fue ya más habitual en las dos legislaturas posteriores. Joaquín Dualde Gómez fue ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes, desde diciembre de 1934, bajo la presidencia de Alejandro Lerroux. De ese mismo Gobierno formaban también parte José Oriol y Anguera de Sojo, ministro de Trabajo, y César Jalón, ministro de Comunicaciones, que tampoco fueron diputados de la segunda legislatura republicana.

En los numerosos Gobiernos de 1935 la situación se hizo aún más frecuente. No fueron parlamentarios los dos titulares de las carteras militares, lo que no dejaba de tener su lógica, como tampoco los fueron Alfredo Zavala y Lafora (Hacienda), Ramón Prieto Bances (Instrucción Pública) y Juan José Benayas (Agricultura). Cinco ministros en total. Los Gobiernos comenzaban a perder sus conexiones con la vida parlamentaria, situación que aún se había acentuado en los meses finales de aquella segunda legislatura de 1933 a 1935.

En el Gobierno que se constituyó el 19 de febrero de 1936, como consecuencia de las últimas elecciones del periodo republicano, todos eran diputados recién elegidos, salvo Plácido Álvarez-Buylla (Industria y Comercio), y el general Masquelet, que dirigió el Ministerio de la Guerra. La situación apenas se modificaría el 13 de mayo, cuando Santiago Casares Quiroga accedió a la presidencia del consejo de ministros pues, aparte de Plácido Álvarez-Buylla, que seguía en el mismo ministerio, solo carecían de la condición de parlamentarios Juan Moles Ormella (Gobernación) y Francisco Barnés (Instrucción Pública). Este último había sido diputado de las Cortes constituyentes pero no tuvo acta parlamentaria en las dos legislaturas siguientes.

Ni que decir tiene que el estallido de la guerra civil dio al traste con esa buscada sintonía entre el Parlamento y los ministros del Gobierno. En los Gobiernos que se constituyen a partir del 18 de julio son numerosos los diputados, pero la condición parlamentaria dejará de ser un criterio para la inclusión en los sucesivos gabinetes. Además, los partidos políticos también dejaron de ser la referencia exclusiva para la incorporación a los equipos ministeriales, en donde, por el contrario, se hicieron presentes los sindicatos e, incluso, la potente organización anarquista, que había condicionado extraordinariamente la vida política durante los años anteriores.

Por otra parte, no solo fueron los ministros los que contribuyeron a consolidar la fuerte relación del Parlamento con la alta Administración del Estado. Setenta y cuatro de aquellos diputados de las legislaturas republicanas fueron también subsecretarios de diversos ministerios, compatibilizando frecuentemente ambas tareas, y un número similar –setenta y tres– desempeñaron las tareas de directores generales.

Hubo también casi medio centenar de diputados que desempeñaron cargos en diversos organismos del Estado (vg.: Consejo de Estado, Tribunal de Garantías Constitucionales, delegados del Gobierno en compañías estatales, etc.) y también hubo una veintena de diputados que trataron de conciliar, a veces, sus deberes parlamentarios con el cargo de embajador de España en diversos países. Entre ellos estaban algunas de las personalidades más conocidas de la vida española de aquellos años, como Salvador de Madariaga, Leandro Pita Romero, Luis Jiménez de Asúa, Luis de Zulueta, Álvaro de Albornoz

o Ramón Pérez de Ayala. Este último sumaría, a su condición de embajador, la de director del Museo del Prado.

Un caso muy peculiar sería el de los gobernadores civiles, cargo que les impedía presentarse a las elecciones. En las legislaturas republicanas hubo casi medio centenar de diputados que, en algún otro momento, desempeñaron el cargo de gobernador civil de diversas provincias. Cabe señalar, en ese sentido, que casi la mitad de ellos –veintitrés– pertenecieron a la primera oleada de gobernadores, nombrados por Miguel Maura en los momentos iniciales del régimen republicano.

En conjunto, 282 diputados de alguna de las tres legislaturas desempeñaron también algún cargo, de los nombrados por los diferentes Gobiernos. Eso significa que casi el 30 % del total de diputados actuaron también como correa de transmisión entre el poder legislativo y el ejecutivo. Dada la dificultad de establecer comparaciones con otras épocas o países, nos permitimos avanzar la conclusión de que las relaciones entre ambos poderes fueron considerables.

III. La legislatura de 1933

El Gobierno experimentó diversos reveses desde comienzos de 1933 y, en septiembre, la elección de vocales regionales del Tribunal de Garantías Constitucionales significó una nueva derrota que llevó a la dimisión del gabinete presidido por Manuel Azaña y a su sustitución por un Gobierno, de coalición estrictamente republicana, con exclusión de los socialistas, que presidió Alejandro Lerroux.

Sin embargo, el apoyo parlamentario del Gobierno Lerroux se resquebrajaría en cuanto se presentó en la Cortes, lo que llevó a la formación de un nuevo Gobierno, presidido por Diego Martínez Barrio, que contaría con los decretos presidenciales de disolución del Congreso de los Diputados y de convocatoria de nuevas elecciones. Las elecciones se celebrarían el 19 de noviembre y, si fuese necesaria una segunda vuelta, esta se celebraría el 3 de diciembre. Las nuevas Cortes se reunirían el 8 de diciembre[22].

[22] *Gaceta de Madrid*, 10.10.1933.

1. La ley electoral de 1933

Con anterioridad a la convocatoria de estas elecciones, se había aprobado una ley electoral, la de 27 de julio de 1933, que modificaba la antigua ley de agosto de 1907 y el decreto de mayo de 1931, en lo referente a las elecciones de concejales y de diputados[23]. De cara a las nuevas elecciones de diputados convocadas, la ley no entrañaba otras modificaciones significativas que el aumento hasta 150 000 de la cifra de población para que algunas ciudades pudiesen tener circunscripción propia, y la exigencia de algún candidato obtuviese el 40 por ciento de los votos emitidos. La primera modificación supuso la eliminación de tres circunscripciones urbanas (Cartagena, Córdoba, y Granada), mientras que la segunda apuntaba a la exigencia de candidaturas fuertes que favorecieran la concentración del voto (Villa García, 2011: 210 y 212).

La ley electoral de 1933, en su breve texto, confirmaba las innovaciones introducidas por el decreto de mayo de 1931, estableciendo un sistema electoral que dificultaba el funcionamiento de los antiguos procedimientos caciquiles y consolidaba la existencia de circunscripciones urbanas, que quedaban protegidas de las posibilidades de manipulación que se podían dar en los entornos rurales.

Estas nuevas condiciones, más las circunstancias específicas, determinaron un proceso electoral que se desarrolló con relativa normalidad y en donde la principal novedad consistió en la incorporación del voto femenino, que se había conseguido tras la aprobación los artículos 2, 25 y 36 de la Constitución de diciembre de 1931.

Cundió entre algunos políticos el temor de que el voto femenino fuese condicionado en exceso por la presión que pudiera ejercer el claro católico[24] pero esos temores no se confirmarían a la hora del voto, en la que también se pudo contar con una fuerte proporción de electorado femenino de izquierdas, que restó cualquier significado especial a la incorporación del voto femenino.

---

[23] *Gaceta de Madrid*, 28.7.1933.

[24] Esa parece que fue la opinión de Indalecio Prieto (J. S. Vidarte, 1978: 19). «En las próximas Cortes disfrutaremos de cincuenta curas y cincuenta beatas». (L. Higón, 1933: 66). José María Quiroga Plá: «las mujeres españolas votaron como un sólo cura» (R. Lapesa, 1999: 37).

2. *Renovación parlamentaria*

Para los 473 escaños en disputa se presentaron 1875 candidatos, que era un número sensiblemente inferior al de los que lo habían hecho en 1931. El régimen republicano había comenzado a consolidarse, al igual que los partidos políticos, y las elecciones empezaban a dejar de ser una oportunidad para los aventureros de la vida política. En todo caso, cada escaño fue disputado por casi cuatro candidatos, lo que no parecía ningún indicio de que las elecciones fueran especialmente competidas, ya que las candidaturas con opciones reales de victoria no eran demasiadas, mientras que también fue frecuente la concurrencia de candidaturas que apenas tenían otro valor que el testimonial.

El resultado de la primera vuelta se tradujo en la elección de 372 diputados, lo que significaba que quedaron más de cien escaños por cubrir en las elecciones que se sucedieron hasta finales de ese mismo año. La segunda vuelta electoral tuvo lugar el domingo 3 de diciembre, y aún hubo dos elecciones parciales a finales de ese mismo mes.

Al terminar los diversos procesos electorales quedaron elegidos 466 diputados, que no cubrieron los 473 escaños convocados en la elección. La ausencia se debió, en casi todos los casos, a diputados que habían sido elegidos en dos circunscripciones, por lo que tuvieron que dejar vacante una de ellas. Esas vacantes no se cubrirían, posteriormente, con ninguna otra elección parcial.

Doscientos setenta y dos de ellos –mucho más de la mitad– eran debutantes en las tareas parlamentarias, lo que era la consecuencia lógica del cambio político que se había producido en aquellas elecciones, en las que los partidos de centro y los de la derecha habían alcanzado una victoria concluyente.

Pero también significaba que, una vez desaparecida la clase política de la época monárquica y del apenas esbozado proyecto de la dictadura de Primo de Rivera, comenzaba a aparecer una nueva clase política compatible con las instituciones republicanas, a pesar de las reticencias que los antiguos republicanos, y los socialistas, demostraron a estos sectores del mundo conservador.

La Acción Nacional, constituida en torno de Ángel Herrera a los pocos días de proclamada la República, se había transformado, por imperativo legal, en Acción Popular a finales de abril de 1932, que se

había convertido, desde marzo de 1933, en el elemento aglutinador de la Confederación Española de Derechas Autónomas (CEDA), que había sido la gran triunfadora de las elecciones de finales de ese mismo año[25]. Sus 109 diputados harían de ella la minoría parlamentaria más numerosa de aquella segunda legislatura y, por lo tanto, el eje de la vida política del momento.

Casi una centena de esos diputados eran nuevos en las lides parlamentarias y, en conjunto, representaban la irrupción en el parlamento de una clase política joven y, en la mayoría de los casos, con una experiencia académica y profesional de calidad que compensaba, en muchas ocasiones, su evidente bisoñez política. Entre ellos predominaban claramente los abogados, que eran casi la mitad del total, y los ingenieros, y también había un pequeño grupo de catedráticos de universidad, a los que se sumaban un par de catedráticos de instituto.

La edad media de esos diputados estaba en torno a los cuarenta años. No había nadie mayor de setenta, y nueve de ellos estaban por debajo de los treinta. Apenas habían tenido experiencia política con anterioridad a la proclamación de la República. Entre las personalidades más destacadas de aquella minoría cabía contar, aparte de José María Gil-Robles, su máximo dirigente, a Cándido Casanueva, que también había participado en las Cortes constituyentes. Algunos de los más conocidos, entre los debutantes, serían Manuel Giménez Fernández, catedrático de la Universidad de Sevilla; Francisca Bohigas Gavilanes, la única diputada de derechas en aquellas Cortes; Luis Lucia, segundo de a bordo de la nueva formación; Jesús Pabón y Suárez de Urbina, gran historiador; Federico Salmón, catedrático y ministro de Trabajo, que sería asesinado en Paracuellos; Geminiano Carrascal, estrechamente ligado a Gil-Robles; o Luis Alarcón de la Lastra, que sería ministro en uno de los primeros Gobiernos de Franco.

Se trató de una minoría muy bien organizada que, sin embargo, no consiguió imprimir su carácter a los trabajos parlamentarios: «No me cansaré de proclamar la abnegada disciplina de la inmensa mayoría de los miembros del grupo parlamentario. Obligados a secundar, por patriotismo, una política que pugnaba muchas veces con sentimientos

[25] Gil Robles (1968): 84-86. *El Debate*, Madrid, 5.3.1933.

muy arraigados; ignorantes, con frecuencia, por exigirlo así la discreción, de muchas causas»[26].

La minoría parlamentaria no conseguiría triunfar en su primera y fundamental tarea: reclamar el protagonismo político y su presencia en el Gobierno, tal como le correspondía por ser la minoría más numerosa de aquellas Cortes. Consideraciones de prudencia política le llevaron a dejar que ese protagonismo lo desempeñara la minoría radical.

3. La constitución de las Cortes en la nueva legislatura

Las elecciones habían sido limpias y el resultado dejó una clara victoria a las candidaturas de centro y derecha, pero eso no impidió que, desde diversas instancias de la izquierda se pretendiese la anulación de los resultados y la convocatoria de unas nuevas elecciones[27]. Una petición de dudoso carácter democrático que ha procurado ser justificada, cuando no obviada, por algunos historiadores del periodo.

A pesar de todo, las Cortes abrieron sus sesiones el día 8 de diciembre de 1933 y el exministro monárquico Santiago Alba fue elegido presidente de las Cortes. Desde unos meses antes militaba en el Partido Republicano Radical, de Alejandro Lerroux. Este partido, que era el segundo más numeroso de las nuevas Cortes, confirmaba, con aquella elección, su carácter de partido-refugio para los elementos conservadores que buscaban un lugar dentro de las instituciones republicanas (Lerroux, 1945: 207). Entre los 104 diputados radicales figuraban algunos antiguos diputados de legislaturas monárquicas como Román Ochando Valera, Manuel Blasco Garzón, Fernando Ramos Cerviño y Faustino Valentín Torrejón.

Después de esas dos numerosas minorías, la tercera fuerza parlamentaria del nuevo Congreso fue la de los socialistas que habían quedado reducidos a 58 diputados. Casi la mitad de ellos eran nuevos en las lides parlamentarias y, entre esas nuevas incorporaciones, figuraron algunas personalidades notorias, como Julio Álvarez del Vayo y Ramón Lamoneda. También formaban parte del grupo socialista tres mujeres –Matilde de la Torre, Veneranda García Blanco y María

---

[26] Ibídem: 182.

[27] Gordón Ordás (1961): II, 109-110. El hecho está confirmado en Alcalá-Zamora (1977): 260; y en Martínez Barrio (1983): 211-212.

Lejárraga– que se sumaron a Margarita Nelken para incrementar, muy modestamente, la magra presencia femenina en el Congreso. Ya se ha indicado que solo una diputada se alineaba en la minoría conservadora y ninguna en las minorías centristas. Clara Campoamor, la gran campeona del voto femenino, no había podido asegurar un escaño en el nuevo Congreso, como tampoco lo había conseguido Victoria Kent, su rival parlamentaria en el debate sobre el voto femenino. A esas elecciones habían concurrido cuarenta y dos candidatas, en lógica correspondencia a la gran movilización que supuso la incorporación del voto femenino[28].

Junto a Santiago Alba, la Mesa presidencial fue reflejo del resultado de las elecciones de noviembre. Las vicepresidencias recayeron en Cándido Casanueva (CEDA), Gregorio Arranz (Partido Republicano Conservador), Pedro Rahola (Lliga catalana) y Fernando Suárez de Tangil (Renovación española), mientras que los secretarios serían Dimas Madariaga (CEDA), Antonio Taboada (Agrario), Edmundo Alfaro (Partido Radical) y Ramón Lamoneda (PSOE). El Partido Socialista perdía el poder abrumador de que había gozado en el bienio anterior.

4. El Reglamento definitivo

El 29 de noviembre de 1934 se aprobó el reglamento definitivo del Congreso, con 136 artículos que se organizaban en 13 títulos y en numerosas secciones dentro de ellos. La estructura del documento mostraba notables diferencias con el reglamento provisional de julio de 1931, que se analizó anteriormente, pero el contenido de los artículos no difirió en exceso de aquel, salvo en cuestiones, como la discusión del proyecto constitucional –título VI del reglamento provisional– que habían perdido ya su sentido. Por lo demás se desarrollaron, más pormenorizadamente, algunas cuestiones, de funcionamiento interno y se añadió un título sobre la revisión constitucional que ya estaba, por entonces, en el horizonte de la vida política.

Con anterioridad a la aprobación de ese reglamento la atención del Congreso fue absorbida, durante la primavera de 1934, por la

[28] Debo los datos de las candidaturas femeninas, en 1931 y 1933, a la amabilidad del profesor José Luis Casas.

aprobación de una ley de amnistía que, finalmente, sería aprobada en abril, con un apoyo muy endeble –269 votos– y con la abstención de los socialistas. Alcalá-Zamora se mostraría reticente a sancionarla con su firma.

Pero lo que alteró decisivamente la vida parlamentaria de aquella legislatura fue el movimiento revolucionario de octubre, desencadenado por socialistas y comunistas –secundados por sus organizaciones sindicales– tras la entrada de algunos ministros de la CEDA en el Gobierno de la nación.

El Gobierno declaró el estado de guerra, mientras que la Izquierda Republicana de Azaña, junto con la Unión Republicana de Martínez Barrio y el minúsculo grupo de Sánchez-Román rompieron con las instituciones. El socialista Luis Araquistáin afirmaba que España estaba en vísperas de una guerra civil[29].

El Congreso celebró una agitada sesión el día 9 de octubre, en la que se suspendieron las sesiones, por iniciativa de Gil-Robles, y estas no se reanudarían hasta el 5 de noviembre.

Los dirigentes del movimiento revolucionario, con Francisco Largo Caballero a la cabeza, fueron detenidos y fue especialmente sañuda la persecución a Manuel Azaña, que no parece que tuviera ninguna relación directa con el movimiento revolucionario. A finales de 1934 fue puesto en libertad.

La vida parlamentaria, en todo caso, quedó profundamente afectada a lo largo de todo 1935, en donde se demostró imposible la consolidación y la continuidad de una verdadera obra de Gobierno.

A finales de 1935, la vida de la legislatura parecía agotada y el presidente de la República se vio obligado a la disolución de aquella legislatura y a la convocatoria de nuevas elecciones.

IV. Legislatura de 1936

Las elecciones del domingo 16 de febrero de 1936, con su segunda vuelta del día 1 de marzo dieron paso a la tercera y última legislatura del periodo republicano. 473 diputados fueron elegidos en

[29] «Glosas del mes», *Leviatán*, Madrid, 6 (10//1934).

un proceso que no se completaría hasta primeros del mes de mayo, cuando se repitieron las elecciones en Cuenca y en Granada.

Las nuevas Cortes se reunieron, por primera vez, el 16 de marzo y, como presidente de las nuevas Cortes, fue elegido Diego Martínez Barrio, líder de la Unión Republicana, que era la formación política más moderada de las que se integraron en la candidatura del Frente Popular. El 3 de abril se constituyó la Mesa definitiva del Congreso, en la que figuraron como vicepresidentes Luis Jiménez de Asúa (PSOE), Claudio Sánchez-Albornoz (Izquierda Republicana), Cándido Casanueva (CEDA), y José Rosado Gil, que había formado parte de la candidatura centrista patrocinada por el anterior Gobierno. Los puestos de secretarios fueron ocupados por José González y Fernández de la Bandera (Unión Republicana), Rodolfo Llopis (PSOE), Dimas de Madariaga (CEDA), y José Trabal y Sans (Esquerra). Los dos diputados de la CEDA eran los únicos representantes de la oposición conservadora en aquella Mesa.

El Partido Socialista, con 99 diputados, volvía a ser hegemónico, mientras que sus aliados de Izquierda Republicana se habían fortalecido hasta alcanzar los 84 escaños. Ambos partidos constituían el eje básico de la alianza de izquierdas. Muy lejos quedaban los 38 escaños de la Unión Republicana o los 21 de los catalanistas de Esquerra. Entre los nuevos diputados de la izquierda destacaba también la presencia de 17 diputados comunistas, que solo habían tenido, en las legislaturas anteriores una presencia testimonial.

La representación de las derechas quedó articulada en torno a los 87 diputados de la CEDA, mientras que la candidatura de centro patrocinada por el Gobierno de Portela Valladares –y por el presidente Alcalá-Zamora, que estaba detrás– no pasó de los diecisiete diputados. El viejo Partido Radical de Lerroux, con solo seis diputados, casi desaparecía de la escena política.

1. La Comisión de Actas

Aunque los resultados electorales habían sido muy ajustados la victoria de la candidatura de izquierdas se amplió como consecuencia de algunas irregularidades en los escrutinios y por el comportamiento de la Comisión de Actas de la que dimitiría Indalecio Prieto ante la eventualidad de tener que defender algunas propuestas de los

diputados del Frente Popular, y la CEDA acordaría también ponerse al margen de la discusión de las actas, en señal de protesta por la actuación de la comisión (Álvarez Tardío y Villa (2017): 470).

Esta última legislatura fue muy corta y solo celebró sesenta sesiones en los escasos cuatro meses que se extienden hasta el 10 de julio de 1936. El asesinato del diputado José Calvo Sotelo, líder de la oposición monárquica, fue abordado en una tensa sesión de la Comisión Permanente, que se celebró el día 15, y no hubo ninguna otra sesión parlamentaria hasta el primero de octubre, ya en plena guerra. Las últimas sesiones se celebrarían en Valencia y en distintos lugares de Cataluña.

De los 473 diputados que actuaron en aquella legislatura, casi doscientos comparecían en las Cortes por primera vez, lo que confirma la profunda renovación del personal parlamentario que se vivió durante aquellos años. Entre las caras nuevas, que no ofrecían grandes novedades, podría destacarse la presencia de algún exdiputado del periodo monárquico como José Rosado Gil; el catalanista Felipe Rodés; Rafael Melgarejo, duque de San Fernando de Quiroga; Álvaro de Figueroa, marqués de Villabrágima; el exministro de Estado, Joaquín de Urzáiz; el expresidente del Tribunal de Cuentas, Luis Espada Guntín; Juan Antonio Gamazo, conde de Gamazo; y Ramón Díez de Rivera, marqués de Huétor de Santillán. Contra lo que se ha dicho en ocasiones, la vieja nobleza tampoco estuvo ausente de aquella última legislatura de las Cortes (Cabrera, 1995: 41).

Otros diputados significados, entre los debutantes en aquella legislatura, serían Julia Álvarez Resano, socialista, que completaría con Dolores Ibarruri, comunista, el reducido elenco de las nueve mujeres diputadas en aquellos años. La primera se convertiría, durante la guerra, en la primera gobernadora civil que hubo en España.

Otros diputados significativos de esta legislatura serían el trotskysta Joaquín Maurín, el anarcosindicalista Ángel Pestaña, o el socialista Belarmino Tomás, que había adquirido una cierta notoriedad por su participación en la revolución asturiana de octubre de 1934. Un diputado de entonces denunciaba que el nivel medio de los diputados había bajado con respeto a las cortes anteriores, sobre todo las constituyentes, que, «les quals més aviat pecaren d'intellectualisme i professoralisme» (Ametlla, 1979: 293).

2. *Violencia en la calle y en el hemiciclo*

Por lo demás las escasas sesiones de aquella última legislatura se vieron absorbidas por los debates que llevaron, en abril, a la destitución del presidente Alcalá-Zamora en el mes de abril y por la violencia creciente que se había apoderado de la vida española desde que se conoció el resultado de las elecciones. La repetición de estas, el 3 de mayo, en Granada y Cuenca no hizo sino aumentar la tensión. Las primeras reuniones de generales dispuestos a cambiar la situación se habían producido ya a primeros de marzo. El diputado socialista Luis Jiménez de Asúa fue tiroteado, el día 12, en plena calle y la iglesia de San Luis, de la calle de la Montera, fue incendiada al día siguiente. Falange Española fue suspendida y se detuvo a sus dirigentes. Franco fue enviado a Canarias, como gobernador militar, para que estuviera neutralizado en aquellas islas.

En el cine Rialto de Madrid se estrenó, el día 11 de abril, la película *Morena clara*, de Florian Rey, con Imperio Argentina y Miguel Ligero. Pocos meses después se escucharía en las trincheras de toda España: «¡Échale guindas al pavo […]».

V. Una triste contabilidad

El asesinato de José Calvo Sotelo y la interrupción de las tareas parlamentarias se produjeron en el marco del rápido proceso que llevó a los españoles a una cruenta guerra civil de casi tres años. Como escribiera Julián Marías, «una ola de odio y criminalidad» (Marías, 1989: 215) anegó a los españoles de entonces.

La violencia y la miseria moral se enseñorearon de todos y los diputados y exdiputados fueron, en muchas ocasiones, un blanco preferido de quienes habían optado por la violencia impune, que rondó muchas veces la pura delincuencia.

Asesinar un diputado significó, en muchas ocasiones, debilitar al enemigo que se odiaba y esa idea guió los actos de demasiadas personas en las semanas siguientes. Una violencia que no se dirigió exclusivamente a los diputados en activo, sino que alcanzó también a exdiputados que, aunque alejados ya del compromiso parlamentario, podían ser considerados líderes naturales de la comunidad. Eso los convirtió en enemigos a abatir.

Los trabajos de Villalaín (2011 y 2012) y Ruiz-Manjón (2014) nos han permitido conocer los nombres y circunstancias de aquellos diputados y exdiputados que sufrieron la represión durante la guerra y la inmediata posguerra, por lo que no parece oportuno repetir aquí esa información.

Pero si cabe dejar constancia que 41 diputados de la legislatura de 1936 fueron asesinados en la zona controlada por los militares sublevados, de los que 22 pertenecían al Partido Socialista, 10 a la Izquierda Republicana (azañistas) y 5 a la Unión Republicana (Martínez Barrio). Una vez acabada la guerra, los vencedores pasaron por las armas o permitieron la muerte en prisión de 19 diputados más, en una inicua lista que comienza con Julián Besteiro, fallecido en la cárcel de Carmona, y termina con Julián Zugazagoitia, fusilado en las tapias del cementerio de la Almudena. En total, 60 diputados de izquierda, de la legislatura de 1936, pagaron con su vida la dedicación a la vida parlamentaria.

En la zona controlada por las autoridades republicanas, los diputados en activo asesinados fueron 29, de los que 19 –la gran mayoría– pertenecían a la CEDA, y los demás a diversos partidos de centro o de la derecha.

Si contabilizamos también a los exdiputados de las legislaturas de 1931 y 1933, las cifras casi se equilibran durante la guerra. 76 fueron asesinados en la zona republicana y 71 lo fueron en la zona sublevada. 147 víctimas a las que habría que añadir las 33 que perdieron la vida, como víctimas de la represión, después de finalizada la contienda.

Un total de 180 diputados, casi la quinta parte de los que alcanzaron la representación parlamentaria, que pagaron con su vida la decisión de encarnar la soberanía nacional.

Un triste balance en uno de los capítulos más negros de nuestra larga y, a veces, dolorosa historia.

Bibliografía

Alcalá-Zamora y Torres, N. (1946). *La oratoria española. Figuras y rasgos*, Atalaya. Reedición del Patronato Niceto Alcalá-Zamora y Torres. Priego de Córdoba, 2002.

Alcalá-Zamora, N. (1977). *Memorias (Segundo texto de mis memorias)*. Planeta.

Alonso, B. (2005). *En las cortes constituyentes de la República*. Universidad de Cantabria.

Álvarez Tardío, M. (2008). Historia y revolución en la cultura política de la izquierda republicana. El caso de Álvaro de Albornoz y los radical-socialistas. *Historia y política. Ideas, procesos y movimientos sociales*, 19, pp. 175-200.

Álvarez Tardío, M. y Villa García, R. (2010). *El precio de la exclusión. La política durante la segunda República*. Encuentro.

Álvarez Tardío, M. y Villa García, R. (2017). *1936. Fraude y violencia en las elecciones del Frente Popular*. Espasa.

Ametlla, C. (1979). *Memóries politiques, 1918-1936*. Distribucions Catalònia.

Azaña, M. (2007). *Obras completas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Balbontín, J. A. (1952). *La España de mi experiencia (reminiscencias y esperanzas de un español en el exilio)*. Aquelarre.

Ballester Gozalbo, J. (1934). *El final de las Constituyentes. La Serpiente y el león*. Alcalá

Baroja, P. (1949). *Obras Completas. VII. Desde la última vuelta del camino. Memorias. V: La intuición y el estilo*. Biblioteca nueva.

Cabrera, M. (1995). Las Cortes republicanas. *Ayer*, 20, pp. 13-47.

Cabrera, M. (dir.) (1998). *Con luz y taquígrafos. El Parlamento en la Restauración (1913-1923)*. Taurus.

Fernández-Flórez, W. (1931). *Acotaciones de un oyente. Segunda serie. Cortes constituyentes*. CIAP.

Fuentes, J. F. (1997). *Los intelectuales españoles y el mito de la guerra civil: 'La guerra civil es un don del cielo'*. Instituto Universitario Ortega y Gasset.

Fuentes, J. F. (2002). La formación de la clase política del liberalismo español. Análisis de los cargos públicos del Trienio Liberal. *Historia constitucional*, 3 (VI/2002).

Gil Robles, J. M. (1968). *No fue posible la paz*. Ariel.

Gómez Fernández, R. (1933). *Gritos en el Parlamento*. Edición del autor

Gómez-Navarro, J. L., Moreno Luzón, J., y Rey Reguillo, F. (1998). La elite parlamentaria entre 1914 y 1923. En M. Cabrera (dir.), *Con luz y taquígrafos (*pp. 103-142). Taurus.

Gordón Ordás, F. (1961). *Mi política en España*. Victoria.

Higón Rosell, L. (*Luis Sirval*) (1933). *Huellas de las Constituyentes*. Las ediciones nuevas.

Jiménez de Asúa, L. (1942). *Anécdotas de las Constituyentes*. Cuadernos de Cultura española.

Jiménez de Asúa, L. (1951). *¿Adónde va el Estado?* Sudamericana.

Juliá, S. (2006). Pueblo republicano, nación católica. *Claves de razón práctica* 161, pp. 24-31.

Lapesa, R. (1993). La lengua. *Historia de España de Ramón Menéndez Pidal*. XXXIX. *La Edad de Plata de la cultura española (1898-1936). Vol. 2: Letras. Ciencia. Arte. Sociedad y Culturas*. Espasa-Calpe.

Lerroux, A. (1945). *La pequeña historia. Apuntes para la historia grande vividos y redactados por el autor*. Editorial Cimera.

Linz, J. J. (1972). Continuidad y discontinuidad en la elite política española: de la Restauración al régimen actual. *Estudios de ciencia política y sociología. Homenaje al Profesor Carlos Ollero*. Madrid.

Marías, J. (1989). *Una vida presente. Memorias. 2 (1951-1975)*. Alianza.

Marichal, J. (1966). La oratoria y los designios españoles de Manuel Azaña (1930-1934). M. Azaña, *Obras completas*. II. Oasis, pp. VII-L

Martínez Barrio, D. (1983). *Memorias.* Planeta.

Martínez Cuadrado, M. (1969). *Elecciones y partidos políticos de España (1868-1931)*. Taurus.

Maura, M. (2007). *Así cayó Alfonso XIII*. Ariel, 1966. Se ha utilizado la cuidada reedición realizada por J. Romero Maura: Marcial Pons.

Meer, F. de (1978). *La constitución de la segunda República*. Eunsa.

Mori, A. (1932). *Crónicas de las Cortes Constituyentes de la segunda República española*. Aguilar.

Ruiz-Manjón, O. (2014). Violencia vs. Representación. Los diputados de las Cortes de 1936, víctimas de la guerra civil. *Historia y política*, 32, pp. 153-188.

Tusell, J. (1982). *Las constituyentes de 1931: unas elecciones de transición*. Centro de investigaciones sociológicas.

Vidarte, J. S. (1976). *Las Cortes Constituyentes de 1931-1933. Testimonio del Primer Secretario del Congreso de Diputados*. Grijalbo.

Villa García, R. (2010). Una ley para consolidar la República: La reforma electoral de 1933. *Barataria. Revista castellano-manchega de Ciencias Sociales*, 11, pp. 197-217.

Villa García, R. (2011). *La República en las urnas. El despertar de la democracia en España*. Marcial Pons.

Villalaín García, P. (2011 y 2012). «La violencia política: diputados de las Cortes republicanas asesinados durante la guerra civil y la posguerra», *Cuadernos republicanos*, Madrid, 77 y 78.

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 129-197
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1611

EL ESTADO DE ALARMA EN CRISIS

THE STATE OF ALARM IN CRISIS

Miguel Ángel Presno Linera
Catedrático en Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo
https://orcid.org/0000-0002-0033-6159

Fecha de recepción del artículo: octubre 2021
Fecha de aceptación y versión final: noviembre 2021

RESUMEN

La pandemia de COVID-19, todavía no finalizada en el momento de escribir estas páginas, ha originado una crisis sanitaria y, por extensión, social, económica, política e institucional, de dimensiones desconocidas hasta ahora por su intensidad y extensión temporal y geográfica. Para intentar hacerle frente, los Estados han acudido a los instrumentos jurídicos disponibles en cada ordenamiento y, en algunos casos, han ido reformando esas herramientas a medida que se advertían sus carencias frente a una situación tan compleja como novedosa. En España no se han llevado a cabo reformas importantes y la respuesta ha venido, principalmente, de la mano de la declaración del estado de alarma y del uso de la normativa, estatal y autonómica, en materia de sanidad y salud pública. En este trabajo nos centramos en el recurso al estado de alarma y en los problemas derivados del empleo de una legislación del siglo XX que, como se ha visto, no es la más adecuada para hacer frente a una pandemia como la presente.

Palabras clave: COVID-19, pandemia, estado de alarma, derechos fundamentales.

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic, which has not ended yet at the time of writing, has not only caused a health crisis but also a social, economic, political and institutional ones, of unknown proportions due to its intensity and temporal and geographical extension. In order to deal with it, States have made use of the legal instruments available in each legal system and, in some cases, have

also reformed them as their deficiencies were noticed in the face of a situation as complex as novel. In Spain, no major reforms have been carried out. The response has come, mainly, from the declaration of the state of alarm and the use of regulations, state and regional, in matters of health and public health. In this paper we focus on the use of the state of alarm and the problems arising from the use of twentieth-century public health legislation that it is not the most appropriate to cope with a pandemic such as the present one.

Keywords: COVID-19, Pandemic, State of alarm, Fundamental Rights.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO DE EXCEPCIÓN EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA. II. EL DERECHO DE EXCEPCIÓN Y, EN PARTICULAR, EL ESTADO DE ALARMA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. III. EL ESTADO DE ALARMA EN LA LEY ORGÁNICA 4/1981, DE 1 DE JUNIO, DE LOS ESTADOS DE ALARMA, EXCEPCIÓN Y SITIO. IV. LA PRIMERA CRISIS DEL ESTADO DE ALARMA: EL REAL DECRETO 1673/2010, DE 4 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE DECLARA EL ESTADO DE ALARMA PARA LA NORMALIZACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL DEL TRANSPORTE AÉREO. V. LA SEGUNDA CRISIS DEL ESTADO DE ALARMA: LA INSUFICIENCIA DE LAS MEDIDAS PREVISTAS EN LA LEY ORGÁNICA 4/1981 PARA ATENDER A UNA SITUACIÓN COMO LA PROVOCADA POR LA EPIDEMIA DE COVID-19. VI. LA TERCERA CRISIS DEL ESTADO DE ALARMA: SU ESCASA FUNCIONALIDAD EN EL CONTEXTO DEL ESTADO AUTONÓMICO. VII. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ESTADOS DE ALARMA POR COVID-19: LA CRISIS CONTINÚA. *1. El control de constitucionalidad de las normas que declaren o prorroguen el estado de alarma. 2. La STC 148/2021, de 14 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. 3. La STC 183/2021, de 27 de octubre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y su prórroga.* VII. DOS RESOLUCIONES SOBRE RECURSOS DE AMPARO RELATIVOS AL ESTADO DE ALARMA POR COVID-19. *1. El Auto del Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril. 2. La STC 168/2021, de 5 de octubre, sobre la suspensión de plazos, por la Mesa del Congreso de los Diputados, durante las primeras semanas del estado de alarma.* VIII. ¿CONCLUSIONES? BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción: el derecho de excepción en la historia constitucional española

Si nos detenemos, aunque sea brevemente, en la Historia constitucional española podemos constatar que el que hoy denominamos «Derecho de excepción»[1] ha tenido una presencia relevante en la totalidad de los textos constitucionales vigentes durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX y con alguna característica común a la que nos referiremos un poco más adelante[2].

Así, de acuerdo con el artículo 308 de la Constitución de 1812

> si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese, en toda la Monarquía o en parte de ella, la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo para el arresto de los delincuentes, podrán las Cortes decretarla por un tiempo determinado» (último artículo del Capítulo III del Título V);

esas «formalidades» a las que se alude son los derechos vinculados a los procesos penales y a garantías de libertades individuales (derechos de las persona detenidas, exigencias para decretar el ingreso en prisión, principio de legalidad penal, inviolabilidad del domicilio…).

En la mucho más concisa Constitución de 1837 encontramos una previsión con un alcance similar en el artículo 8 del Título I (De los españoles): «Si la seguridad del Estado exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la Monarquía, o en parte de ella, de lo dispuesto en el artículo anterior, se determinará por una ley» y el artículo anterior, en la línea de la Constitución de 1812, ampara los derechos vinculados a la libertad personal, a la legalidad penal y a la protección constitucional del domicilio («No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban»).

---

[1] Cruz Villalón define este Derecho como una «garantía diacrónica del orden público configurado por la Constitución para supuestos de crisis constitucional que superan la capacidad normativa de la Constitución» (1984:23); para una perspectiva histórica, Ballbé Mallol (1983); de forma mucho más resumida, Lorente Sariñena y Luque Reina (2021: 31-45).

[2] Pueden verse los trabajos de Bilbao Ubillos (2015), Carro Martínez (1987: 208-261) y Lafuente Balle (1989: 23-54 y 1990: 27-67).

Por su parte, la Constitución de 1845 se limita a reiterar lo dicho por el texto de 1837: «No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban» (artículo 7); «si la seguridad del Estado exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la Monarquía, o en parte de ella, de lo dispuesto en el artículo anterior, se determinará por una ley» (artículo 8).

De una forma más elaborada y extensa, el artículo 31 de la Constitución de 1869 (el último precepto del Título I, «De los españoles y sus derechos») prescribe que

> «Las garantías consignadas en los artículos 2º[3], 5º[4], y 6º[5], y párrafos 1º, 2º y 3º del 17[6], no podrán suspenderse en toda la Monarquía ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias. Promulgada aquélla, el territorio a que se aplicare se regirá, durante la suspensión, por la ley de Orden público establecida de antemano[7]. Pero ni en una ni en otra ley se podrán suspender más garantías que las consignadas en el primer párrafo de este artículo, ni autorizar al Gobierno para extrañar del Reino, ni deportar a los españoles, ni para

---

[3] «Ningún español ni extranjero podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito».

[4] «Nadie podrá entrar en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de dentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro. Fuera de estos casos, la entrada en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, y el registro de sus papeles o efectos, sólo podrán decretarse por el Juez competente y ejecutarse de día. El registro de papeles y efectos tendrá siempre lugar a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y, en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo. Sin embargo, cuando un delincuente, hallado in fraganti y perseguido por la Autoridad o sus agentes, se refugiare en su domicilio, podrán éstos penetrar en él, sólo para el acto de la aprehensión. Si se refugiare en domicilio ajeno, procederá requerimiento al dueño de éste».

[5] «Ningún español podrá ser compelido a mudar de domicilio o de residencia sino en virtud de sentencia ejecutoria».

[6] «Tampoco podrá ser privado ningún español:

Del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante.

Del derecho de reunirse pacíficamente.

Del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública…»

[7] Sobre la noción de orden público en el Derecho público español véase el exhaustivo estudio de Álvarez García (1996: 208-243).

desterrarlos a distancia de más de 250 kilómetros de su domicilio. En ningún caso los Jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley».

Con un contenido un poco más amplio y detallado, el artículo 17, también el último del Título I, de la Constitución de 1876, igualmente denominado «De los españoles y sus derechos» dispuso que

> las garantías expresadas en los artículos 4º[8], 5º[9], 6º[10] y 9º[11], y párrafos primero, segundo y tercero del 13[12], no podrán suspenderse en toda la Monarquía, ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en circunstancias extraordinarias. Sólo no estando reunidas las Cortes y siendo el caso grave y de notoria urgencia, podrá el Gobierno, bajo su responsabilidad, acordar la suspensión de garantías a que se refiere el párrafo anterior, sometiendo su acuerdo a la aprobación de aquéllas lo más pronto posible. Pero en ningún caso se suspenderán más garantías que las expresadas en el primer párrafo de este artículo. Tampoco los jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley.

---

[8] «Ningún español, ni extranjero, podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban. Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención. Toda detención se dejará sin efecto o elevará a prisión dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al juez competente. La providencia que se dictare se notificará al interesado dentro del mismo plazo».

[9] «Ningún español podrá ser preso sino en virtud de mandamiento de juez competente. El auto en que se haya dictado el mandamiento se ratificará o repondrá, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes al acto de la prisión. Toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en la Constitución y las leyes, será puesta en libertad a petición suya o de cualquier español.

La ley determinará la forma de proceder sumariamente en este caso».

[10] «Nadie podrá entrar en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes. El registro de papeles y efectos se verificará siempre a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo».

[11] «Ningún español podrá ser compelido a mudar de domicilio o residencia sino en virtud de mandato de autoridad competente, y en los casos previstos por las leyes».

[12] «Todo español tiene derecho:

De emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa.

De reunirse pacíficamente. De asociarse para los fines de la vida humana…»

Finalmente, el artículo 42 de la Constitución de 1931, el último del Capítulo I (Garantías individuales y políticas) del Título III (Derechos y deberes de los españoles) dispuso, con un contenido muy moderno, que

> los derechos y garantías consignados en los artículos 29[13], 31[14], 34[15], 38[16] y 39[17] podrán ser suspendidos total o parcialmente, en todo el territorio nacional o en parte de él, por decreto del Gobierno, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en casos de notoria e inminente gravedad. Si las Cortes estuviesen reunidas, resolverán sobre la suspensión acordada por el Gobierno. Si estuviesen cerradas, el Gobierno deberá convocarlas para el mismo fin en el plazo máximo de ocho días. A falta de convocatoria se reunirán automáticamente al noveno día. Las Cortes no podrán ser disueltas antes de resolver mientras subsista la suspensión de garantías. Si estuvieran disueltas, el Gobierno dará inmediata cuanta a la Diputación Permanente establecida en el artículo 62, que resolverá con iguales atribuciones que

---

[13] «Nadie podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito. Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención. Toda detención se dejará sin efecto o se elevará a prisión, dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al juez competente. La resolución que se dictare será por auto judicial y se notificará al interesado dentro del mismo plazo. Incurrirán en responsabilidad las autoridades cuyas órdenes motiven infracción de este artículo, y los agentes y funcionarios que las ejecuten, con evidencia de su ilegalidad. La acción para perseguir estas infracciones será pública, sin necesidad de prestar fianza ni caución de ningún género».

[14] «Todo español podrá circular libremente por el territorio nacional y elegir en él su residencia y domicilio, sin que pueda ser compelido a mudarlos a no ser en virtud de sentencia ejecutoria. El derecho a emigrar o inmigrar queda reconocido y no está sujeto a más limitaciones que las que la ley establezca. Una ley especial determinará las garantías para la expulsión de los extranjeros del territorio español.

El domicilio de todo español o extranjero residente en España es inviolable. Nadie podrá entrar en él sino en virtud de mandamiento de juez competente. El registro de papeles y efectos se practicará siempre a presencia del interesado o de una persona de su familia, y, en su defecto, de dos vecinos del mismo pueblo».

[15] «Toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a la previa censura. En ningún caso podrá recogerse la edición de libros y periódicos sino en virtud de mandamiento de juez competente. No podrá decretarse la suspensión de ningún periódico, sino por sentencia firme».

[16] «Los ciudadanos de uno y de otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes».

[17] «Los españoles podrán asociarse o sindicarse libremente para los distintos fines de la vida humana, conforme a las leyes del Estado. Los Sindicatos y Asociaciones están obligados a inscribirse en el Registro público correspondiente, con arreglo a la ley».

> las Cortes. El plazo de suspensión de garantías constitucionales no podrá exceder de treinta días. Cualquier prórroga necesitará acuerdo previo de las Cortes o de la Diputación Permanente en su caso. Durante la suspensión regirá, para el territorio a que se aplique, la ley de Orden público. En ningún caso podrá el Gobierno extrañar o deportar a los españoles, ni desterrarlos a distancia superior a 250 kilómetros de su domicilio[18].

Leídas estas disposiciones histórico-constitucionales podemos concluir, entre otras cosas, lo siguiente: todos los textos vinculan la declaración de los estados excepcionales a la suspensión de algunos de los derechos reconocidos en la respectiva Constitución, no a su mera limitación; tienen también en común la previsión de que la suspensión sea de índole temporal aunque solo la Constitución Española (CE) de 1931 impone un término máximo; se contempla la remisión, como regla, a una ley y la premisa es siempre que exista algún tipo de amenaza a la «seguridad del Estado», mencionándose de manera expresa, en las Constituciones de 1869 y 1931, la legislación de «orden público». Finalmente, en todos los textos se prevé la suspensión de derechos vinculados a la libertad personal, las garantías de las personas detenidas y la inviolabilidad del domicilio.

Este Derecho constitucional de excepción fue perfilándose en los textos de 1869, 1876 y 1931: se amplía el elenco de derechos susceptibles de suspensión, incluyendo las libertades de expresión e imprenta, el derecho de reunión y el derecho de asociación; en

---

[18] De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución de Weimar, «... Cuando se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden públicos en el Reich, el Presidente puede adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de los mismos, incluso en caso necesario con ayuda de la fuerza armada. Con este fin puede suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153. El Presidente del Reich habrá de dar conocimiento inmediatamente al Reichstag de todas las medidas que adopte con arreglo a los párrafos 1º y 2.° de este artículo. A requerimiento de éste dichas medidas quedarán sin efecto. El Gobierno de un País podrá aplicar provisionalmente en su territorio medidas de las expresadas en el párrafo 2.° de este artículo cuando implique peligro el retraso en adoptarlas. Tales medidas quedarán sin efecto si lo reclaman el Presidente del Reich o el Reichstag. Una ley del Imperio regulará los detalles».

El artículo 114 garantizaba la libertad personal, el 115 la inviolabilidad del domicilio, el 117 el secreto de las comunicaciones, el 118 las libertas de expresión y prensa; el 123 el derecho de reunión, el 124 el de asociación y el 153 el derecho de propiedad.

segundo lugar, aparecen reconocidas las competencias del Gobierno y de las Cortes y, ya en la Constitución de 1931, se contempla que la suspensión se acordará por decreto del Gobierno, con aprobación posterior de las Cortes, bien en pleno o por la Diputación Permanente, en un plazo muy limitado (no más allá de 9 días), se prohíbe la disolución de las Cortes durante la suspensión de las garantías, que no podrá durar más de 30 días y cuya prórroga necesitará acuerdo previo de las Cortes o de la Diputación Permanente en su caso.

Estas previsiones constitucionales tuvieron un desarrollo legislativo en diferentes normas, como, por ejemplo, la Ley de Orden Público, de 23 de abril de 1870, a la que remitía el artículo 31 de la CE de 1869, y que reguló los estados de prevención y alarma y el de guerra, y dicha norma estará en vigor hasta 1933, año en el que entró en vigor la Ley de Orden Público, de 28 de julio, que también regula, como estados diferenciados, los de prevención, alarma y guerra.

Hay que decir, adicionalmente, que esta configuración normativa en muchas ocasiones no tuvo su correlativa aplicación práctica y, por si no fuera suficiente, los propios textos constitucionales dejaron abiertas no pocas puertas para el ejercicio abusivo de las facultades de excepción: así, por ejemplo, y en relación con lo primero, como recuerda el profesor Bilbao Ubillos, no siempre se respetó lo previsto en el artículo 31 de la Constitución de 1869, conforme al cual, como ya se ha visto, «las garantías consignadas en los artículos 2º, 5º, y 6º, y párrafos 1º, 2º y 3º del 17, no podrán suspenderse en toda la Monarquía ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de una ley», pues cabe mencionar los Decretos de suspensión de garantías constitucionales de 20 de septiembre de 1873 y de 5 de enero de 1874.

Respecto a lo segundo, el propio artículo 14 de la CE 1876 ya admitía que,

> …no estando reunidas las Cortes y siendo el caso grave y de notoria urgencia, podrá el Gobierno, bajo su responsabilidad, acordar la suspensión de garantías a que se refiere el párrafo anterior, sometiendo su acuerdo a la aprobación de aquéllas lo más pronto posible.

lo que sirvió para una restricción intermitente de libertades entre los años 1876 y 1917 y «a partir de esa fecha y hasta 1923 se vivió

prácticamente bajo un estado de excepción»[19]. Finalmente, y por no extendernos más en este apartado introductorio, la propia CE de 1931 asumió la vigencia temporal, en su Disposición Transitoria Segunda, de la preconstitucional Ley de Defensa de la República contra actos de agresión, de 21 de octubre de ese año 1931 y ello a pesar de la manifiesta incompatibilidad entre una y otra norma.

Dado que en este trabajo nos vamos a centrar no en el Derecho de excepción en su conjunto, sino en el estado de alarma hay que insistir en que tal estado, si lo vemos a la luz de su configuración actual, no existió en nuestra Historia constitucional anterior a 1978, pues aunque se habló en las leyes de desarrollo de las Constituciones de un «estado de alarma» no se contempló un supuesto para el recurso a ese Derecho que no respondiera a la suspensión de derechos ni tampoco que fuera ajeno a circunstancias relacionadas con la seguridad del Estado y el orden público.

II. El derecho de excepción y, en particular, el estado de alarma en la Constitución Española de 1978

Es sabido que hay ordenamientos constitucionales que no contemplan el derecho de excepción, trasladando la respuesta a las eventuales crisis que se presenten al ámbito de lo fáctico, como ocurre en el Reino Unido; otros, con textos constitucionales formalizados, como los de Bélgica y Luxemburgo, omiten cualquier referencia a las situaciones excepcionales: en el primer caso se prohíbe la suspensión de todo o parte de la Constitución –artículo 187: «La Constitución no podrá ser suspendida total o parcialmente»– y en el segundo se dispone que «ninguna disposición de la Constitución puede ser suspendida» (artículo 113).

En los sistemas constitucionales de índole presidencialista se suelen atribuir poderes excepcionales al jefe del Estado, como ocurre en el artículo 16 de la Constitución francesa, «cuando las instituciones

[19] Destaca Bilbao Ubillos que una ley de 10 de enero de 1877 vino a convalidar la suspensión de garantías decretada tres años antes y las medidas gubernativas adoptadas desde aquella fecha, liberando de toda responsabilidad a «los Gobiernos que se han atribuido y ejercicio durante el indicado período de tiempo facultades legislativas en el orden público» (2015: 82-83).

de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido». En tales circunstancias, el presidente de la República tomará las medidas que las mismas requieran, previa consulta con el primer ministro, los presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional y por un tiempo de 30 días, transcurrido el cual cabe acudir al propio Consejo a efectos de que resuelva si se siguen cumpliendo las condiciones justificativas de las medidas adoptadas.

Como también es conocido, los ordenamientos de, entre otros Estados, España, Alemania[20] o Portugal[21] han optado por, en mayor

[20] La Ley Fundamental de Bonn incluye tres previsiones, similares a nuestros estados de alarma, excepción y sitio (situaciones catastróficas, estado de tensión y estado de defensa), en tres partes bien distintas: las catástrofes en el artículo 35 (capitulo II, de la Federación y los Länder); el estado de tensión en el artículo 80a (capítulo VII, legislación de la Federación) y en los artículos 115ª y siguientes el estado de defensa (capítulo Xa, El caso de defensa).

[21] El artículo 19 de la Constitución portuguesa dispone: «1. Os órgãos de soberania não podem, conjunta ou separadamente, suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição. 2. O estado de sítio ou o estado de emergência só podem ser declarados, no todo ou em parte do território nacional, nos casos de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública. 3. O estado de emergência é declarado quando os pressupostos referidos no número anterior se revistam de menor gravidade e apenas pode determinar a suspensão de alguns dos direitos, liberdades e garantias susceptíveis de serem suspensos. 4. A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.

5. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência é adequadamente fundamentada e contém a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso, não podendo o estado declarado ter duração superior a quinze dias, ou à duração fixada por lei quando em consequência de declaração de guerra, sem prejuízo de eventuais renovações, com salvaguarda dos mesmos limites. 6. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afetar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião. 7. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência só pode alterar a normalidade constitucional nos termos previstos na Constituição e na lei, não podendo nomeadamente afetar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas ou os direitos e imunidades dos res-

o menor medida, detallar los presupuestos de las situaciones excepcionales y los instrumentos jurídicos con los que pretenden hacerles frente y esta tercera opción nos parece la más adecuada para evitar, en la conocida expresión de Jellinek, la fuerza normativa de lo fáctico, aunque, como es obvio, la delimitación de las situaciones que justifican la declaración de un estado de excepción será necesariamente genérica y las medidas a adoptar tampoco serán del todo precisas. A pesar de las dificultades, y en contra de las tesis de Agamben (2004), no nos encontramos ante una articulación paradójica –la suspensión total o parcial del ordenamiento prevista por el propio ordenamiento-, sino ante el intento, más o menos logrado, de que el Derecho siga presente en las situaciones excepcionales.

Y, por lo que a nosotros respecta, el sistema constitucional español ha tratado de que el Derecho de excepción siga siendo Derecho articulando en la propia Constitución (CE) algunos límites orgánicos y procedimentales e imponiendo varias exigencias; así, el artículo 116 fija quién puede declarar cada uno de los tres estados excepcionales –el Gobierno el estado de alarma; el Gobierno, previa autorización del Congreso, el de excepción y el Congreso, por mayoría absoluta, el de sitio; se concreta la duración inicial del estado de alarma (máximo de quince días) y la total del estado de excepción (no más de treinta días, prorrogables por otro plazo igual); se prohíbe la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados citados, se mantiene el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes y se prohíbe el inicio de una reforma constitucional durante la vigencia de estos estados (artículo 169). Por su parte, el artículo 55.1 CE precisa qué derechos fundamentales pueden ser objeto de suspensión en los estados de excepción y sitio.

En suma, y en conjunto, la articulación del Derecho de excepción prevista por la Constitución hace más de 40 años responde a la idea de Derecho, de limitación del poder, pero las propias transformaciones del Estado español, singularmente su descentralización, así como los cambios sociales, económicos y políticos inherentes a

---

pectivos titulares. 8. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência confere às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional».

la «sociedad del riesgo global», en la afortunada expresión de Ulrich Beck, bien podrían aconsejar una reflexión sobre si estamos ante la mejor respuesta posible a las situaciones excepcionales del siglo XXI.

A nuestro juicio, quizá la ubicación sistemática del derecho de excepción –el actual artículo 116 CE– tendría que estar al final del Título I –De los derechos y deberes fundamentales– y no al final del Título V –De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales-, máxime cuando el último precepto del Título I, como es de sobra conocido, es el artículo 55, único artículo del capítulo V, «De la suspensión de los derechos y libertades», y existe una evidente conexión entre ambos, pues el 55 concreta, en su número primero, qué derechos fundamentales pueden ser objeto de suspensión general si se declaran los estados de excepción y sitio.

Es igualmente llamativa la actual ubicación porque, como es bien conocido, el Senado no desempeña papel alguno en las situaciones de excepcionalidad constitucional aunque también es sabido que en el propio Título V encontramos diversos artículos que regulan exclusivamente relaciones entre el Gobierno y el Congreso de los Diputados (cuestión de confianza, moción de censura…).

Desde luego, como hemos visto antes, en la Historia constitucional española el Derecho de excepción se ha venido situando al final de la parte en la que se reconocían los derechos y lo mismo sucede en la Constitución portuguesa.

En lo que respecta a la propia regulación constitucional del estado de alarma cabe reparar en el mayor detalle con el que están regulados, en el artículo 116, los estados de excepción y sitio en comparación con el estado que nos ocupa, lo que tiene, en parte, algo de lógica en la medida en que, como es bien sabido, suponen una mayor intervención en los derechos fundamentales y, además, respecto a dichos estados hay que tener bien presente lo previsto en el artículo 55.

Con carácter más general, cabría también debatir si el estado de alarma merece un tratamiento conjunto con los estados de excepción y sitio, incluso si tendría que existir tal estado dentro del Derecho de excepción, algo que fue objeto de discusión en los trabajos preparatorios del texto constitucional, al considerar algunos grupos parlamentarios que, por una parte, no implicaba la suspensión de derechos

fundamentales y, por otra, las facultades atribuidas al Gobierno eran suficientes para dar una respuesta adecuada en caso de presentarse las situaciones para las que se contemplaba esta institución; en esa línea fueron las enmiendas de los diputados Riestra París, de Alianza Popular, y Sánchez Montero, del Grupo Comunista, así como, en el Senado, del Grupo Progresistas y Socialistas Independientes[22].

III. El estado de alarma en la ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio

Como es sabido, pocos meses después del intento de golpe de estado de 23 de febrero de 1981 se publicó la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES), que desarrolla el artículo 116 CE, no especialmente concreto, como ya se ha dicho en lo que respecta al estado de alarma.

Esa norma había empezado su andadura parlamentaria en el mes de septiembre de 1979 como proyecto de ley orgánica de seguridad ciudadana que, según su «Memoria»/Preámbulo suponía «un importante cambio en relación con la Ley de Orden Público de 1959 y criterios inspiradores de la misma, al conjugar la nueva normativa la defensa de las instituciones con el fortalecimiento de los sistemas de garantía de las libertades públicas». El capítulo III era el dedicado a la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio, dando cumplimiento, según la Memoria,

> a lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución… Insiste el precepto citado en la exigencia de concretar los efectos de las respectivas declaraciones, lo que constituye una clara referencia, por lo que respecta a los estados de excepción y sitio, al artículo 55 de la propia Constitución, cuyo párrafo 1 determina expresamente, por vía enumerativa y con carácter excluyente, los derechos fundamentales y las libertades públicas que podrán ser suspendidos cuando se produzca la declaración de dichos estados.

[22] Véanse el «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas»; número 84, sesión número 17, de 8 de junio de 1978, pp. 3074-3076; el «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», número 109, sesión plenaria número 38, de 13 de julio de 1978, pp. 4237-4238, y el «Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Constitución», número 51, sesión número 13, de 7 de septiembre de 1978, pp. 2411-2412).

> Sin embargo, aunque la Constitución española, frente al criterio mantenido por otros textos constitucionales recientes –como la Ley Federal de Bonn o la Constitución italiana de 1947– haya seguido la línea de recoger en su propio articulado los mecanismos de defensa extraordinaria de las instituciones públicas y, a pesar de que, como elemento equilibrante o compensador haya sido muy precisa y minuciosa en la determinación de las competencias y procedimientos para la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio, ha sido realmente sobria en la definición de los conceptos y en la concreción del contenido de los tres estados extraordinarios, respecto a los cuales apenas hace otra cosa que mencionar sus nombres...

Nos referiremos a este proyecto legislativo solo en lo relativo al estado de alarma para constatar el notable cambio que experimentó a lo largo de su tramitación parlamentaria y que tiene mucho que ver con el alcance de la declaración de ese estado en situaciones de crisis sanitarias como la generada por la COVID-19. La memoria del proyecto decía lo siguiente en relación con la terminología y el pretendido alcance del estado de alarma:

> La denominación del estado de alarma, aunque coincidente con una de las usadas en la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933, responde ahora a una realidad distinta: el estado de alarma de la ley republicana es homólogo propiamente del estado de excepción, según la concepción de la Ley de 1959, y según el proyecto que ahora se presenta. *El proyecto, en su concepción del estado de alarma sigue muy de cerca al proyecto de Ley de Modificación de la Ley de Orden Público, tramitado durante el pasado año, recogiendo, en la enumeración de los supuestos determinantes de su declaración, además de las alteraciones del orden público: las catástrofes, calamidades o desgracias públicas; epidemias* o situaciones de contaminación grave; paralización de servicios públicos esenciales y situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.
>
> *Se trata fundamentalmente de eventos en los que peligra la seguridad o la salud de las personas*, o se encuentra en riesgo grave el mantenimiento de las condiciones físicas necesarias para el desenvolvimiento de la vida de la colectividad.
>
> Por ello, el conjunto de medidas para cuya adopción se faculta a las Autoridades gubernativas, aparte de la lógica concentración de atribuciones administrativas, tiende, de una parte, con carácter positivo, a la movilización de personas y recursos materiales, *para*

> *asegurar la protección, asistencia y seguridad de las personas, bienes y lugares afectados*, y, de otra parte, con carácter negativo, a controlar o limitar, con la misma finalidad, el movimiento de personas y vehículos y el consumo de artículos o servicios de primera necesidad» (todas las cursivas son nuestras).

En el articulado se incluían los supuestos que podrían dar lugar a la declaración del estado de alarma:

> El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el apartado 2 del artículo 116 de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma en todo o parte del territorio nacional cuando concurran situaciones como las siguientes:
>
> a) Alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana cuando su restablecimiento no se pueda conseguir mediante el uso de las potestades ordinarias de la Autoridad gubernativa.
>
> b) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
>
> c) *Crisis sanitarias, tales como estados epidémicos y situaciones de contaminación grave.*
>
> d) Paralización de servicios públicos esenciales.
>
> e) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

En el dictamen de la Comisión Constitucional del Congreso sobre, entonces, la «Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio», publicado en el Boletín de la Cámara el 14 de abril 1981, desapareció la letra a) del proyecto originario, que era la que contemplaba la declaración del estado de alarma ante «alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana». Se desvinculó el estado de alarma de la cuestión del orden público y así se propuso en el dictamen de la comisión de la misma fecha aunque se mantuvo el carácter ejemplificativo de los supuestos: «…cuando concurran situaciones como las siguientes…»

Fue en el Pleno del Congreso de 23 de abril de 1981 cuando las causas ejemplificativas pasaron a ser taxativas y el texto adquirió la redacción que hoy sigue vigente:

> El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116, 2, de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad:
>
> a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
>
> b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.
>
> c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28,2, y 37,2, de la Constitución, y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.
>
> d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

No cabe, por tanto, la declaración del estado de alarma en el contexto de un problema de orden público y ello porque, como explica el profesor Cruz Villalón (1981: 93-128), el legislador efectuó una «despolitización» del estado de alarma, dejándolo al margen de las situaciones de desorden público o conflictividad social, para destinarlo a combatir las catástrofes naturales o tecnológicas (añadiríamos nosotros sanitarias)[23].

Y es que en la Ley Orgánica 4/1981 no se habla de «orden público» hasta que no se llega al estado de excepción y ello implica que no hay un paso intermedio –estado de alarma– entre el «orden» y el «desorden» públicos sino que se pasa directamente de la situación de normalidad al estado de excepción, sin que quepan situaciones intermedias más o menos ambiguas. Dispone al respecto el artículo 13 de la LOEAES:

> Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, *o cualquier*

[23] Véanse también, entre otros, los trabajos de Fernández Segado (1981: 83-116), López Garrido (1984), Torres Muro (2009: 1814 ss.) Requejo Rodríguez (2004: 222-235 y 2009: 1201 ss.), Aba Catoira (2011: 305-334); Pérez Sola (2012: 1539-1556), Solozabal Echavarría (2020 y 2021), Garrido López (2020: 371-402, 2021a y 2021b), Carmona Contreras (2021: 29-64) y Ridao (2021).

> *otro aspecto del orden público*, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción (la cursiva es nuestra)[24].

IV. La primera crisis del estado de alarma: el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo

Como se recordará, el 4 de diciembre de 2010 se acudió, por vez primera, a la declaración del estado de alarma; según el preámbulo del Real Decreto 1673/2010[25]:

---

[24] En esta misma línea pueden recordarse las palabras, durante su intervención parlamentaria, del entonces senador Fernando Morán: «No se trata de etapas, de escalas en una escalera con intensidad diferente del mismo proceso; se trata de situaciones cualitativamente distintas; el estado de alarma para unas situaciones que vienen de hechos naturales o sociales que ocurren en la historia; el estado de excepción para situaciones que afectan al orden público y que es previsible que no puedan atajarse por los medios ordinarios; y el estado de sitio ante procesos que afecten al orden constitucional»; Diario de Sesiones del Senado, nº 105, 1981, disponible (a 18 de septiembre de 2021) en http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/SEN/DS/PL/PS0105.PDF

[25] El articulado fue el siguiente: Artículo 1. Declaración del Estado de Alarma. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 apartado c. en relación con los apartados a. y d. de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, se declara el Estado de Alarma con el fin de afrontar la situación de paralización del servicio público esencial del transporte aéreo. Artículo 2. Ámbito territorial y material. La declaración de Estado de Alarma afecta, en todo el territorio nacional, a la totalidad de las torres de control de los aeropuertos de la red y a los centros de control gestionados por la entidad pública empresarial «Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA)». Artículo 3. Ámbito subjetivo. En virtud de lo dispuesto en los artículos 9.Uno y 12.Dos de la Ley Orgánica 4/1981 en relación con el artículo 44 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA pasan a tener, durante la vigencia del Estado de Alarma, la consideración de personal militar a los efectos de lo previsto en el artículo 10.Uno de la citada Ley Orgánica y en consecuencia, quedan sometidos a las órdenes directas de las autoridades designadas en el presente real decreto, y a las leyes penales y disciplinarias militares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre. Artículo 4. Licencias, habilitaciones y anotaciones. Los controladores civiles de tránsito aéreo al servicio de AENA mantendrán todas las facultades inherentes a las licencias, habilitaciones, anotaciones y certificados

> …Las circunstancias extraordinarias que concurren por el cierre del espacio aéreo español como consecuencia de la situación desencadenada por el abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito aéreo, impiden el ejercicio del derecho fundamental mencionado y determinan la paralización de un servicio público esencial para la sociedad como lo es el servicio de transporte aéreo. Todo ello constituye, sin duda, una calamidad pública de enorme magnitud por el muy elevado número de ciudadanos afectados, la entidad de los derechos conculcados y la gravedad de los perjuicios causados.
>
> Para recuperar la normalidad en la prestación del citado servicio público y restablecer los derechos fundamentales de los ciudadanos, hoy menoscabados, y habiendo fracasado todos los intentos para poner fin a la situación de catástrofe pública existente, es indispensable proceder a la declaración del Estado de Alarma en orden a eliminar los obstáculos que impiden su segura y continuada prestación…[26]

No nos extenderemos en el análisis de este primer estado de alarma pero sí parece oportuno comentar, al menos, una cuestión que servirá para delimitar el marco más general de la configuración del estado de alarma en nuestro ordenamiento –las causas que justifican su declaración– y constatar que su diseño y, sobre todo, la falta de actualización de su configuración legal, conducen a resultados insatisfactorios y, en suma, a su «crisis».

Como se ha visto, en el preámbulo se invoca, como argumento que avalaría la medida que se adopta, «el cierre del espacio aéreo español como consecuencia de la situación desencadenada por el abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito aéreo, impiden el ejercicio del derecho fundamental mencionado y determinan la *paralización de un servicio público*

---

médicos de que sean titulares, si bien ejercerán dichas atribuciones, en todo caso, bajo la organización y supervisión del Ejército del Aire. Artículo 5. Duración. La duración del Estado de Alarma que se declara en este real decreto es de quince días naturales. Artículo 6. Autoridad delegada del Gobierno. El Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire y las autoridades militares que designe adoptarán las decisiones pertinentes en cumplimiento de lo que dispone el artículo 3 del presente real decreto.

[26] Una descripción en profundidad del origen y evolución del conflicto al que se pretendió dar respuesta con el estado de alarma puede encontrarse en el estudio de Vidal Prado y Delgado Ramos (2011: 244 ss), véanse también Enérez Olaechea (2011: 79-94) y los ya citados trabajos de Aba Catoira, Requejo Rodríguez y Pérez Sola. …

esencial para la sociedad como lo es el servicio de transporte aéreo» (la cursiva es nuestra). Este supuesto de hecho encaja, sin problemas aparentes, en la primera parte de la causa prevista en la letra c) del artículo 4 de la Ley Orgánica (L. O.) 4/1981: «c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad (el transporte aéreo), cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28,2, y 37,2, de la Constitución…» aunque parece un exceso justificativo apelar a que se está impidiendo el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de circulación pues, en el peor de los casos, no se podía llevar a cabo por un concreto medio –el transporte aéreo– pero en nada quedaron afectados otros medios de transporte que sí permitían ejercer la libertad de circulación dentro del territorio nacional, que es lo protegido por el artículo 19 CE.

En todo caso, y como ya se ha dicho, con eso no sería suficiente, pues la citada letra añade « y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo». A tratar de colmar esta exigencia se encaminan otras frases del preámbulo: «… Todo ello constituye, sin duda, una calamidad pública de enorme magnitud por el muy elevado número de ciudadanos afectados, la entidad de los derechos conculcados y la gravedad de los perjuicios causados… habiendo fracasado todos los intentos para poner fin a la situación de catástrofe pública existente, es indispensable proceder a la declaración del Estado de Alarma en orden a eliminar los obstáculos que impiden su segura y continuada prestación» (las cursivas son nuestras).

Como se recordará, la letra a) del mismo artículo 4 habla, expresamente, de «catástrofes, calamidades o desgracias públicas» aunque de inmediato ejemplifica y menciona: «terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud».

Nos parece que la paralización del tráfico aéreo no encaja en el tipo de catástrofes o calamidades a las que se refiere esa letra e, incluso, que quepa calificarla como una auténtica catástrofe en los términos jurídicos en los que parece estar pensando la ley reguladora. En palabras del Tribunal Constitucional,

> … el art. 4 de la Ley Orgánica 4/1981 identifica las situaciones de emergencia o, en sus propios términos, las "alteraciones graves de la normalidad" que pueden dar lugar a su declaración, referidas, en síntesis, a emergencias naturales o tecnológicas, a crisis sanitarias,

> a situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad y/o a la paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garanticen los servicios mínimos (arts. 28.2 y 37.2 CE) y además concurra, respecto a este último supuesto, alguna de las otras situaciones definidas en el precepto (Sentencia del Tribunal Constitucional [STC] 83/2016, de 28 de abril, FJ 8).

Por todo ello, no considero exagerado calificar al Decreto 1673/2010 de ilegal, como hacen, por ejemplo, los profesores Vidal Prado y Delgado Ramos[27], y lo que me parece más relevante en términos generales es que esta primera declaración del estado de alarma evidenció las limitaciones y debilidades de la L. O. 4/1981, que no han sido colmadas 11 años después[28].

Una cuestión adicional que se suscitó con ocasión del Decreto 1673/2010 fue la de su control jurisdiccional: si partimos de que la declaración del estado de alarma se realiza mediante decreto del Consejo de Ministros no parecería descabellado entender que cabe un control de su legalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS); sin embargo, esta vía fue descartada de raíz por el propio Supremo con ocasión de los recursos presentados por los controladores aéreos: en siete autos dictados entre 2011 y 2012 (Autos del Tribunal Supremo [AATS] 857/2011, de 10 de febrero; 2985/2011, de 9 de marzo; 3816/2011, de 5 de abril; 5696/2011 y 5698/2011, de 30 de mayo; 6821/2011, de 8 de junio; y 6197/2012, de 1 de junio) el Supremo estimó que la declaración del estado de alarma no es un ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye al Gobierno el artículo 96 CE, sino de la competencia constitucional, diferente, regulada en artículo 116.2 CE.

Esta doctrina fue asumida por el Tribunal Constitucional (TC), primero por mayoría (Auto 7/2012, de 13 de enero) y luego por unanimidad (STC 83/2016, de 28 de abril), al entender que aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos

---

[27] Ob. cit., p. 254.

[28] Para Cruz Villalón la letra c) del artículo 4 e, en realidad, un «no-supuesto» pues la adición del requisito final equivale a la supresión del propio supuesto (1984: 70).

jurídicos, queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley[29].

Y a esta doctrina se acogerá, en su Auto de 4 de mayo de 2020, el Tribunal Supremo al resolver el recurso en el que, en forma directa, «se impugna el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para gestión de la pandemia ocasionada por infección del acrónimo COVID-19, así como el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, el Real Decreto 4870/2020, de 10 de abril y el Real Decreto 463/2020, que establecen sus prórrogas, así como –en lo que se denomina ampliación– el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, que lo prorroga por tercera vez».

Este Auto, que recuerda la anterior jurisprudencia tanto del TS como del TC, insiste (FJ 4) en que

> la posibilidad de control en estos casos corresponde, sin duda alguna, al Tribunal Constitucional en ejercicio de sus competencias de control de la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley, como declaró el mismo al considerar que "aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10).

No obstante, en ese fundamento jurídico y en el siguiente, se añade,

> … Lo que se acaba de expresar no excluiría que en aquellas situaciones en las que, no se haya producido la dación de cuenta al Congreso o no haya recaído la autorización de prórroga parlamentaria que exige el artículo 116.2 CE, la forma de decreto que revista la declaración de alarma pudiera recobrar su relieve a efectos de nuestro control jurisdiccional. Aunque el decreto de declaración de la alarma proceda del Gobierno como órgano constitucional, su control

[29] Sobre esta STC véanse los comentarios de Garrido López (2017: 43-73) y Álvarez Vélez (2016: 325-340).

> correspondería a esta Sala, como permite el artículo 2 a) de la LJCA, respecto de lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado conceptos judicialmente asequibles" (por todas, sentencia de 20 de noviembre de 2013 o sobre los hechos determinantes. La declaración "argumentativa de la STC 83/2016 que se ha transcrito no lo impide en cuanto ha sido formulada por el Tribunal Constitucional al resolver un recurso amparo (STC 83/2016) y no en sede de tribunal de control de constitucionalidad de las leyes.
>
> La falta de jurisdicción sobre decretos de declaración del estado de alarma se refiere únicamente a la norma de declaración y a sus prórrogas pero no a los decretos o disposiciones que acompañen a dicha declaración o que se dicten durante su vigencia o en relación con la misma (artículo 8.2 Ley 4/1981, de 1 de junio) ni tampoco respecto de sus actos de aplicación. Así lo dispone en forma expresa el artículo 3.1 de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, y lo estableció ya en su momento el Auto de la Sección Séptima de esta Sala de 30 de mayo de 2011, que admitió a trámite el recurso en cuanto se dedujo contra el Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por tratar una actuación con alcance y significación diferente a la declaración del estado de alarma y a la solicitud y autorización de su prórroga. Sobre dicha impugnación recayó posteriormente la sentencia de 22 de abril de 2015.

En consecuencia, solo a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad (eventualmente de una autocuestión) pueden enjuiciarse en términos generales el decreto que declara el estado alarma y sus eventuales prórrogas y, como veremos, este control, para ser eficaz, demanda una respuesta relativamente rápida por parte del TC so pena de provocar una nueva situación de crisis, aunque en este caso de otra índole, si se produce un pronunciamiento tardío.

V. La segunda crisis del estado de alarma: la insuficiencia de las medidas previstas en la Ley Orgánica 4/1981 para atender a una situación como la provocada por la epidemia de Covid-19

De acuerdo con el primer párrafo del preámbulo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por COVID-19,

> la Organización Mundial de la Salud elevó el pasado 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional. La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos.

Parece claro, a nuestro entender, y al margen de lo que luego se dirá sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 148/2021, de 14 de julio, que en el mes de marzo de 2020 se daban en España los presupuestos de hecho previstos en el genérico «Derecho de excepción» –Ley Orgánica 4/1981– para declarar el estado de alarma –«crisis sanitarias, tales como epidemias», según el artículo 4.b)-; también nos parece que no se daba el 14 de marzo, y no se ha dado con posterioridad, el presupuesto que podría justificar la declaración del estado de excepción: «el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público» no estuvieron «tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo» (artículo 13)[30]. En suma, la declaración del estado de alarma puede considerarse acertada en el sentido de correlación entre la medida adoptada y el presupuesto práctico que exigía su aprobación[31].

---

[30] Sobre las diferentes posturas doctrinales, Garrido López (2020: 371-402 y 2021a).

[31] En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen 615/2020, de 25 de octubre, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2: «… Las situaciones de epidemia constituyen por su propia naturaleza una alteración grave de la normalidad y no afectan al orden público democrático. Precisamente por ello, el legislador incluyó a las crisis sanitarias en general y a las epidemias en particular entre los supuestos de hecho que justifican la declaración del estado de alarma. Ciertamente, no cabe descartar en hipótesis que una determinada epidemia, en unión con factores de otra naturaleza –sociales, económicos o políticos-, pudiera llegar a ocasionar graves alteraciones del orden público democrático, en el sentido constitucionalmente exigido para la declaración del estado de excepción. Pero tal situación en modo alguno concurre en la epidemia actual provocada por el coronavirus-19». Para una perspectiva de los tres estados de alarma en el contexto

Encuentro más discutible, también en el plano práctico, alguna de las medidas adoptadas en el Real Decreto 463/2020, cuyo artículo 7, titulado «Limitación de la libertad de circulación de las personas», dispuso, en su punto 1, que

> durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada: a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad. b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial. d) Retorno al lugar de residencia habitual. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros. g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad. h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza…

Y es que la LOEAES distingue entre «limitaciones», propias del estado de alarma, y «prohibiciones», características del estado de excepción: habla respecto al primero (art*ículo* 11) de, entre otras medidas, «a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados… c)) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad»; en relación con el segundo permite, entre otras opciones, prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine» (art. 20.1); «prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones…» (art. 22.1) y «prohibir las huelgas y la adopción de medidas de conflicto colectivo…» (art. 23).

En esta línea, el Tribunal Constitucional (TC) había dicho que «… los efectos de la declaración del estado de alarma se proyectan… en el establecimiento de determinadas limitaciones o restricciones» (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 8). Pues bien, si atendemos a las

---

de la COVID-19, Álvarez García/Arias Aparicio/Hernández Díez (2020), Álvarez García (2021a), Blanquer Criado (coord.) (2020a), Presno Linera (2020), Pomed Sánchez (2021: 177-199), Muñoz Machado (2021) y Velasco Caballero y Gregoraci Fernández (coords.) (2021).

concretas medidas impuestas en la práctica con la entrada en vigor del Decreto 463/2020 nos encontramos ante una teórica limitación formal de la libertad de circulación que, de hecho, implica una prohibición general de la citada libertad y es que, en palabras de Santamaría Pastor (2020), «limitar es *restringir* parcial y excepcionalmente, *no prohibir todo*, salvo excepciones»[32].

Por ello, esas previsiones nos generan dudas con la configuración que, como hemos dicho, se dio a la L. O. 4/1981, en la que el legislador se decantó, pudiendo hacer otra cosa, por una serie de medidas que en el caso del estado de alarma tendrían que ser, en principio, menos gravosas que las realmente adoptadas bajo su amparo en el Decreto 463/2020. El juicio de proporcionalidad sobre las mismas no puede hacerse al margen de los propios límites que ha preestablecido el legislador orgánico[33].

---

[32] Véanse también Alegre Ávila y Sánchez Lamelas (2020 y 2021: 121-172), Durán Alba (2020) y Arroyo Gil (2021); en general, sobre el derecho a la libertad de circulación, Goizueta Vértiz (2007), Bastida Freijedo (2011), Delgado Ramos (2018) y Losada González (2018).

[33] Sobre estas cuestiones Requejo Rodríguez (2004) y Aláez Corral (2004: 233-246). En el sentido aquí defendido, Pomed Sánchez (2020: pp. 82 ss.); en un sentido contrario, el Consejo de Estado, en el citado Dictamen 615/2020, concluyó que «no cabe duda… de que esas medidas restrictivas o limitativas pueden alcanzar la intensidad que sea necesaria para el fin que se proponen, siempre y cuando quepa concluir –en un juicio de proporcionalidad– que son adecuadas y necesarias para luchar contra la epidemia. El grado de la restricción o limitación de derechos estará en función de la gravedad de la epidemia y de las medidas que resulten oportunas para ponerla fin. De este modo, es posible adoptar, dentro del estado de alarma, medidas restrictivas o limitativas que comporten un alto grado de afectación de los derechos fundamentales y libertades públicas».

Tampoco el Defensor del Pueblo entendió que existieran motivos para cuestionar la constitucionalidad: «el confinamiento generalizado, masivo, largo en el tiempo, constituye, por su propia naturaleza, una severa restricción de lo que pueden hacer las personas en su vida cotidiana. Y afecta, como no podía ser de otra manera, al ejercicio de los derechos fundamentales». Sin embargo, advierte de que, a juicio de la Institución «en modo alguno significa –o significó durante el estado de alarma– la suspensión de determinados derechos fundamentales, como sostienen muchos de los comparecientes, sino una limitación de su ejercicio. Sí se hubiese aplicado el estado de excepción, como consideran algunos peticionarios, si se habrían suspendido esos derechos.» El titular de la institución reconoce que durante el estado de alarma algunos derechos se vieron intensamente afectados pero señala que «una interpretación conjunta de la Constitución y de la LOEAES permite concluir que se limitan derechos, pero no se suspenden». Así, recuerda que esta distinción «no es baladí». «La limitación modula el ejercicio de los derechos, la suspensión los elimina». https://www.defensordelpueblo.es/noticias/constitucionalidad-estado-alarma/

Cabe recordar que, conforme a la STC 94/1993, de 22 de marzo, «las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas deben fundarse en una ley, y aplicarla en forma razonada y razonable (STC 85/1989, FJ 3)» (F. 4) y que (STC 146/2006, de 8 de mayo, FJ 2) «constituye doctrina de este Tribunal que una medida de ese tipo debe sujetarse a parámetros de proporcionalidad en relación con la preservación de otros derechos o bienes constitucionales. Ha de tratarse así de una medida útil y necesaria para la protección de un bien constitucionalmente importante», algo que se reitera en la STC 84/2013, de 11 de abril, FJ 6.

Como es obvio, no entramos aquí a valorar si las medidas limitativas de la libertad de circulación eran las mejores para contener la epidemia pero, además de aplicarse de forma razonada y razonable, «deben fundarse en una ley» y nos parece discutible, cuando menos, que en el caso que nos ocupa tengan un fundamento claro en la L. O. 4/1981, máxime teniendo en cuenta la obligación iusfundamental de interpretar la normativa aplicable en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales (STC 17/1985, de 5 de marzo, FJ 4) y, lo que no debe olvidarse, las posibles consecuencias sancionadoras que el incumplimiento de las citadas prohibiciones ha podido ocasionar[34].

En todo caso, y aunque las medidas previstas por el Real Decreto 463/2020 encajaran en principio en las limitaciones a la libertad de circulación contempladas en la L. O. 4/1981, nos parece que no agotaban su incidencia en ese derecho fundamental sino que, como ha destacado el profesor Álvarez García, afectaron de manera relevante a otros derechos y libertades, tales como la libertad religiosa[35], la intimidad familiar, el derecho de reunión y manifestación[36], el derecho a la educación, el derecho al trabajo o la libertad de empresa[37]. Vicente Álvarez (2021b) se pregunta: «¿pueden adoptarse medidas sanitarias en base al derecho de crisis ahora existente para evitar

[34] Véanse los trabajos de Nogueira López (2020: 22-31), Amoedo Souto (2020: 66-77), Cotino Hueso, (2020a: 88-101 y 2020b), Maroto Calatayud (2021: 211-223) y Cano Campos (2021: 225-239); sobre los factores asociados al incumplimiento de estas previsiones, Gómez-Bellvís (2020).

[35] Al respecto, García García (2021: 127-141).

[36] Presno Linera (2021: 109-125).

[37] Cidoncha Martín (2021: 157-172).

las aglomeraciones sociales, impidiendo de manera prácticamente absoluta la asistencia a los encuentros familiares, a los templos, a las reuniones, a las manifestaciones, a los centros religiosos o a los comercios y locales e instalaciones de ocio de todo tipo?».

Es verdad que la LOEAES sí prevé, en el artículo 12.1, que «en los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo cuarto, la autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales», lo que, en materia de epidemias, suponía en ese momento una remisión a una normativa desfasada: la Ley de Bases de la Sanidad de 25 de noviembre de 1944 y al Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas, desinfección y desinsectación, aprobado por el Decreto de 26 de julio de 1945, aunque hoy la remisión debe entenderse a la legislación vigente en el materia.

Compartimos, así, el diagnóstico que ofrece Álvarez García: «la inclusión de las epidemias como supuesto de hecho para la declaración del estado de alarma, que apriorísticamente parecía ofrecer un poder más amplio a las autoridades sanitarias que el ofrecido por la legislación ordinaria para luchar contra estas crisis, se muestra, por el contrario, como una técnica sujeta a unos límites que la hacen de dudosa eficacia. Este error insospechado pudo tener su origen en la idea de que las grandes epidemias ya habían desaparecido de la realidad del mundo desarrollado (entre el que se encontraba España) gracias al desarrollo científico y sanitario; o a la idea de que la lucha histórica contra las grandes epidemias se había hecho no tanto con medidas para todo el Estado, sino localizadas territorialmente (dado que los niveles de movilidad eran más limitados), y que, naturalmente, nunca se había confinado a la población entera del país en sus casas…

En definitiva, parece que las previsiones del estado de alarma… no sirven para hacer frente a grandes epidemias, como la provocada por la Covid-19, que se caracterizan por su profunda intensidad en la amenaza de la vida de las personas y de la salud pública en general, por su carácter territorial generalizado (pues afectan a todo el país) y por su extensa duración (que se extiende durante muchos meses, cuando no años). Estos mecanismos son útiles para otro tipo de catás-

trofes naturales o humanas, pero de unas dimensiones más reducidas (que afecten a una parte del territorio nacional durante unos días o, a lo sumo, durante unas semanas)… La conclusión es que difícilmente el estado de alarma, tal y como se regula en la LOEAES, puede ser un mecanismo idóneo para luchar contra las pandemias»[38].

VI. La tercera crisis del estado de alarma: su escasa funcionalidad en el contexto del Estado Autonómico

El 9 de octubre del año 2020 se aprobó el Real Decreto 900/2020 por el que se declaró el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, que se aplicó a 9 municipios de la Comunidad de Madrid y que se justificó con, entre otros, los siguientes argumentos:

> … Teniendo en cuenta que… la autoridad judicial no ha ratificado la medida referida a la limitación de la entrada y salida de personas de los municipios afectados, única medida contemplada en Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad susceptible de ratificación o autorización judicial por limitar o restringir derechos fundamentales, resulta necesario ofrecer una cobertura jurídica puntual e inmediata que resulte suficiente para continuar con la aplicación de esta medida, ante la grave situación epidemiológica existente en los municipios afectados y con el fin de evitar el riesgo que se ocasionaría en caso de no ser posible continuar con su aplicación…

Este estado de alarma, como cualquier otro, exigió que el decreto fuese acordado en Consejo de Ministros y luego dar cuenta al Congreso de los Diputados, a quien no llegó a pedírsele la prórroga. Es verdad que la L. O. 4/1981 permite (artículo 7) que la autoridad competente pueda ser, por delegación del Gobierno, «el presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad», pero no necesariamente es así –en el caso que nos ocupa la autoridad competente fue el Gobierno– y, en cualquier caso, esa eventual delegación no elude

[38] *Ob. cit.*

el acuerdo inicial del Gobierno ni la intervención del Congreso de los Diputados. Además, durante la vigencia del estado de alarma, corresponde al Gobierno suministrar al Congreso la información que le sea requerida y, asimismo, le dará cuenta de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con este (artículo 8). Finalmente, y admitiendo que será conveniente escuchar al presidente de la Comunidad Autónoma afectada en los debates parlamentarios sobre la prórroga del estado de alarma y las medidas por las que debe regirse, la decisión última corresponde a la Cámara Baja y el Gobierno conserva buena parte del protagonismo.

No es ajena a esta posible disfuncionalidad que la Ley Orgánica 4/1981 se aprobara cuando el Estado autonómico español estaba comenzando a desarrollarse –aún no se habían aprobado la mayoría de los estatutos de autonomía– y muchas de las cuestiones susceptibles de afectación por un estado de alarma (sanidad, protección civil, medio ambiente, consumo…) son ahora competencia, en buena parte, de las comunidades autónomas[39].

En esta línea, el Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el tercer estado de alarma para atender la pandemia de COVID-19, *sí atendió al modelo territorial español a la hora de articular el haz de medidas aprobadas para contener la pandemia: por una parte,* «en cada comunidad autónoma y ciudad con estatuto de autonomía, la autoridad competente delegada será quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma o ciudad con estatuto de autonomía, en los términos establecidos en este real decreto» (artículo 2.2); en segundo lugar (artículo 2.3), estas autoridades competentes delegadas quedaron habilitadas para dictar, por delegación del Gobierno de la Nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11, preceptos que contenían el grueso de las medidas a adoptar. Incluso, «la autoridad competente delegada en cada comunidad autónoma o ciudad con estatuto de autonomía podrá, en su ámbito territorial, a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad, previa comunicación al Ministerio de Sanidad y de acuerdo con lo previsto en el artículo 13, modular,

[39] Véase al respecto el estudio colectivo coordinado por Tudela Aranda (2021) y el informe dirigido por Ridao (2021).

flexibilizar y suspender la aplicación de las medidas previstas en los artículos 6, 7 y 8, con el alcance y ámbito territorial que determine. La regresión de las medidas hasta las previstas en los mencionados artículos se hará, en su caso, siguiendo el mismo procedimiento» (artículo 10).

Es discutible, no obstante, que en nuestro marco constitucional quepa atribuir a las comunidades autónomas la capacidad para acordar, incluso como autoridad delegada, la restricción de entradas en el respectivo territorio (artículos 6 y 9), máxime si eso implica, como prevé el segundo párrafo del artículo 9.1, una afectación al régimen de fronteras[40].

VII. El control de constitucionalidad de los estados de alarma por Covid-19: la crisis continúa

1. El control de constitucionalidad de las normas que declaren o prorroguen el estado de alarma

Como se recordará, el primer estado de alarma en España –el que se acordó por medio del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre– fue impugnado jurisdiccionalmente y si partimos de que tal declaración se realiza mediante un decreto del Consejo de Ministros no parecería descabellado entender que cabe un control de su legalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS); sin embargo esta vía fue descartada de raíz por el propio TS con ocasión de los recursos presentados por los controladores aéreos: en siete autos dictados entre 2011 y 2012 (AATS 857/2011, de 10 de febrero; 2985/2011, de 9 de marzo; 3816/2011, de 5 de abril; 5696/2011 y 5698/2011, de 30 de mayo; 6821/2011, de 8 de junio; y 6197/2012, de 1 de junio) ese Tribunal estimó que la declaración del estado de alarma no es un ejercicio de la potestad reglamentaria

[40] «La medida prevista en el artículo 6 no afecta al régimen de fronteras. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de que dicha medida afecte a un territorio con frontera terrestre con un tercer Estado, la autoridad competente delegada lo comunicará con carácter previo al Ministerio del Interior y al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación».

que le atribuye al Gobierno el artículo 96 CE, sino de la competencia constitucional, diferente, regulada en artículo 116.2 CE.

Esta doctrina fue asumida por el TC, primero por mayoría (Auto del Tribunal Constitucional [ATC] 7/2012, de 13 de enero) y luego por unanimidad (STC 83/2016, de 28 de abril), al entender que aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley[41].

Y a esta doctrina fue acogida de nuevo, en su Auto de 4 de mayo de 2020, por el TS al resolver el recurso en el que, en forma directa,

> se impugna el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para gestión de la pandemia ocasionada por infección del acrónimo COVID-19, así como el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, el Real Decreto 4870/2020, de 10 de abril y el Real Decreto 463/2020, que establecen sus prórrogas, así como –en lo que se denomina ampliación– el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, que lo prorroga por tercera vez.

Este Auto, que recuerda la anterior jurisprudencia tanto del TS como del TC, insiste (FJ 4) en que

> la posibilidad de control en estos casos corresponde, sin duda alguna, al Tribunal Constitucional en ejercicio de sus competencias de control de la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley, como declaró el mismo al considerar que "aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10).

[41] Sobre esta STC véanse los comentarios de Álvarez Vélez (2016: 325-340) y Garrido López (2017: 43-73).

No obstante, en ese fundamento jurídico y en el siguiente, se añade,

> Lo que se acaba de expresar no excluiría que en aquellas situaciones en las que, no se haya producido la dación de cuenta al Congreso o no haya recaído la autorización de prórroga parlamentaria que exige el artículo 116.2 CE, la forma de decreto que revista la declaración de alarma pudiera recobrar su relieve a efectos de nuestro control jurisdiccional. Aunque el decreto de declaración de la alarma proceda del Gobierno como órgano constitucional, su control correspondería a esta Sala, como permite el artículo 2 a) de la LJCA, respecto de lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado conceptos judicialmente asequibles" (por todas, sentencia de 20 de noviembre de 2013 o sobre los hechos determinantes. La declaración "argumentativa de la STC 83/2016 que se ha transcrito no lo impide en cuanto ha sido formulada por el Tribunal Constitucional al resolver un recurso amparo (STC 83/2016) y no en sede de tribunal de control de constitucionalidad de las leyes.
>
> La falta de jurisdicción sobre decretos de declaración del estado de alarma se refiere únicamente a la norma de declaración y a sus prórrogas pero no a los decretos o disposiciones que acompañen a dicha declaración o que se dicten durante su vigencia o en relación con la misma (artículo 8.2 Ley 4/1981, de 1 de junio) ni tampoco respecto de sus actos de aplicación. Así lo dispone en forma expresa el artículo 3.1 de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, y lo estableció ya en su momento el Auto de la Sección Séptima de esta Sala de 30 de mayo de 2011, que admitió a trámite el recurso en cuanto se dedujo contra el Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por tratar una actuación con alcance y significación diferente a la declaración del estado de alarma y a la solicitud y autorización de su prórroga. Sobre dicha impugnación recayó posteriormente la sentencia de 22 de abril de 2015.

En consecuencia, solo a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad (eventualmente de una autocuestión) pueden enjuiciarse en términos generales el decreto que declara el estado alarma y sus eventuales prórrogas.

Al margen de otras cuestiones que ahora no viene al caso comentar, el control en exclusiva de estos decretos por el TC no tendría que ser, en principio, problemático si dicho Tribunal diera una respuesta relativamente rápida a una cuestión tan relevante como es

resolver si las limitaciones de derechos fundamentales establecidas durante un estado de alarma son compatibles, o no, con la CE. Pero lo cierto es que el Decreto 463/2020 fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad «promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de VOX en el Congreso» y, aunque fue admitido a trámite por providencia de 6 de mayo de 2020, no hubo una sentencia hasta el 14 de julio de 2021 (la STC 148/2021), exactamente dieciséis meses después de la aprobación del decreto objeto de control de constitucionalidad; por lo que se refiere al segundo decreto de estado de alarma impugnado en vía constitucional –el 926/2020, de 25 de octubre– no se conoció el fallo hasta justo un año después de su entrada en vigor. Parece claro que si bien estas demoras no son responsables de las carencias estructurales del estado de alarma sí inciden en su crisis.

2. *La STC 148/2021, de 14 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo*

El 14 de julio se hizo público el largo tiempo esperado fallo del TC sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario Vox contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (arts. 7, 9, 10 y 11) y varias normas que lo modificaron o lo prorrogaron. La decisión del TC fue adoptada por seis votos contra cinco[42].

Como explica la STC, el recurso de inconstitucionalidad se fundamentó en la supuesta vulneración de los artículos 55.1 y 116 CE y en lo previsto por la LOEAES. Se denunciaron, además, otras infracciones singulares en relación con determinados preceptos constitucionales: (i) los artículos 19 (libertad de circulación), 17 (libertad

[42] Pueden leerse unos primeros comentarios a la STC en el blog de Velasco Caballero https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2021/07/28/problemas-argumentales-en-la-stc-sobre-el-estado-de-alarma-i/ y https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2021/07/29/problemas-argumentales-de-la-stc-sobre-el-estado-de-alarma-ii-cual-es-el-contenido-minimo-de-la-libre-circulacion-en-una-situacion-excepcional/; también los de Doménech Pascual, https://almacendederecho.org/la-conversion-del-estado-de-alarma-en-un-estado-de-excepcion y García-Manzano, P., https://almacendederecho.org/las-dos-logicas-del-estado-de-alarma-comentario-a-la-stc-148-2021-de-14-de-julio (disponibles a 16 de octubre de 2021); con más detalle, Álvarez García (2021b).

personal), 21 (derecho de reunión y manifestación) y 25 (principio de legalidad sancionadora), en conexión con el artículo 10.1 CE (reconocimiento de la dignidad humana), por el artículo 7; (ii) vulneración del artículo 27 CE (derecho a la educación), imputable al art. 9; (iii) vulneración de los artículos 35 (derecho al trabajo) y 38 (derecho a la libertad de empresa) CE, cuya conculcación se reprocha al artículo 10; y (iv) vulneración del artículo 16 CE (derecho a la libertad religiosa) en conexión con el artículo 10.1 CE, que se atribuye a los artículos 7 y 11 del mismo real decreto.

El TC aclaró, en primer lugar (FJ 2), algo que nos parece obvio: no supone un obstáculo para dar respuesta al recurso que las medidas hayan perdido su vigencia hace meses por haber finalizado el estado de alarma. La sola circunstancia del transcurso del período durante el que aquellas rigieron no hace que el recurso de inconstitucionalidad pierda su objeto, pues dicha solución implicaría abrir un inadmisible ámbito de inmunidad del poder frente a la Constitución. Siendo eso cierto, y como ya se ha dicho, no ofrece dudas que la respuesta del TC sobre un recurso con tanta relevancia llega demasiado tarde, máxime si, además, tiene el alcance que luego veremos.

En segundo lugar, el TC recordó (también FJ 2) algo que hemos comentado antes: que los reales decretos del Gobierno por los que se declara o se prorroga el estado de alarma son actos con rango o valor de ley; por este motivo, su impugnación solo es posible ante el propio TC y no, por ejemplo, ante el Tribunal Supremo. En consecuencia, el TC inadmitió el recurso interpuesto en la parte que se refería a una norma reglamentaria del Ministerio de Sanidad que impuso medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres.

No deja de llamar la atención, en tercer lugar, que los recurrentes no discutieran la concurrencia del presupuesto que permite declarar el estado de alarma ni, por tanto, la procedencia de la declaración efectuada por el Real Decreto 463/2020. Aunque consideren inconstitucionales algunas de las medidas acordadas, no estaba en cuestión esa concreta decisión, a la que no se atribuye tacha alguna de inconstitucionalidad; en palabras del TC, la procedencia de la declaración del estado de alarma no se ha cuestionado sino solo la validez de algunas medidas acordadas al amparo del mismo, de

forma que su análisis se limitará a examinar la constitucionalidad de estas, teniendo en cuenta lo previsto en la CE y en la LOEAES. Dice textualmente la STC (FJ 3), «en definitiva, lo que habrá de analizarse aquí es si las limitaciones o restricciones incluidas en la norma impugnada exceden el alcance constitucionalmente posible del estado de alarma; lo cual supondría, sencillamente, una vulneración de los derechos afectados…»

Estas palabras del TC también nos parecen relevantes porque si, como se dice, no se cuestiona la declaración del estado de alarma, sino si las medidas exceden de las previstas para tal estado, resulta sorprendente que luego en la sentencia se concluya que lo procedente hubiera sido declarar el estado de excepción, algo que, en ningún caso, tendría que hacer el TC, al que no le corresponde, como es bien sabido, «decir qué es lo que hay que hacer» al aprobar una ley o una norma con rango de ley sino, en su caso, anular «lo que no se puede hacer»; el propio TC así lo sostiene en el FJ 5: «… la cuestión ahora planteada en el seno de este procedimiento, cuya naturaleza "sirve exclusivamente a la 'función nomofiláctica o de depuración del ordenamiento jurídico de leyes inconstitucionales encomendada a este Tribunal'" (STC 86/2019 de 20 de junio, FJ 3, con cita de las SSTC 90/1994, de 17 de marzo, FJ 2; 102/1995, de 26 de junio, FJ 2; 2/2018, de 11 de enero, FJ 2, y 97/2018, de 19 de septiembre, FJ 2).

Como allí mismo se dice, cuando cincuenta diputados o senadores «deciden formular un recurso de inconstitucionalidad están poniendo de manifiesto la existencia de un interés público objetivo en que el Tribunal Constitucional desarrolle su función de garantizar la supremacía de la Constitución mediante el enjuiciamiento de la ley impugnada» (STC 86/2019, de 20 de junio, FJ 2, con cita de las SSTC 17/1990, de 7 de febrero, FJ 1, y 86/1982, de 23 de diciembre, FJ 2)".

El TC continúa explicando (FJ 3) que la declaración de un estado de alarma no permite la suspensión de derechos fundamentales, algo que podría hacerse bajo los estados de excepción y sitio (arts. 55.1 y 116.3 y 4 CE). Sí permite «la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones» a su ejercicio. A continuación, trata de diferenciar los conceptos «limitación» y «suspensión» de los derechos fundamentales, señalando que el primero es el género y el segundo la especie, de forma que toda suspensión es una limitación,

pero no toda limitación implica una suspensión. Más adelante añade que la suspensión parece configurarse como una cesación, aunque sea temporal, del ejercicio del derecho y de las garantías que protegen los derechos (constitucional o convencionalmente) reconocidos. En consecuencia, el TC adopta una concepción material de suspensión, al entenderla como una limitación muy intensa de un derecho fundamental, y no una concepción formal conforme a la cual sería una derogación (provisional) de la norma iusfundamental (desconstitucionalización).

En nuestra opinión, limitación y suspensión de derechos fundamentales no guardan una relación de género y especie sino que, conforme a una teoría de los derechos fundamentales adecuada a nuestra Constitución, son conceptos distintos: la primera implica la negación de la garantía iusfundamental a una de las posibles conductas que cabría encuadrar en el objeto del derecho en cuestión, la segunda es la supresión temporal de la norma que acoge el derecho fundamental.

A continuación el TC va analizando la constitucionalidad de los concretos preceptos recurridos: en primer lugar, resuelve que el artículo 7, que impuso la prohibición de circular salvo en ciertos casos justificados (confinamiento), no vulneró los artículos 17 y 25 CE, pues no afectó a la libertad personal ni a los derechos y garantías en materia sancionadora.

A diferente conclusión llegó, sin embargo, respecto del derecho a la libertad de circulación (art.19 CE): el estado de alarma –entiende el TC– planteó la posibilidad de circular no como regla, sino como excepción doblemente condicionada por su finalidad («únicamente… para la realización» de ciertas actividades más o menos tasadas) y sus circunstancias («individualmente», de nuevo salvo excepciones). Se configura así una restricción de este derecho que es, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido y eso excede, a juicio del Tribunal, lo que la LOEAES permite hacer: «limitar la circulación o permanencia… en horas y lugares determinados»: art. 11, letra a)].

Y, siguiendo ese concepto material de suspensión previamente ofrecido, considera que una norma que prohíbe circular a todas las personas, por cualquier sitio y en cualquier momento, salvo en los

casos expresamente considerados como justificados, supone una suspensión del derecho a la libertad de circulación, algo no permitido bajo el estado de alarma. Pero no solo la libertad de circulación resultó vulnerada según la mayoría, sino también la libertad de residencia, pues resultó constreñida al lugar que tuviera dicho carácter en el momento de entrada en vigor del estado de alarma (FJ 5).

En este punto, y como pone de relieve el profesor Álvarez García,

> la Sentencia considera que el confinamiento total es contrario al art. 19 CE porque supone una suspensión de la libertad de circulación. Considera, a renglón seguido, que el estado de excepción sí permite esta suspensión. El problema viene después, cuando la decisión constitucional reseñada indica que: "Adicionalmente, tal vaciamiento de este derecho comporta, como insoslayable corolario, la amputación material de la posibilidad, constitucionalmente protegida por el juego combinado de los artículos 21.1 y 18 CE, de mantener reuniones privadas, por razones familiares o de amistad, incluso en la esfera doméstica" (FJ 5). Dicho en otros términos, el confinamiento también es contrario al artículo 18 CE (debe entenderse que al artículo 18.1 –esto es, al derecho a la intimidad personal y familiar-). Y aquí está la cuestión irresoluble: el artículo 18.1 CE no es un derecho que pueda ser objeto de suspensión ni con la aplicación del estado de excepción, ni siquiera con el estado de sitio[43].

Finalmente, descarta el TC que se haya vulnerado la libertad de reunión y manifestación del artículo 21 CE (FJ 6); tampoco se lesionaron las libertades que garantizan el funcionamiento de partidos políticos y sindicatos ni el derecho fundamental del artículo 23 CE en relación con la participación en los procesos electorales a los Parlamentos autonómicos.

Más adelante (FJ 8), la STC se ocupa del artículo 9 del decreto, que impuso «medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación» y concluye que la suspensión de la asistencia personal de los estudiantes a los centros educativos contó con fundamento suficiente en la LOEAES y no resultó desproporcionada, por lo que tal decisión no fue inconstitucional.

---

[43] 2021.

En el FJ 9 el TC responde a la petición de inconstitucionalidad del artículo 10, que contempla «Medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales». Los recurrentes entendieron que vulneraba los derechos al trabajo y a la libertad de empresa (artículos 35 y 38 CE) aunque el TC descarta de inmediato que resultara afectado el derecho al trabajo, pues no garantiza la realización de cualquier actividad sino elegir libremente profesión u oficio.

Para el TC no hay duda de que algunas de las reglas del artículo 10 limitaron de forma muy intensa y carácter temporal el libre mantenimiento de la actividad empresarial en algunos de los sectores directamente concernidos pero contaron con fundamento en la LOEAES y no resultaron desproporcionadas. Sin embargo, la introducción de un apartado 6 de este artículo 10 por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, que modificó el 463/2020, que apoderaba al titular de un departamento ministerial para reducir los márgenes previamente fijados en los que esa libertad se mantenía, resulta inconstitucional. Dicha habilitación permitió, en definitiva, que la libertad de empresa fuera limitada más allá de lo previsto en los apartados 1, 3 y 4 del real decreto sin la correspondiente dación de cuentas al Congreso de los Diputados, garantía de orden político de la que no cabe en modo alguno prescindir.

Finalmente (FJ 1O), el TC estudia la constitucionalidad del artículo 11 («Medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas») y concluye que no se produjo vulneración del derecho a la libertad religiosa por condicionar la asistencia a lugares de culto y a ceremonias religiosas «a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones» y en posibilitar determinada distancia entre asistentes.

La última parte de la STC (FJ 11) es la relativa a los efectos que se derivan de las declaraciones de inconstitucionalidad aunque el TC la inicia con una extensa consideración sobre cuestiones que no parecen proceder en ese momento: el debate sobre el debate de alarma en el proceso constituyente, la aceptación por los recurrentes de que procedía el estado de alarma, incluso una apelación encubierta a reformas normativas y, finalmente, lo que parece un salto argu-

mental para concluir que la situación pandémica «hubiera permitido justificar la declaración de un estado de excepción atendiendo a las circunstancias realmente existentes, más que a la causa primera de las mismas; legitimando, con ello, incluso la adopción de medidas que impliquen una limitación radical o extrema (suspensión, en los términos razonados en el FJ 5) de los derechos aquí considerados».

Como el propio TC había sostenido al inicio de la sentencia, su labor consistía nada más que en analizar la constitucionalidad de las medidas impugnadas no, como parece hacer al final, en decir lo que el Gobierno debería o podría haber hecho aunque en la STC se pretende salvar esta objeción diciendo que al TC «… conforme a la condición de "intérprete supremo de la Constitución" que le atribuye el artículo 1 de su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, sí le compete "dota[r] a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias […] a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta" (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9). No es pues preciso forzar el razonamiento constitucional para afirmar, como allí mismo se hacía, la necesidad "de una interpretación evolutiva [de la Norma Fundamental que] se acomoda a las realidades de la vida […] como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad", por lo que no basta una "interpretación […] originalista de los textos jurídicos", sino que es igualmente precisa "la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico".

Nos parece cuestionable la apelación que hace la STC a «una interpretación evolutiva» de la Constitución, en la línea de la que empleó en su día cuando resolvió la constitucionalidad de la ley sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, citada expresamente en la STC 148/2021 –la STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9)[44], pues de lo que se trata es de extraer en cada caso la interpretación constitucionalmente adecuada que derive de la concreta Norma Fundamental ante la que nos encontramos y nos parece, cuando menos, muy discutible que de la Constitución española se deduzca tal «lectura evolutiva»,

[44] Sobre la "interpretación evolutiva" en la STC 198/2012, Matía Portilla (2013: 535-554).

pues una cosa es la interpretación de una norma legal –la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que se refiere la STC 17/1985, mencionando eso sí el principio de efectividad del derecho fundamental afectado; el Código Penal, analizado en la STC 89/1993, o la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, de la que se trata en la STC 341/1993– y otra la interpretación de la propia Constitución.

Un poco más abajo, en el mismo FJ 11, se añade:

> así las cosas, resulta claro que, aunque la causa primera de la perturbación sea una epidemia [lo que sin duda justifica el recurso al estado de alarma ex art. 4 b) LOEAES], la situación que el poder público debía afrontar se ajustaba también a los efectos perturbadores que justificarían la declaración de un "estado de excepción". Cuando una circunstancia natural, como es una epidemia, alcanza esas "dimensiones desconocidas y, desde luego, imprevisibles" para el legislador a que aludíamos en nuestro reiterado ATC 40/2020, puede decirse que lo cuantitativo deviene cualitativo: lo relevante pasan a ser los efectos, y no su causa. Como apunta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su mencionada decisión de 13 de abril de 2021, asunto *Terhe c. Rumanía*, "no cabe duda de que la pandemia de la COVID-19 puede tener efectos muy graves no solo para la salud, sino también para la sociedad, la economía, el funcionamiento del Estado y la vida en general" (§ 39). Cuando la gravedad y extensión de la epidemia imposibilitan un normal ejercicio de los derechos, impiden un normal funcionamiento de las instituciones democráticas, saturan los servicios sanitarios (hasta temer por su capacidad de afrontar la crisis) y no permiten mantener con normalidad ni las actividades educativas ni las de casi cualquier otra naturaleza, es difícil argüir que el orden público constitucional (en un sentido amplio, comprensivo no solo de elementos políticos, sino también del normal desarrollo de los aspectos más básicos de la vida social y económica) no se ve afectado; y su grave alteración podría legitimar la declaración del estado de excepción. Otra cosa implicaría aceptar el fracaso del Estado de Derecho, maniatado e incapaz de encontrar una respuesta ante situaciones de tal gravedad. En definitiva, tal situación hubiera permitido justificar la declaración de un estado de excepción atendiendo a las circunstancias realmente existentes, más que a la causa primera de las mismas; legitimando, con ello, incluso la adopción de medidas que impliquen una limitación radical o extrema (suspensión, en los términos razonados en el fundamento jurídico 5)

de los derechos aquí considerados. Lo cual hubiera exigido la "previa autorización del Congreso de los Diputados" prevista en el art. 116.3.

El TC acaba «reconstruyendo» el supuesto de hecho que justifica la adopción del estado de excepción y convierte la pandemia de COVID-19, y los conocidos efectos que ha provocado en múltiples ámbitos y derechos, que es la premisa para declarar el estado de alarma, en un presupuesto para la declaración del estado de excepción. Esta conclusión, por una parte, va más allá de lo que corresponde decidir al TC y, por otra, tampoco resuelve lo que parece ser la preocupación del Tribunal: «el fracaso del Estado de derecho, maniatado e incapaz de encontrar una respuesta ante situaciones de tal gravedad», pues, como ya se ha dicho, tampoco el estado de excepción incluye todas las respuestas para una situación como la vivida dado que no se prevé, ni siquiera en la Constitución, la suspensión del derecho a la intimidad familiar.

Por lo que a los efectos en sentido estricto se refiere, la STC (FJ 11) estima que se permiten revisar los procesos penales o contencioso-administrativos sancionadores derivados de la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales si dichas normas fueron el fundamento único de la sanción y la revisión supone una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad (por ejemplo, las multas impuestas por quebrantar el confinamiento). La inconstitucionalidad declarada, sin embargo, no servirá por sí misma para plantear reclamaciones de responsabilidad patrimonial a las administraciones públicas[45].

3. La STC 183/2021, de 27 de octubre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y su prórroga.

El 27 de octubre de 2021 se conoció la Sentencia 183/2021 que, por seis votos frente a cuatro, estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados y diputadas del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra los artículos 2 (apartados 2 y 3), 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 14 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado

[45] Véanse Blanquer Criado (2020b) y Doménech Pascual (2021: 293-308)

de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2; contra los apartados 2, 4 y 5 de la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el citado real decreto; y contra el artículo 2, la disposición transitoria única y la disposición final primera (apartados uno, dos y tres) del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020.

Esta sentencia se inserta, en teoría, en la jurisprudencia anticipada por la anteriormente comentada STC 148/2021 pero, como veremos, con no pocos matices. Como también ocurrió con el enjuiciamiento del Real Decreto 463/2020, aquí la STC también llega cuando las normas recurridas han perdido vigencia, lo que no es óbice, como recuerda el TC, para que puedan ser enjuiciadas.

En esta ocasión, el TC atribuye desde el principio valor de parámetro de constitucionalidad a la LOEAES [«…Los actos normativos que declaren o prorroguen un estado de alarma cuentan con rango de ley, pero tendrán en este punto que atenerse a lo permitido al efecto por la ley orgánica a la que la Constitución remite (arts. 11 y 12 LOAES, en especial) FJ 3.B.e].

A continuación, el TC descarta (FJ 4) la inconstitucionalidad reclamada por los recurrentes de la limitación de la libertad de circulación de personas en horario nocturno, no solo porque no lesiona los artículos 17.1, 25 y 55 CE, sino también porque no menoscaba la libertad de circulación (artículo 19 CE) y ello porque encaja en abstracto en las limitaciones previstas en el artículo 11 de la L. O. 4/1981 y la medida respeta el principio de proporcionalidad: fue adecuada para combatir la evolución negativa de la pandemia, fue necesaria para controlar su progresión y fue proporcional para proteger la vida y la salud pública. El TC añade que la limitación fue en un horario que la mayoría de la población dedica al descanso y que medidas similares se adoptaron en Francia e Italia.

En el FJ 5 la STC 183/2021 analiza la constitucionalidad de la limitación de entrada y salida de personas en comunidades y ciudades autónomas o en ámbitos territoriales inferiores, medida que los recurrentes consideran una suspensión del derecho no permitida

por los artículos 55 CE y 11 LOEAES. El TC lo descarta y concluye que la medida encajaba en el citado artículo 11.a) de la LOEAES y, como en el caso anterior, fue adecuada, necesaria y proporcional.

El FJ 6 es el relativo a la impugnación de la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados y ahí el TC considera que la medida es compatible con lo previsto en el ley orgánica reguladora del derecho de reunión, encaja en el artículo 11 LOEAES y cumple asimismo las exigencias propias del principio de proporcionalidad.

En el FJ 7 se enjuicia si fue constitucional la limitación de la permanencia de personas en lugares de culto, centrándose en la dimensión externa del artículo 16 CE, ya que la interna (el ejercicio individual y privado de la libertad religiosa) nunca estuvo limitada. El TC concluye que si la limitación simplemente condiciona el establecimiento de aforos de asistencia a actos religiosos y de culto al cumplimiento de un criterio de alcance general como es el del «riesgo de transmisión» de la pandemia, derivado de aquellos encuentros colectivos, pero sin establecer pautas de cuantificación o porcentajes máximos de asistencia, debe desestimar la pretensión sin más largo discurso argumentativo; en primer lugar, porque se trata de una impugnación que tiene carácter preventivo, en la medida en que no es esta norma la cuestionable sino la que, en uso de la habilitación conferida, hubiera podido dictar la autoridad autonómica correspondiente estableciendo los aforos máximos para su ámbito territorial. Y, en segundo término, porque, como ha declarado este Tribunal, la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca motivo bastante para declarar [su] inconstitucionalidad» (SSTC 58/1982, de 27 de julio, FJ 2, 83/2020, de 15 de julio, FJ 8, y 170/2020, de 19 de noviembre, FJ 6).

El FJ 8 es el relativo al enjuiciamiento de la duración de la prórroga del estado de alarma. El TC descarta que tal prórroga de seis meses vulnerara el derecho a la participación política de los recurrentes (artículo 23 CE), dado que pudieron participar en el debate que acordó dicha prórroga. Igualmente se rechazan «las citas que la demanda hace, sin fundamentación precisa alguna, de los artículos 1 (apartados 1 y 2) y 66 CE». Añade a continuación el TC que el Congreso debe fijar en la resolución de autorización de la

prórroga el límite máximo de prolongación del estado de alarma y «a su finalización, deba someterse a la nueva valoración y decisión política de la Cámara la eventual prolongación, con unas u otras condiciones, del estado de alarma, si el Ejecutivo llegara a considerar insuficiente el tiempo concedido o, lo que es lo mismo, la efectividad hasta el momento alcanzada de las medidas en su día autorizadas. Solo de este modo puede asegurar el Congreso su rigurosa disposición, en garantía de los derechos de todos, sobre el estado de alarma que decidió prorrogar; todo ello con independencia de lo que pudieran deparar los controles parlamentarios generales o, incluso, la eventual exigencia por la Cámara de responsabilidad política al Gobierno (art. 108 CE)».

Más adelante el TC dice dos cosas, la primera obvia y la segunda, a nuestro juicio, sorprendente y, con todos los respetos, errónea: «ni el límite constitucional de quince días –que pesa, por mandato constitucional, sobre el Gobierno– es trasladable a la determinación parlamentaria de la duración de esta prórroga, ni, tampoco, el principio de proporcionalidad resulta pauta adecuada para enjuiciar la validez del plazo establecido por el Congreso de los Diputados».

Es sabido y, en mi opinión, criticable que la LOEAES no fija unos límites temporales máximos a las prórrogas del estado de alarma aunque sí dispone (artículo 1.2) que «las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias».

Se puede leer en la STC que «para la posible valoración jurídico-constitucional de establecer unos plazos de prórroga de mayor o de menor duración, nada aporta el principio de proporcionalidad, cuya racionalidad propia está en la necesidad de equilibrar o ajustar bienes en tensión recíproca, aunque estén igualmente reconocidos por la Constitución; tensión que en absoluto cabe aquí ver». A nuestro juicio, y a ello se alude también en los votos particulares de los magistrados Conde-Pumpido, Xiol y Balaguer, sí cabe encontrar «bienes en tensión recíproca»: por una parte, los derechos fundamentales afectados por una prórroga de esa extensión y, por otra, la protección de bienes como la vida y la salud pública. Sin embargo, la mayoría que apoya el

fallo prescinde del principio de proporcionalidad y acude, en su lugar, al «de razonable adecuación a las circunstancias del caso concreto».

Para la mayoría la duración en sí no es lo único relevante sino el razonamiento que al respecto haga el Congreso y que, según esa misma mayoría, debe extenderse a: (i) la necesidad de que el estado de alarma deba ser prolongado más allá del inicialmente declarado por el Gobierno, en función de las circunstancias concurrentes que aprecie y de los argumentos justificativos que aporte el Ejecutivo; (ii) el establecimiento del período de tiempo que, previsiblemente, estime imprescindible para revertir la situación de grave anormalidad constitutiva del estado de alarma inicialmente declarado. A tal efecto, el Gobierno podrá (como así lo hizo en el caso de autos) proponer un período de prolongación que deberá ser valorado por la Cámara, aceptándolo, modificándolo, o llegando incluso a establecerlo por sí el propio Congreso de los Diputados, en atención a la exigencia de que aquella duración sea siempre la previsiblemente indispensable para hacer cesar la alteración; (iii) la procedencia de las medidas a aplicar en el período de prolongación. Deberá existir una correspondencia entre aquellas medidas y el previsible período de duración de la prórroga, de tal manera que el Congreso deberá razonar sobre si las medidas a aplicar se reputan previsiblemente adecuadas para proveer al restablecimiento de la normalidad en aquel período extendido del estado de alarma autorizado. Tales medidas pueden, o bien ser propuestas por el Gobierno y aceptadas o modificadas por el Congreso, o bien esta Cámara establecer por sí las que estime necesarias y fijar su «alcance y condiciones»; y (iv) sobre la prudencia que, a la hora de fijar el plazo de duración de la prórroga, ha de observar el Congreso para que pueda hacer efectivo el control periódico de la revisión de la actuación del Gobierno, en relación con la situación de crisis a la que ha de hacer frente».

La STC concluye que únicamente se cumplió el primero de los criterios citados que «no puede calificarse de razonable o fundada la fijación de la duración de una prórroga por tiempo de seis meses que el Congreso estableció sin certeza alguna acerca de qué medidas iban a ser aplicadas, cuándo iban a ser aplicadas y por cuánto tiempo serían efectivas en unas partes u otras de todo el territorio nacional al que el estado de alarma se extendió (art. 3 del Real Decreto 926/2020)…

Por otro lado, pero en estrecha conexión con el anterior, tampoco fue observado el cuarto de los criterios enunciados; esto es el de que el Congreso, a la hora de autorizar la duración de la prórroga del estado de alarma, guardara prudentemente la potestad de mantener el control al Gobierno, sometiendo a la debida reconsideración periódica la aplicación de las medidas aprobadas y su eficacia… Finalmente, tampoco fue cumplido el tercero de los criterios anteriormente expresados, que habría requerido del Congreso que, en su labor de control de la solicitud de autorización cursada por el Gobierno, razonara sobre la debida correspondencia entre el período de duración de la prórroga a autorizar y las medidas a aplicar en su transcurso…»

Y todo ello porque la mayoría considera insuficiente que, de modo implícito, la Cámara hiciera suya la motivación expresada por el Gobierno para solicitar aquel período de tiempo, algo que, en mi opinión, podría entenderse que forma parte de la autonomía constitucionalmente reconocida al Congreso, en la misma línea que se defiende en los votos particulares de los magistrados Xiol y Conde-Pumpido; este último argumenta que «el acuerdo parlamentario deberá recoger las razones derivadas del control político o de oportunidad, ya sean propias, ya sean el resultado de asumir las expresadas por el ejecutivo en su solicitud de prórroga. Razones que son fruto, en todo caso, del debate parlamentario y se plasman en un acuerdo mayoritario de la Cámara adoptado en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas por la Constitución y la LOEAES... se puede sostener que sí hay una argumentación y esta es, cuando menos, doble: por una parte, las razones esgrimidas por el Gobierno y asumidas mayoritariamente en el acuerdo parlamentario; y, por otra parte, el propio debate parlamentario que propició la asunción por la mayoría de la Cámara Baja (194 votos afirmativos, 53 votos negativos y 99 abstenciones) de la prórroga, su duración y de las condiciones vigentes, con modificaciones respecto de las establecidas inicialmente por el Gobierno». Por su parte, el presidente del TC, en su voto particular, concluye que «(a) ni se deriva de la Constitución que el estado de alarma prorrogado esté sometido, como modalidad de control parlamentario específico, a una duración corta; (b) ni la duración determinada de seis meses se revela, en la coyuntura fáctica de la evolución de la pandemia, como desprovista de una suficiente

razonabilidad; y (c) ni el Parlamento resultó privado de suficientes instrumentos de fiscalización durante la vigencia del estado de alarma, que le habilitaban incluso a impulsar su revocación por el Gobierno». Con un carácter más general, la magistrada Balaguer señala que «es preciso que las fases del itinerario argumentativo descrito, para guiar la exégesis de la norma, estén objetivamente definidas y no se basen, a su vez, en conceptos jurídicos altamente indeterminados. Y esto es exactamente lo que sucede con el canon propuesto en relación con esta sentencia. La mera referencia que se hace al principio de "prudencia" pone de manifiesto lo ajeno que resulta ese canon a la jurisprudencia constitucional y al propio texto de la Constitución de 1978».

Finalmente, la STC 183/2021 se ocupa, en el FJ 10, de la parte del recurso relativa a la designación de autoridades competentes delegadas; la mayoría que respalda el fallo entiende, por lo que se refiere a la designación *in genere* de los presidentes de las comunidades autónomas y de las ciudades con estatuto de autonomía como «autoridades competentes delegadas» para la gestión de las medidas, que esa decisión contraviene lo dispuesto en la ley orgánica a la que reserva el artículo 116.1 CE la regulación de los estados de crisis y las competencias y limitaciones correspondientes… esta conclusión, en nada queda empañada por las consideraciones que expone en sus alegaciones la Abogacía del Estado; consideraciones acaso plausibles en términos de *lege ferenda*, pero que no pueden relativizar, por respeto al Estado de derecho, los términos inequívocos de una previsión legal (art. 7 LOEAES) que las Cortes Generales aprobaron en su día, por lo demás, tras rechazar hasta en dos ocasiones sucesivas otras tantas propuestas de fórmulas legislativas que, tal vez, hubieran podido dar amparo, en este extremo, a la delegación que se impugna». En segundo lugar, «la delegación acordada… no respondió a lo que es propio de un acto de tal naturaleza, que implica que el delegante, en cuanto titular y responsable de la potestad atribuida, establezca, al menos, los criterios o instrucciones generales que deba seguir el delegado para la aplicación de las medidas aprobadas; para el control que haya de ejercer durante su aplicación; y, por último, para la valoración y revisión final de lo actuado».

La mayoría concluye que, en definitiva, «el Congreso quedó privado primero, y se desapoderó después, de su potestad, ni supri-

mible ni renunciable, para fiscalizar y supervisar la actuación de las autoridades gubernativas durante la prórroga acordada (art. 116.5 CE y arts. 1.4 y 8 LOEAES). Quien podría ser controlado por la Cámara (el Gobierno ante ella responsable) quedó desprovisto de atribuciones en orden a la puesta en práctica de unas medidas u otras. Quienes sí fueron apoderados en su lugar a tal efecto (los presidentes de las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía) no estaban sujetos al control político del Congreso, sino, eventualmente, al de las asambleas legislativas respectivas».

Esta conclusión ha sido contestada en los votos particulares: así, a juicio del presidente, el magistrado González Rivas, «será, incompatible con el bloque de la constitucionalidad y en concreto con el artículo 7 LOEAES aquel decreto de alarma que transfiera la titularidad de la competencia de aplicación a un sujeto distinto del Gobierno. Por el contrario, será plenamente conforme con dicho precepto orgánico aquel decreto de estado de alarma que, sin transferir la titularidad de la competencia de aplicación a ningún sujeto distinto del Gobierno, contemple las técnicas de reparto competencial que afecten únicamente al ejercicio de la competencia y no a su titularidad, puesto que estas técnicas no privan ni merman la condición del Gobierno como autoridad competente, en tanto que este conserva intacta la posición de responsable último del ejercicio de las funciones extraordinarias previstas en el decreto de alarma y en la medida que las decisiones de las autoridades competentes delegadas, en tanto que deben reputarse como si fueran adoptadas por el delegante, continúan sujetas al régimen jurídico y a los controles propios de la autoridad delegante, que no es otra que el Gobierno».

Para Xiol Ríos, «la argumentación desarrollada por la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia no ha analizado adecuadamente la diferencia entre una delegación impropia llevada a cabo por una disposición con fuerza de ley como es el decreto de alarma, con una delegación propia de carácter administrativo y la relevancia que esto tiene en el contexto del análisis de la constitucionalidad de los acuerdos impugnados… Es, pues, un acto con fuerza de ley y no un acto administrativo de delegación el que habilita a los presidentes de las comunidades autónomas a aplicar y modular las medidas dentro del marco establecido en el real decreto de alarma que estamos

considerando y esta circunstancia determina que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la delegación administrativa propia, de ser constitucional la delegación establecida por el art. 7 LOEAES, los presidentes de las comunidades autónomas deciden con competencia propia, aunque están obligados a actuar, mientras subsista la vigencia de la norma que opera la delegación, dentro del marco del real decreto declarativo del estado de alarma, que tiene fuerza de ley. Esto abre la posibilidad de que los actos dictados en virtud de esta delegación –que obedece al patrón de las llamadas impropias por la doctrina– imponiendo o modulando las medidas establecidas en el real decreto, sean impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de los restantes procedimientos de control o impugnación que lleva consigo la declaración del estado de alarma».

El magistrado Conde-Pumpido sostiene que «no produciéndose la transferencia de la titularidad de la competencia, es posible realizar una interpretación más flexible y ajustada a la actual organización territorial estatal del art. 7 LOAES, en el sentido de que permite la delegación en los presidentes de las comunidades autónomas, tanto en el caso de estados de alarma territorializados como en el caso de estados de alarma que afecten a la totalidad del territorio. Esta interpretación es coherente con las soluciones ya adoptadas en los estados de alarma precedentes y en los que se reconocieron como "autoridad competente delegada" al jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire (art. 6 del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, en el caso del estado de alarma declarado para hacer frente a la huelga de controladores aéreos), o a los titulares de los ministerios de Defensa, Interior, Transportes y Sanidad (art. 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el primer estado de alarma para hacer frente a la pandemia)... La habilitación hecha en favor de quienes ostenten la presidencia de la comunidad autónoma (o ciudad autónoma) para dictar las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de las medidas limitativas previstas, ha de entenderse sin perjuicio del deber que recae en el Gobierno de la Nación de dar cuenta inmediata al Congreso de los Diputados de la activación o desactivación de dichas medidas, a los efectos de que puede ejercer su control político».

Por su parte, la magistrada Balaguer Callejón argumenta que «la declaración del estado de alarma, amparándose en lo previsto en el art. 116 CE activa un sistema de reorganización transitoria de los poderes del Estado, es cierto. Pero el orden competencial extraordinario vinculado a la declaración del estado excepcional está llamado a aplicarse de forma simultánea al sistema ordinario de reparto competencial, y esa simultaneidad puede llegar a dificultar el éxito de las medidas previstas para luchar, en este caso, contra la crisis sanitaria. Por esto, cuanta menor incidencia tenga el orden competencial extraordinario en el orden competencial ordinario, más sencillo puede ser volver a la normalidad constitucional una vez ejecutadas las medidas previstas en el decreto de declaración del estado de alarma. Más sencillo y respetuoso con el principio de autonomía de las nacionalidades y regiones que reconoce el art. 2 CE».

La STC 183/2021 concluye afirmando que «esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia. Ello sin perjuicio de que tal afectación pudiera, llegado el caso, ser apreciada por los órganos judiciales que estuvieran conociendo o llegaran aún a conocer de pretensiones al respecto, siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable y a lo establecido, específicamente, en el art. 40. Uno de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)", con lo que no queda muy claro, al menos para nosotros, qué consecuencias cabe extraer en lo que respecta a la eventual responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

Recapitulando, y desde nuestro punto de vista, parece acertada la desestimación del recurso respecto a las medidas limitativas del confinamiento nocturno, de la entrada y salida de personas en comunidades y ciudades autónomas o en ámbitos territoriales inferiores, de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados y de la permanencia de personas en lugares de culto.

Nos ofrece dudas la declaración de inconstitucionalidad de la prórroga del estado de alarma durante seis meses, y cuya proporcionalidad no se analiza, porque no se funda en la duración en sí de la medida sino en la ausencia de un razonamiento expreso al respecto por parte del Congreso de los Diputados con arreglo a unos criterios que fija la mayoría del TC y que son, cuando menos, discutibles.

También nos parece cuestionable el rechazo de la designación de los presidentes de las comunidades autónomas y de las ciudades con estatuto de autonomía como «autoridades competentes delegadas». Es indudable que el artículo 7 de la LOEAES dice lo que dice –«A los efectos del estado de alarma la Autoridad competente será el Gobierno o, por delegación de éste, el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad»– y no me parece que esa dicción pueda salvarse con «una interpretación evolutiva de la Constitución», criterio que no comparto desde que se usó para avalar la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo [me parece que había argumentos suficientes para rechazar el recurso desde una teoría de los derechos fundamentales ajustada a la propia Constitución]; no obstante, la mayoría no se limita a ese argumento literal sino que añade a su razonamiento que el Congreso quedó privado de su potestad de control sobre el Gobierno al delegar este en las presidencias autonómicas pero, siendo eso así, el Gobierno, como autoridad delegante, sigue estando sujeto al control de la Cámara Baja y los presidentes de las comunidades autónomas están sometidos a las previsiones del decreto del estado de alarma, que tiene fuerza de ley.

En todo caso, y aceptando, como no podría ser de otra forma, el fallo de la mayoría, de esta sentencia cabe extraer, como mínimo, alguna lección para el futuro aunque sería mejor, dada la urgencia de la situación, que se tomará buena nota en el presente; la principal enseñanza que debemos asumir es, una vez más, la insuficiencia de una norma, la Ley Orgánica 4/1981, para hacer frente a una pandemia como la de COVID-19 como recurso normativo ante estas situaciones está en una crisis profunda tanto en lo que se refiere al alcance de las medidas que permite como a los instrumentos para su gestión (ignora el marco autonómico y adolece de carencias en materia de control parlamentario).

Asumido lo anterior, cosa que está por ver en las instancias con capacidad de impulsar y aprobar cambios legislativos, cabría modificar la regulación del estado de alarma en la LOEAES o derivar el tratamiento jurídico de las crisis sanitarias graves a una legislación específica, bien de nueva creación o modificando las previsiones incluidas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.

VII. Dos resoluciones sobre recursos de amparo relativos al estado de alarma por Covid-19

1. El Auto del Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril

Este Auto del Tribunal Constitucional (ATC) inadmitió a trámite el recurso de amparo promovido por la Central Unitaria de Traballadores/as (CUT) contra la sentencia 136/2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y contra la resolución de 21 de abril de 2020 de la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra en relación con la celebración de una manifestación el 1 de mayo de 2020 en Vigo[46].

El TC resume lo dicho en la STC 66/1995, de 8 de mayo, y en las SSTC 301/2006, de 23 de octubre, 170/2008, de 15 de diciembre, y 96/2010, de 15 de noviembre y todo este arsenal jurisprudencial viene a cuento «pues de lo que se trata es de identificar *ad casum* la noción de "orden público" con peligro para las personas, como elemento que ha servido para prohibir la celebración de la manifestación comunicada».

El TC admite que la resolución de la Subdelegación del Gobierno «es abiertamente ambigua y ni siquiera deja totalmente clara la prohibición, [pero] no puede negarse que existe motivación suficiente en la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de abril de 2020. Cualquier defecto de motivación de la resolución administrativa, por tanto, habría quedado subsanado por la extensa motivación del órgano judicial».

Como ha dicho Bilbao Ubillos, se trata de una «afirmación ciertamente sorprendente, porque, de acuerdo con la doctrina del propio Tribunal, es la Administración la que debe motivar sus actos –de forma más intensa aun cuando afectan al ejercicio de un derecho fundamental– y ese déficit de motivación no puede ser suplido por los tribunales que tienen que controlar precisamente si resulta o no suficiente»[47].

---

[46] Se ocupan de esta resolución, Arnaldo Alcubilla (2020), Bilbao Ubillos (2020), Ituren-Oliver y Esteve-Segarra (2020), Rodríguez-Piñero (2020) y Presno Linera (2021).

[47] *Ob. cit.*, p. 11; en el mismo sentido, Arnaldo Alcubilla (2020: 7).

A continuación el TC declara que «la discusión sobre si el decreto de declaración del estado de alarma supone o no, de facto, y por derivación de la limitación de la libertad deambulatoria del art. 19 CE, una limitación excesiva o incluso una suspensión del derecho de manifestación no puede ser abordada, ni siquiera a efectos dialécticos en este momento procesal, ni siquiera en este recurso de amparo».

En suma, el TC deja de lado el Decreto 463/2020 y pasa a estudiar si la prohibición de la manifestación encaja en el artículo 21 CE. Y lo hace remitiéndose, textualmente, a «una constante jurisprudencia constitucional» sobre el carácter limitado de los derechos fundamentales en general y de la libertad de reunión en particular.

Pero en lugar de seguir con la interpretación del artículo 21, especialmente con la parte que alude a la prohibición de reuniones «cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes», el TC acude a los artículos 15 (derecho a la vida y a la integridad física) y 43 CE (derecho a la salud) y dice

> en el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales son las únicas que se han adverado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981. En todo caso, parece obvio que la prohibición de celebrar la manifestación, que se deriva claramente de la resolución judicial impugnada, guarda una relación lógica y de necesidad evidente con la finalidad perseguida por esa misma interdicción: evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria. La adecuación entre la finalidad pretendida por la limitación y la herramienta jurídica empleada en este caso no parece por tanto inexistente.

El TC, en su juicio de proporcionalidad de la medida prohibitiva añade que

> no se prevén por los organizadores medidas de control de la transmisión del virus específicas, ni destinadas a compensar la previsible concentración de automóviles que podría producirse si existiera una masiva respuesta a la convocatoria, "que el itinerario elegido por los convocantes supone ocupar durante varias horas [en teoría hora y media] la vía principal de circulación automovilística en Vigo, dividiendo la ciudad en dos y, eventualmente, limitando el acceso a los hospitales que se encuentran en la zona alta de la ciudad de las personas que viven en la zona más cercana a la costa" y, más abajo, que "en una situación de alerta sanitaria, la libre circulación de los servicios de ambulancias o urgencias médicas, y el libre acceso a los hospitales es un elemento a tener en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de la limitación de ejercicio del derecho aquí invocado. Y teniéndolo en cuenta en este caso la medida restrictiva puede tenerse como proporcionada. El impacto de la infección de la COVID-19 en la ciudad de Vigo tampoco es un dato despreciable a la hora de formular el juicio de proporcionalidad que nos planteamos…

En relación con estas argumentaciones cabe, sino objetar, sí, cuando menos, precisar lo siguiente: los promotores ofrecen una modalidad de manifestación que puede ser discutible pero, según la L. O. 9/1983, «si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación» (art. 10), es decir, si la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra consideraba que las propuestas de los organizadores eran insuficientes debía proponer medidas que las complementasen: por ejemplo, que la manifestación durase media hora y no hora y media o que el recorrido fuera distinto y no limitase el acceso a los hospitales; sin embargo, la autoridad administrativa no hizo esfuerzo alguno para hacer efectivo un derecho tan relevante como el de reunión en una fecha tan importante como la del 1 de mayo. Y eso que la entidad convocante se había mostrado abierta a adoptar más medidas[48].

[48] Así, en el punto sexto de la convocatoria se decía que, «entendendo a gravidade da situación que vivimos a CUT opta po la manifestación rodada cun manifestante en cada

Hay que recordar que la prohibición constituye, como es lógico si partimos del principio de efectividad de los derechos fundamentales, el «*último recurso*», debiendo antes contemplarse, como prevé la L. O. 9/1983, la opción de proponer a los promotores modificaciones que puedan hacer compatible el derecho de reunión con otros derechos, en la línea de lo resuelto en la misma fecha por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón[49].

---

auto e debidamente protexidos e identificados polo sindicato, e atendendo a calquera outra indicación que se nos faga dende esta subdelegacion ou as autoridades sanitarias».

[49] En su sentencia 151/2020, de 30 de abril, resolvió el recurso interpuesto por la Intersindical de Aragón contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Zaragoza de 22 de abril de 2020 en la que acordó prohibir la celebración de una manifestación comunicada para el 1 de mayo de 2020. En la sentencia, luego de descartar la limitación del derecho de reunión durante la vigencia del estado de alarma, así como también el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad a propósito del contenido del artículo 7 del Decreto 463/2020, el TSJ sostuvo, a nuestro juicio con buen criterio, que lo que «debe explicar la Administración al prohibir la manifestación en cuestión, más allá de invocar de manera genérica la necesidad de combatir la pandemia, es en qué medida, en el caso concreto, limitada la participación a sesenta personas y todos ellos en vehículos individuales, puede suponer un riesgo objetivo y cierto de contagio y propagación de la enfermedad y esto es lo que no hace» (FJ 5).

A continuación el TSJ dice: «Antes bien, la Administración sostiene su decisión en dos valoraciones genéricas que son dos conjeturas. La primera es que "en las circunstancias actuales, es un hecho notorio que es completamente seguro que se produzcan contagios entre las personas participantes que luego puedan extenderse entre sus círculos de amistad, profesionales y familiares, incrementando de esta manera la crisis sanitaria por más que se adopten medidas de seguridad". Tal enunciado genérico se hace sin contrastarlo con el modo de manifestación propuesto, según el cual se hará en coche, con una persona por coche, y con motocicletas o bicicletas. No se explica cómo han de producirse, si cada uno va con la protección prevista, seguros casos de contagio… Es decir, ni se ha justificado una afirmación tan categórica, según la cual de nada servirían los elementos de protección, ni, ante una afirmación tan rotunda, se ha propuesto una alternativa. En cuanto a la afirmación de que podría haber problemas de orden público por parte del resto de los ciudadanos, confinados, es una mera conjetura… En cualquier caso, precisamente para garantizar el libre y seguro ejercicio de los derechos fundamentales del ciudadano están los poderes públicos, en general, y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en particular… la Administración se ha limitado a prohibir, sin hacer propuesta alguna de modificación o de imposición de condiciones y sin motivar con base en argumentos contrastados la inadecuación de la propuesta realizada, más allá de formular dos conjeturas ayunas de sostén probatorio y de contraste con la concreta solicitud realizada».

El TSJ anuló la resolución administrativa y declaró procedente la comunicación de manifestación organizada para el Primero de Mayo en las condiciones declaradas por la entidad promotora: «participación de sesenta ciudadanos, en vehículo particular, cubierto, turismo, con un único ocupante en cada uno, sin que sea admisible la participación en otro tipo de vehículo no cubierto, esto es, motocicleta o bicicleta…» (FJ 6).

Pero es que el propio TC en su Auto de inadmisión no hace un auténtico juicio de proporcionalidad sobre la medida adoptada por la Subdelegación del Gobierno y avalada por el TSJ de Galicia tal y como el propio TC lo ha configurado:

> …en primer lugar, que sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella…; en segundo lugar, que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad) y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).

En el caso que nos ocupa el TC parece obviar las dos primeras exigencias de este principio y va directamente a la tercera: sin duda la protección de la vida, de la salud y del funcionamiento del sistema sanitario son más relevantes para el interés general que la prohibición de una concreta manifestación pero ¿es la prohibición de una manifestación que se celebrará a bordo de vehículos, en el contexto de concentraciones de personas en centros de trabajo y en supermercados, la media adecuada para esa finalidad? Y, sobre todo, ¿es la prohibición la medida mínima imprescindible en el sentido de que no haya otra que con un sacrificio menor sea apta para el mismo fin?

2. *La STC 168/2021 de 5 de octubre, sobre la suspensión de plazos, por la Mesa del Congreso de los Diputados, durante las primeras semanas del estado de alarma*

El 19 de octubre de 2021 se hizo pública la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/2021 de 5 de octubre, en la que se estimó, por seis votos frente a cuatro, el recurso de amparo interpuesto por 52 diputados del Grupo Parlamentario VOX en el Congreso contra el Acuerdo de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020 que decidió suspender desde ese día el cómputo de los plazos reglamentarios que afectaban a las iniciativas que se encontraban en tramitación en

la Cámara hasta que la Mesa levantara la suspensión. En el recurso también se impugnaba el Acuerdo de la Mesa de 21 de abril de 2020, que desestimó la solicitud de reconsideración presentada por el Grupo Parlamentario VOX. En las líneas siguientes comentaré, de manera breve, los argumentos que fundamentan la decisión, no sin antes señalar la tardanza, también en esta ocasión, en resolver un recurso de amparo presentado hace 17 meses, el 11 de mayo de 2020.

Compartimos la existencia de una especial trascendencia constitucional del recurso, pues, como se dice en el FJ 2, «la denuncia de los recurrentes se localiza temporalmente en el curso de una situación excepcional de estado de alarma que no ha sido hasta ahora objeto de nuestro enjuiciamiento». A partir de ahí empezaría nuestra crítica que, en bastantes puntos, coincide con la formulada en los tres votos particulares firmados por los cuatro magistrados discrepantes.

En primer lugar, en la STC parece que se está abordando un control abstracto de la constitucionalidad de la decisión de la Mesa de la Cámara y no un recurso de amparo sobre la posible vulneración de un concreto derecho fundamental –el del ejercicio del cargo público representativo– a resultas de una decisión de dicho órgano del Congreso de los Diputados; a este respecto (FJ 3A) se insiste en que

> no puede quedar, pues, paralizada o suspendida, ni siquiera transitoriamente, una de las funciones esenciales del Poder Legislativo como es la del "control político" de los actos del Gobierno. Además, el Congreso de los Diputados, en cuanto que es la única cámara constitucionalmente habilitada para hacer efectiva la exigencia de responsabilidad política por la actuación del Gobierno, en relación con las iniciativas y medidas que éste pueda adoptar y aplicar durante aquel período de vigencia, en ningún caso puede dejar de desempeñar esa función; ni siquiera por propia iniciativa de alguno de sus órganos internos, pues el Congreso de los Diputados ostenta una responsabilidad exclusiva para con el diseño constitucional del Estado de Derecho, que le obliga a estar permanentemente atento a los avatares que conlleve la aplicación del régimen jurídico excepcional que comporta la vigencia y aplicación de alguno de aquellos estados declarados...

Añade la STC (FJ 3B) que «en el estado de alarma, el ejercicio del derecho de participación política de los diputados del Congreso debe estar, en todo caso, garantizado y, de modo especial, la función

de controlar y, en su caso, exigir al Gobierno la responsabilidad política a que hubiera lugar, haciéndolo a través de los instrumentos que le reconoce el Título V CE y mediante el procedimiento que establezca el Reglamento de la Cámara para cada caso»; eso es cierto pero no solo en el estado de alarma: también en los estados de excepción y sitio, pues el derecho reconocido en el artículo 23.2 no es susceptible de ser suspendido en ningún caso (artículos 55.1 CE y 116.5: «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 período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados»). Es importante destacar, por lo que se dirá más adelante, la existencia de esta prohibición de interrumpir el funcionamiento de «todos» los poderes constitucionales del Estado y no solo del Congreso de los Diputados.

Insiste la STC en apelar al artículo 108 CE, conforme al cual «el Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados», pero siendo evidente la existencia de tal responsabilidad solidaria ante el Congreso –cámara que, como es de sobra conocido, lleva a cabo la investidura del presidente del Gobierno y puede destituirle aprobando una moción de censura o rechazando una cuestión de confianza– eso no implica que el Gobierno y/o concretos ministros estén exentos del control por parte del Senado (artículos 66, 110 y 111 CE); tampoco que sea poco relevante la función de «control jurisdiccional» sobre los actos del Gobierno que corresponde a los Tribunales ordinarios y al propio Tribunal Constitucional.

Sostiene la STC (FJ 4B) que

> … no podemos tomar como referentes de nuestro enjuiciamiento los términos de comparación que ofrece la letrada de las Cortes respecto de lo que otros órganos e instituciones del Estado (entre ellos, este Tribunal) hubieran acordado en las mismas fechas sobre la suspensión de plazos en la tramitación de sus respectivos procedimientos. Tal argumentación carece de eficacia suasoria en la medida en que esta Cámara, como hemos dicho anteriormente, es el único órgano constitucional, integrado en el Poder Legislativo, que asume las exclusivas funciones de ser informada de la declaración

> inicial del estado de alarma y de autorizar las prórrogas sucesivas, así como de realizar un efectivo control, a través de aquel mecanismo autorizatorio, de la gestión del Gobierno durante el período de estado de alarma».

El Congreso es, efectivamente, la única C*ámara que es informada del estado de alarma y debe autorizar*, en su caso, las eventuales prórrogas pero no es el único órgano que debe controlar al Gobierno durante dicho estado: lo puede hacer también el Senado y lo deben hacer, en el plano jurisdiccional, los tribunales: cabe recordar que el artículo 116.6 CE dispone que «la declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes», algo en lo que insiste la Ley Orgánica 4/1981, de 14 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES) «Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes» (artículo 3.1).

Más adelante (FJ 5B), la STC concluye que la decisión de la Mesa objeto de impugnación supuso, de hecho, una «suspensión» del derecho fundamental al ejercicio del cargo público representativo, algo que, se dice, «sobrepasa los límites del estado de alarma»; habría que añadir: y de los estados de excepción y sitio.

Y, producida tal suspensión, «el juicio de proporcionalidad no es, por los razonamientos expuestos, el canon apropiado para el enjuiciamiento constitucional de la cuestión que ahora se dilucida». Nos parece sorprendente esta afirmación y la sorpresa aumenta porque, leyendo lo que luego dice la STC, la argumentación peca de incoherencia.

A nuestro juicio, y en primer lugar, cualquier medida que se adopte con ocasión de la declaración de un estado de crisis, incluida la suspensión de un derecho fundamental, debe ser «necesaria, adecuada y proporcional» a la finalidad que pretende, es decir, y por emplear las palabras de la LOEAES, «las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el

restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias» (artículo 1.2).

Pero es que, además, en la propia STC que niega el uso del principio de proporcionalidad se dice, más adelante, que

> la citada Cámara disponía de medios alternativos para asegurar la continuidad de su funcionamiento durante la vigencia del estado de alarma, por lo que aquel argumento no puede justificar la decisión de interrumpir temporalmente la actividad parlamentaria de la Cámara. En definitiva, si bien es conforme con la Constitución aquel objetivo de preservar la vida y la salud de los propios parlamentarios y del personal del Congreso, la decisión de suspender el cómputo de los plazos de la tramitación de toda clase de iniciativas parlamentarias, sin excepción alguna, y sin haber establecido un margen temporal de duración o, al menos, acordado unos mínimos criterios que delimitaran las atribuciones de la Mesa en orden a levantar aquella suspensión, dejándola a su libre discrecionalidad, resulta contrario a una de las funciones más caracterizadas del trabajo parlamentario como es la del control político del Gobierno y, respecto del Congreso de los Diputados, también de la exigencia de responsabilidad política (arts. 66.2 y 108 CE).

En otras palabras, se está diciendo que no se cumplió la segunda de las exigencias del principio de proporcionalidad: que la medida sea la menos onerosa para alcanzar el fin perseguido con la limitación.

Le parece también a la mayoría que apoya la STC que no sirven para desvirtuar sus conclusiones la celebración, durante la vigencia del acuerdo de suspensión, de «dos sesiones de trabajo en los días 30 de marzo y 7 de abril de 2020, en las que procedió a realizar calificaciones de iniciativas parlamentarias de los diferentes grupos (preguntas para respuesta oral en comisión, para respuesta escrita, solicitudes de informe al Gobierno y de comparecencia de miembros del Gobierno), así como el Gobierno también contestó a las solicitudes del Congreso (respuestas escritas y contestaciones a solicitudes de informes). Asimismo, se destaca que la Junta de Portavoces celebró sesiones los días 18 de marzo y 7 de abril de 2020; que, también, hubo sesiones plenarias los días 18 y 25 de marzo y 9 de abril de 2020 y que la Comisión de Sanidad y Consumo se reunió, igualmente, los días 26 de marzo y 2 de abril de 2020, en las que se

abordaron cuestiones relacionadas con la situación de crisis sanitaria causada por la pandemia por coronavirus, que había motivado la declaración del estado de alarma».

Para la mayoría «la rotundidad de los términos en que se expresó el texto del acuerdo impugnado y el carácter absoluto de la suspensión acordada, impide ahora aplicar la doctrina establecida en la STC 173/2020, toda vez que la interrupción temporal de su tramitación tenía una vocación de generalidad y afectaba a todas las que los parlamentarios recurrentes hubieran registrado para su tramitación y debida resolución»; más adelante, remata su argumentación diciendo

> si los ahora recurrentes han acudido a esta sede de amparo constitucional, denunciando no haber podido ejercitar su función parlamentaria de control del Ejecutivo es porque las iniciativas que registraron en la Cámara para controlar la acción del Gobierno (alegan que en número superior a 1600) no fueron tramitadas hasta que, en su caso, quedó alzada la suspensión. No compete a ellos la carga de tener que acreditar cuáles fueron las concretas iniciativas registradas y no tramitadas durante la suspensión acordada, ni tampoco valorar a este Tribunal el contenido y alcance de aquellas, sino a la propia Cámara ofrecer, de contrario, argumentos y elementos de convicción que permitan acreditar que aquellas iniciativas fueron debidamente atendidas, tramitadas y resueltas con decisión de aceptación o de rechazo a su debido tiempo.

El Congreso de los Diputados y el Senado, junto con los tribunales ordinarios y el TC, deben seguir funcionando durante la vigencia de un estado de alarma; en el caso del Congreso su especial función en este ámbito exige que se mantenga especialmente activo en todo lo que tenga que ver con la declaración y prórroga de dicho estado, igual que sería exigible la máxima actividad al propio TC en los recursos directamente conectados con dicho estado de crisis, pero habría que tener en cuenta, a efectos de estimar el recurso de amparo que se juzga, qué concretas iniciativas de los recurrentes no pudieron ser tramitadas a resultas de la decisión de la Mesa: ¿las *más de* 1.600 que se alegan? ¿también las que se habían promovido antes de la declaración del estado de alarma? ¿ninguna de esas *más de* 1600 alegadas fue tratada durante las reuniones de diferentes órganos de la Cámara que se celebraron durante la suspensión objeto de recurso?

Más en general, ¿se invierte la carga de la prueba a la hora de resolver si ha habido lesión efectiva de un derecho fundamental de manera que cuando se impugnen en amparo «las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos…» (artículo 42 LOTC) deban ser dichos órganos los que acrediten que no ocurrieron los hechos en los que se basa el recurso?

VIII. ¿Conclusiones?

Primera.- En la Historia constitucional española anterior a 1978 no se contempló un estado de excepción, en sentido amplio, que no respondiera a la suspensión de derechos ni fuera ajeno a circunstancias relacionadas con la seguridad del Estado y el orden público.

Segunda.- Si bien nos parece acertada la incorporación a la Constitución de 1978 de un «Derecho de la excepción» se advierte el escaso desarrollo que del mismo se ha hecho en el texto constitucional en lo que respecta al estado de alarma, en particular sobre el alcance temporal de sus prórrogas.

Tercera.- Y en lo referido al desarrollo legal del estado de alarma, este no ha sido actualizado en cuarenta años, a pesar de la advertencia que supuso la dificultad de encajar –si es que cabía hacerlo– en las previsiones de la Ley Orgánica 4/1981 del supuesto de hecho de la huelga de los controladores aéreos en el año 2010.

Cuarta.- Esa falta de actualización también se evidencia en la escasa atención que se presta en la ley reguladora de los estados de excepción al principio estructural de «Estado autonómico», en fase de construcción en 1981 pero plenamente desarrollado desde hace décadas.

Quinta.- Ha quedado constatado en los últimos 18 meses que las medidas legalmente previstas como propias del estado de alarma no sirven para hacer frente a grandes epidemias, como la provocada por la COVID-19, que se caracterizan por su incidencia en varios derechos fundamentales, su amplio radio de incidencia territorial y su prolongada extensión temporal.

Sexta.- Habría que estudiar si el tratamiento jurídico de las crisis sanitarias que es probable padezcamos en el siglo XXI encuentra

su mejor ubicación en una ley, como la reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, pensada para hacer frente a situaciones relativamente acotadas en el tiempo, o si sería preferible trasladar los recursos normativos diseñados para frente a este tipo de fenómenos a una ley específica sobre epidemias.

Séptima.- La importancia que de suyo supone la aprobación de cualquier medida dirigida a hacer frente a un estado de alarma, de excepción o de sitio, exige que los eventuales controles que se planteen frente a ellas tengan una respuesta relativamente rápida por parte de las instancias jurisdiccionales competentes, singularmente por el Tribunal Constitucional, algo que no ha sucedido con la crisis generada por la COVID-19.

Octava.- La necesidad de actualizar nuestro ordenamiento para hacer frente a epidemias no es algo que se limite a la legislación de excepción o a la propia normativa sanitaria para situaciones especiales (Ley Orgánica 3/1986) sino que también se advierte, entre otros ámbitos, en el Derecho electoral y en el parlamentario: en el primero para articular las reformas que garanticen el pleno ejercicio del derecho de voto en contextos pandémicos y en el segundo para regular legislativa y reglamentariamente la sustitución temporal de los cargos representativos en los casos, entre otros, de bajas temporales por enfermedad o incapacidad.

Novena.- Los poderes públicos son conscientes de que, como decía Ulrich Beck, la sociedad del riesgo en la que vivimos es una sociedad catastrófica; pues bien, constatada dicha realidad, los poderes que tienen atribuidas competencias para impulsar y aprobar cambios legales no pueden desentenderse de las consecuencias para la salud de la naturaleza y del ser humano ni tampoco de los efectos sociales, económicos y políticos de las catástrofes y hacer frente a dichas consecuencias exige, si las medidas vigentes se constatan ineficaces, una reorganización del poder y de la competencia, algo que en España está lejos de haberse realizado.

Bibliografía

Aba Catoira, A (2011). El estado de alarma en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, pp. 305-334.

Agambem, G. (2004). *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*, Pre-Textos, Valencia.

Aláez Corral, B. (2004). El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales. En L. López Guerra y E. Espín Templado *La defensa del estado: actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (pp. 233-246), Tirant lo Blanch.

Alcaraz, H., «El estado de emergencia sanitaria en Francia ¿elogio de la excepción?», Biglino Campos, P. y Durán Alba, J. F., *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

Alegre Ávila, J. M./Sánchez Lamelas, A. (2020). Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica», http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-la-crisis-sanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx

Alegre Ávila, J. M./Sánchez Lamelas, A. (2021). La jurisdicción contencioso-administrativa ante la crisis vírica: análisis de algunos pronunciamientos jurisprudenciales y apuntes doctrinales. *Akademía. Revista internacional y comparada de derechos humanos*, número especial, pp. 121-172.

Álvarez García, V. (1996). *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas.

Álvarez García, V. (2021a). *2020, el año de la pandemia de la Covid-19*, Iustel.

Álvarez García, V. (2021b). Los errores de diseño del derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura. *Iustel. Diario del Derecho*, 4 de octubre de 2021. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1215616

Álvarez García, V.; Arias Aparicio, F. y Hernández Díez Díez, E. (2020), *Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia*, Iustel..

Álvarez Vélez, M. I. (2016). Sistema de fuentes del Derecho y estado de alarma: la STC 83/2016, de 28 de abril. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 34, pp. 325-340.

Amoedo Souto, C. (2020). Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* «*Coronavirus… y otros problemas*», 86/87, pp. 66-77.

Arnaldo Alcubilla, E. (2020). Salus populi est lex, sed lex superior est constitutio. El ejercicio del derecho de manifestación en el estado de alarma», *Diario La Ley*, 9645.

Arroyo Gil, A. (2021). El derecho a circular libremente en tiempos de pandemia. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Extraordinario (2021), Derecho y política ante la pandemia (Tomo I): reacciones y transformaciones en el Derecho Público*, pp. 87-107.

Ballbé Mallol, M. (1983). *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Universidad.

Bastida Freijedo, F. (2011). Libertad de circulación. En M. Aragón Reyes (coord.) *Temas básicos de Derecho constitucional* (pp. 153-155), Tomo III, Civitas.

Bilbao Ubillos, J. M. (2015). *Derechos y libertades. Colección Leyes políticas españolas 1808-1978*, Iustel, Madrid.

Bilbao Ubillos, J. M. (2020). La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia. En P. Biglino Campos y J. F. Durán Alba *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad.

Blanquer Criado, D. (coord.) (2020a). *Covid-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch.

Blanquer Criado, D. (2020b). *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia*, Tirant lo Blanch.

Cano Campos, T. (2021). Sanciones administrativas. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Extraordinario (2021), Derecho y política ante la pandemia (Tomo I): reacciones y transformaciones en el Derecho Público*, pp. 225-239.

Carmona Contreras, A. M. (2021). El estado de alarma y la emergencia sanitaria Covid-19: un análisis desde la perspectiva constitucional. En M. J. Rodríguez Ramos y J. M. Gómez Muñoz (eds.) *Nuevos escenarios del sistema de relaciones laborales derivados del COVID19* (pp. 29-64), Bomarzo.

Carro Martínez, A. (1987). Artículo 116 Situaciones de anormalidad constitucional. En Ó. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo IX, Artículos 113 a 127*. Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, pp. 208-261.

Cidoncha Martín, A. (2021). La pandemia y la libertad de empresa. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Extraordinario (2021), Derecho y política ante la pandemia (Tomo I): reacciones y transformaciones en el Derecho Público*, pp. 157-172.

Cotino Hueso, L. (2020a). Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* «*Coronavirus… y otros problemas*, nº 86/87, pp. 88-101.

Cotino Hueso, L. (2020b). Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus, *Diario La Ley*, 9608, Sección Doctrina.

Cruz Villalón, P. (1981). El nuevo Derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2, pp. 93-128.

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

Delgado Ramos, D. (2018). Artículo 19. En E. Cazorla Prieto (dir.) *Comentarios a la Constitución española de 1978* (pp. 476-490), Thomson Aranzadi.

Doménech Pascual, G. (2021a). *La conversión del estado de alarma en un estado de excepción*, https://almacendederecho.org/la-conversion-del-estado-de-alarma-en-un-estado-de-excepcion

Doménech Pascual, G. (2021b). Responsabilidad patrimonial del Estado y COVID-19. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Extraordinario (2021), Derecho y política ante la pandemia (Tomo I): reacciones y transformaciones en el Derecho Público*, pp. 293-308.

Durán Alba, J. F. (2020). Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del estado de alarma declarado a causa de la crisis «COVID-19». En P. Biglino Campos y J. F. Durán Alba *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad.

Enérez Olaechea, F. J. (2011). La declaración del estado de alarma para la normalización del transporte aéreo, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6 (octubre), pp. 79-94.

Fernández Segado, F. (1981). La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio. *Revista de derecho político*, 11, 83-116.

García García, R. (2021). Libertad religiosa en tiempo de Coronavirus. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Extraordinario (2021), Derecho y política ante la pandemia (Tomo I): reacciones y transformaciones en el Derecho* Público, pp. 127-141.

García-Manzano, P. (2021) *Las dos lógicas del estado de alarma (comentario a la STC 148/2021, de 14 de julio)*, https://almacendederecho.org/las-dos-logicas-del-estado-de-alarma-comentario-a-la-stc-148-2021-de-14-de-julio

Garrido López, C. (2017). Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, pp. 43-73.

Garrido López, C. (2020). La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 46, pp. 371-402.

Garrido López, C. (2021a). *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*, Marcial Pons.

Garrido López, C. (coord.) (2021b). *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Giménez Abad.

Gómez-Bellvís, A. B. (2020). La disuasión penal en el estado de alarma: Sobre la eficacia de la amenaza del castigo de la desobediencia al confinamiento. *InDret Criminología Revista para el Análisis del Derecho*, 4.

Goizueta Vértiz, J. (2007). *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución española*, Tirant lo Blanch.

Ituren-Oliver, A./Esteve-Segarra, A. (2020). El ejercicio del derecho de manifestación (sindical o no) durante la pandemia por el COVID-19, *Trabajo y Derecho*. Monográfico 12/2020.

Lafuente Balle, J. M. (1989). Los estados de alarma, excepción y sitio (I). *Revista de Derecho Político*, 30, pp. 23-54.

Lafuente Balle, J. M. (1990). Los estados de alarma, excepción y sitio (II). *Revista de Derecho Político*, 31, pp. 27-67.

López Garrido, D. (1984). *Estados de alarma, excepción y sitio. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid.

Lorente Sariñena, M. M./Luque Reina, A. M. (2021). La formación histórica de los estados de excepción. *Anuario*...pp. 31-45.

Losada, González, H. (2018). Artículo 19. En M. E. Casas/M. Rodríguez-Piñero (dirs.) *Comentarios a la Constitución española* (pp. 567-579), Tomo I, Wolters Kluwer.

Maroto Calatayud, M. (2021). Desobediencias y creación policial del Derecho: de la protesta a la pandemia. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Extraordinario (2021), Derecho y política ante la pandemia (Tomo I): reacciones y transformaciones en el Derecho Público*, pp. 211-223.

Matía Portilla, F. J. (2013). Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo. *Teoría y Realidad Constitucional*, 31, pp. 535-554.

Muñoz Machado, S. (2021). *El poder y la peste de 2020*, Iustel.

Nogueira López, A. (2020). Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho Coronavirus… y otros problemas*, 86/87, pp. 22-31.

Pérez Sola, N. (2012). Los estados de alarma, excepción y sitio: la primera declaración del estado de alarma en aplicación de las previsiones constitucionales. En *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral* (pp. 1539-1556), Vol. 2, Universitas.

Pomed Sánchez, L. (2021). Algunas notas sobre los estados de alarma declarados en 2020. En J. Tudela Aranda (coord.) *Estado autonómico y Covid-19: un ensayo de valoración general* (pp. 177-199), Fundación Manuel Giménez Abad.

Presno Linera, M. Á. (2020). Teoría y práctica de los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19, *Revista Administración & Cidadanía, EGAP*, 15, nº 2, https://egap.xunta.gal/revistas/AC/article/view/4643/7201.

Presno Linera, M. Á. (2021). El derecho de reunión. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Extraordinario (2021), Derecho y política ante la pandemia (Tomo I): reacciones y transformaciones en el Derecho Público*, pp. 109-125.

Requejo Rodríguez, P. (2004). La suspensión de los derechos fundamentales. En F. Bastida y Otros *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (pp. 222-235), Tecnos..

Requejo Rodríguez, P. (2009). Art.55. De la suspensión de los derechos y libertade. En M. E. Casas Bahamonde y M. Rodríguez Piñero (dirs.) *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario* (pp. 1201 ss), Fundación Wolters Kluwer.

Ridao, J. (2021). *Derecho de crisis y Estado autonómico. Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la COVID-19*, Marcial Pons.

Ridao, J. (dir.) (2021). *Les relacions intergovernamentals en l'Estat autonòmic durant la crisi sanitària de la COVID-19*, Institut d'Estudis de l'Autogovern.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2020). Estado de alarma y derecho de manifestación del sindicato. *Derecho de las relaciones laborales*, 6, pp. 673-774.

Santamaría Pastor, J. A. (2020). Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempos de pandemia. En D. Blanquer Criado (coord.)

COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá (pp. 207-240), Tirant lo Blanch.

Solozabal Echavarría, J. J. (2020). Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma. En P. Biglino Campos y J. F. Durán Alba (coords.) *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Manuel Giménez Abad.

Solozabal Echavarría, J. J. (2021). El estado de alarma y el derecho de crisis en nuestro sistema constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Extraordinario (2021), Derecho y política ante la pandemia (Tomo I): reacciones y transformaciones en el Derecho Público*, pp. 17-30.

Torres Muro, I. (2009). Art. 116. Los estados excepcionales. En M. E. Casas y M. Rodríguez-Piñero (dirs.) *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario* (pp. 1814 ss), Fundación Wolters Kluwer.

Velasco Caballero, F. (2021). *Problemas argumentales en la SCT sobre el estado de alarma (I),* https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2021/07/28/problemas-argumentales-en-la-stc-sobre-el-estado-de-alarma-i/

Velasco Caballero, F. (2021). *Problemas argumentales en la SCT sobre el estado de alarma (II),* https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2021/07/29/problemas-argumentales-de-la-stc-sobre-el-estado-de-alarma-ii-cual-es-el-contenido-minimo-de-la-libre-circulacion-en-una-situacion-excepcional/

Velasco Caballero, F. y Gregoraci Fernández, B. (coords.) (2021). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Extraordinario (2021), Derecho y política ante la pandemia (Tomo I): reacciones y transformaciones en el Derecho Público*, BOE/Universidad Autónoma de Madrid.

Vidal Prado, C. y Delgado Ramos, D. (2011). Algunas consideraciones sobre la declaración del Estado de alarma y su prórroga. *Revista española de Derecho Constitucional*, 2011, pp. 244 y ss.

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 199-226
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1612

ANTE EL V CENTENARIO DE LAS COMUNIDADES: DE LA CULTURA POLÍTICA Y JURÍDICA EN LAS CORTES DE SANTIAGO-LA CORUÑA AL PARLAMENTARISMO CONTEMPORÁNEO

ON THE 500TH CENTENARY OF THE COMMUNITIES OF CASTILE: FROM POLITICAL AND LEGAL CULTURE IN THE COURTS OF SANTIAGO-LA CORUÑA TO CONTEMPORARY PARLIAMENTARISM

Eduardo Fernández García
Área de Historia del Pensamiento y de los
Movimientos Sociales y Políticos
Universidad de León
Diputado Nacional en el Congreso de los
Diputados en las Legislaturas X, XI y XII
https://orcid.org/0000-0002-9225-1071

Fecha de recepción del artículo: junio 2021
Fecha de aceptación y versión final: julio 2021

RESUMEN

Cuando se cumple el V Centenario de las Comunidades de Castilla resaltan sus aspectos fundamentales, ligados no tanto a una sucesión de acontecimientos políticos intensos, menos aún a unos enfrentamientos bélicos, como a los principios de participación del común en las cosas de la gobernación. Comunidad, participación política, ciudadanía, cambio institucional y resistencia son notas que jalonan el paso de la dimensión jurídica a la política en la revuelta comunera. Son simultáneamente términos y conceptos de gran modernidad que calaron profundamente en el imaginario colectivo y han marcado una dinámica parlamentaria decimonónica que pasó al siglo XX con ribetes de gran actualidad hoy. La tratadística política del momento y, sobre todo, las demandas ciudadanas en las Cortes y en los capítulos comuneros son expresión de los anhelos de implicación de un pueblo activo en el gobierno. Frente al ideal imperial de Carlos V se alzó la tradición política hispánica sobre la base de la solidaridad ciudadana.

La ratio iuris *fue así acompañada de ideas políticas, aspiraciones sociales, problemas económicos y un profundo sentido moralizado de la acción política en términos que interesan al parlamentarismo contemporáneo por su atemporalidad.*

Palabras clave: Comunidades de Castilla, ciudadanía, cultura política, modernidad, participación política, sujeción a la ley, derecho de resistencia.

ABSTRACT

When the V Centenary of the Communities of Castile is being celebrated, their fundamental aspects stand out, linked not so much to a succession of intense political events, still less to warlike confrontations, but to the principle of participation in the common in matters of the government. Community, political participation, citizenship, institutional change and resistance are notes that mark the passage from the legal dimension to politics in the communal revolt. They are simultaneously terms and concepts of great modernity that influenced deeply into the social imaginary and have marked the nineteenth-century parliamentary dynamic that passed into the twentieth century with topics of great current interest. The political treatise of the moment and, above all, the citizen demands in the Community chapters are an expression of the desire for the involvement of an active people in the government. Against the imperial ideal of Carlos V, the Hispanic political tradition was raised based on citizen solidarity. The ratio iuris *was thus accompanied by political ideas, social aspirations, economic problems and a deep moralized sense of political action in terms that interest contemporary parliamentarianism due to their timelessness.*

Keywords: Communities of Castile, citizenship, political culture, modernity, political participation, subjection to law, right of resistance.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LOS COMUNEROS EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. II. ANTECEDENTES DE LA REPRESENTACIÓN CIUDADANA EN EL PARLAMENTARISMO ESPAÑOL. *1. Cultura jurídica y cultura política hispánicas a principios del siglo XVI. 2. Las Comunidades como movimiento originado en las Cortes.* III. INNOVACIÓN DE IDEAS Y LENGUAJE POLÍTICO. *1. Sobre la ideología en las Comunidades: lo nacional, lo revolucionario y lo republicano. 2. La proyección de las Comunidades en el parlamentarismo español.* IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

«Quel reyno manda al rey: y no el rey al reyno»

I. Introducción: los comuneros en el Congreso de los Diputados

Se cumplen cinco siglos de la rebelión de las Comunidades, que puso en cuestión el modelo que Carlos V pretendía implantar para sus territorios peninsulares hispánicos. El movimiento comunero dejó profunda huella en el parlamentarismo español y sigue siendo presencia tangible en las propias Cortes Generales. Este V Centenario es ocasión propicia para recordar su innovación en la historia de las ideas políticas, que resultó difuminada durante siglos por una cierta *damnatio memoriae*, así como por la potencia de la teorización de la política, con grandes referentes europeos como Maquiavelo, Erasmo, Bodin, Botero, Lipsio, Altusio o Hobbes. A ellos habría que añadir algunos nombres en la Monarquía Hispánica, como Mariana, Ribadeneyra, Álamos de Barrientos, Quevedo, Saavedra Fajardo y Gracián. Ante tales nombres, el recuerdo de los ideólogos comuneros quedó desdibujado y pareció que todo el arsenal conceptual se articulaba en torno a la razón de Estado maquiavélica, a la soberanía bodiniana y al tacitismo español. Recordar aquí las aportaciones de algunos teóricos comuneros permite reencontrar los conceptos de participación política y de ciudadanía, que son señas de identidad del parlamentarismo contemporáneo.

La frase que abre este artículo se extrae de la contestación del almirante de Castilla, Fadrique Enríquez de Velasco, a la carta que la Junta de Tordesillas le había remitido el 22 de noviembre de 1520 (Danvila Collado, 1898: 536). Expone lo que para el gobernador de Carlos V era una pretensión escandalosa en atención a la visión cenital del poder regio. La reacción del almirante pone de relieve la subversión del orden establecido en el imaginario realista del poder a la que aspiraban los representantes ciudadanos.

¿Puede a estas alturas decirse algo nuevo respecto a las Comunidades que precise los profundos análisis clásicos sobre el tema? Algunos recientes acercamientos historiográficos dados a la imprenta este mismo año, desde los estudios de Corte y Casa Real (De Carlos Morales y González Heras, 2021) o desde la historia de las ideas políticas (Rus Rufino y Fernández García, 2021) atestiguan la vigencia de las investigaciones en aspectos que van más allá de la secuencia de los

acontecimientos y las causas del conflicto, adecuadamente estudiados hasta ahora. Han acentuado la existencia de programas políticos susceptibles de analizarse mediante un acercamiento interdisciplinar entre lo historiográfico y lo politológico. La hipótesis postulada en este artículo utilizando esa base metodológica es que, en atención al concepto de cultura política, se puede rastrear hasta las ideas políticas comuneras el reclamo moderno de participación en la toma de decisiones que afectan al común, al pueblo. Para ello, se pondrán en el centro del análisis tres conceptos: la conjunción de cultura política e ideología en la mentalidad de la época, el alcance de la participación política para actores distintos al rey y la transformación inicial del concepto de súbdito en el de ciudadano, que se interrumpiría durante dos siglos más en la evolución doctrinal en España. Se trata de tres ejes que afectan simultáneamente a la conceptuación de la política y a su ejercicio práctico, aunque también al discurso político propio de los Austrias y al relato sobre la denominada conservación y aumento de la monarquía.

Han transcurrido quinientos años desde que se impulsase también la transformación de la cultura jurídica medieval. Los representantes ciudadanos iniciaron en las Cortes de Santiago de Compostela-La Coruña una acción que comenzó siendo una exigencia, pasó pronto a desobediencia, se convirtió luego en abierta resistencia y concluyó en un enfrentamiento armado. Hubo mucho más que una diferencia de criterios sobre fiscalidad: se articuló un debate sobre el propio régimen político del Reino de Castilla. Con frecuencia sucede en España que la Historia es rescatada del letargo con ocasión de efemérides relevantes. No sucede cosa diferente con el V Centenario de las Comunidades. Afortunadamente, en cuanto que es ocasión de refrescar que algunos compromisos de la política están presentes de manera atemporal en la actividad de las Cortes, las de los antiguos reinos de la Monarquía Hispánica y las muy distintas Cortes Generales de hoy. Cambiado el contexto histórico, la función legislativa y de control del gobierno, el marco institucional y el fundamento constitucional, subsiste, no obstante, el mecanismo de representación popular, la canalización de la participación política ciudadana y la aspiración de mejora del sistema político. Con los oportunos cambios de mentalidad, pues el derecho público no solo ha positivado, sino que ha sistematizado los instrumentos que permiten al pueblo, como sujeto de la soberanía, tomar las riendas de su destino encauzando las potestades de los poderes públicos. Este parlamentarismo actual solo

reconoce a las Cortes de la Edad Moderna, como a las medievales, el valor de antecedente informativo; pero tampoco menos que eso.

Los comuneros perviven en el Palacio del Congreso de los Diputados en nombre, en imagen y, azuzados por el empleo del mito desde la historiografía liberal decimonónica y su reutilización en el período republicano y la Transición, también parcialmente en espíritu. En primer lugar, el Congreso de los Diputados posee la más icónica imagen historicista que viene a la mente al evocar las Comunidades, pintada por Antonio Gisbert, *La ejecución de los Comuneros*, que representa el ajusticiamiento de los cabecillas alzados contra el imperialismo carolino, tras su derrota en Villalar en abril de 1521. Al modo en que los comuneros se habían rebelado contra la idea imperial, Gisbert pintó su proclama contra la concepción absolutista de la monarquía de mediados del siglo XIX. El académico de la Historia, diputado y presidente del Consejo de Ministros Salustiano Olózaga –retratado también en el Palacio del Congreso por el mismo Gisbert– afirmó de este cuadro que era «un grito de rebeldía por la defensa de las libertades». El mito comunero pervive tangiblemente en las Cortes Generales desde entonces.

En segundo término, los nombres de Padilla, Bravo y Maldonado observan todavía hoy cada debate plenario en el hemiciclo del Congreso de los Diputados desde la cartela situada a la derecha de la presidencia. La exaltación iniciada en el Trienio Liberal produjo su elevación a beneméritos de la patria, junto con otros protagonistas de la Historia que en el hemiciclo los acompañan, como Lanuza o Luna, por Real Decreto de 1822. Para quienes ocupan los escaños, tales nombres no son malos recordatorios de la orientación teleológica de su trabajo al bien común y a dar voz a los ciudadanos. A ese interés general que se enuncia de mil maneras y desde muchos prismas ideológicos, pero que está llamado a orientar el compromiso político en 1521 y en 2021.

En tercer lugar, la presencia más indirecta, la del espíritu de participación política que caracterizó su propuesta ideológica. Con tantos debates sobre participación y representación al calor de una ampliación de la calidad de la democracia (García Guitián, 2009) en tiempos de política líquida y aún de turbopolítica, no está de más retener que la acción política en un Estado que se reclama en el frontispicio de nuestra Constitución como social y democrático de Derecho no es sino vocación permanente de servicio a los que producen representación, gobierno y,

fundamentalmente, legitimación, que no son las elecciones como acto formal, sino los electores como sujetos de una ciudadanía activa.

II. Antecedentes de la representación ciudadana en el parlamentarismo español

Parlamentarismo es un término que plantea una denotación pegada a la actualidad y no exenta de aspectos controvertidos cuando se contempla desde la perspectiva politológica. El vigente diccionario de la Real Academia Española (RAE) la relaciona con «sistema político en que el poder legislativo está confiado al Parlamento, ante el cual es responsable el Gobierno», introduciendo la compleja equivalencia a un sistema político y no a un régimen político, no tanto porque se debiera encontrar entre los elementos del régimen (Colliard, 1981), como porque el parlamentarismo parece más un constituyente del sistema que el sistema mismo (Bouza-Brey, 2006: 9-85; Closa Montero, 2001; De Blas Guerrero, 2010: 9-85; Picó i López y García Ferrando, 1999; Reniu, 2018: 17-19; Román Marugán, 2001: 1-11). En cualquier caso, tal significado resulta aceptable en la actual semántica del poder democrático de los Estados de Derecho de hoy, a partir de una radical historicidad del concepto (Fernández Sarasola, 2004:145), pero requiere el complemento de una contextualización que no deja de ser a su vez polémica, pues sobre ella se ha vertido una generalización tan amplia que en algunas instancias ha permitido acoger formulaciones previas al surgimiento de los Parlamentos nacionales propios del constitucionalismo decimonónico, quebrando la visión kelseniana que asocia parlamentarismo a democracia (Kelsen, 1977:50; Rubio Llorente, 1993:24 vol. 3).

Dos son las principales aportaciones españolas a este respecto, la Curia Regia leonesa de 1188 y las Comunidades. En aquella se llamó a Cortes a los representantes ciudadanos, contra el tradicional reconocimiento del origen inglés de este hecho (Ramírez Santibáñez, 1922) en la declaración en 2013 por la Unesco como Memoria del Mundo de los *Decreta*, Carta Magna Leonesa que amplió los Fueros de 1020 para proteger personas y bienes de la eventual arbitrariedad de los estamentos más privilegiados (Fernández Catón, 1993; Pérez González, 1994). El joven rey Alfonso IX de León llamó a participar en la Curia Regia Plena de 1188 a los representantes de las villas, junto con la acostumbrada presencia de la nobleza y el alto clero. Ese reconocimiento ha merecido algo más que un afortunado lema, «León

cuna del Parlamentarismo»: la atención a un conjunto de documentos jurídicos de extraordinaria innovación entre los ordenamientos medievales europeos (Keane, 2009:173-174). Sobre su adecuación para fundar la tradición parlamentaria se han pronunciado voces más autorizadas que la mía, como las del profesor Estepa Díez en el ámbito del medievalismo (Estepa Díez, 1990:19-39) la profesora Seijas Villadangos en el ámbito constitucional (Seijas Villadangos, 2015:6) y la del profesor Arvizu y Galarraga, que, además, une su condición antigua de parlamentario en estas Cortes Generales, en la Historia del Derecho (Arvizu y Galarraga, 2018:93-118).

La utilidad de la Curia Regia pregonada de 1188 en León para dar germen, siquiera embrionario, a una institución parlamentaria (Alonso García, 2019: 231-247) retrotrae varios siglos la semilla de la participación que es seña de identidad del movimiento comunero. La principal diferencia de este estriba en el papel jugado por la ideología. Los estudios sobre la Curia Regia subrayan la situación de necesidad que afectó al rey, un monarca joven que accede al trono en unas circunstancias de agitación del reino; su llamada a los participantes de las villas tiene que ver con su estrategia de supervivencia y la necesidad de tejer nuevas alianzas en una coyuntura de presión por parte de los magnates del reino. En el caso de los comuneros, la aspiración de influir en la toma de decisiones no obedece tanto a motivos a corto plazo, como a una posición consciente de intervención en las decisiones políticas por principios.

El parlamentarismo del liberalismo decimonónico tiñó de sus propias orientaciones ideológicas las aspiraciones comuneras, extrayéndolas de la pura Historia para alojarlas durante más de un siglo en el imaginario común de la política de liberales y progresistas, en una reconstrucción ideológica que no se ocupó con idéntico interés de la tradición cortesana medieval, probablemente por considerarla referente para quienes añoraban una continuidad del Antiguo Régimen.

1. Cultura jurídica y cultura política hispánicas a principios del siglo XVI

A lo largo del presente artículo se desliza el término *ideología*. No debería resultar problemático en una revista editada por un Parlamento, pero conviene precisar su alcance en atención a dos circunstancias. La primera de ellas, lo denostado del término y lo

censurado del concepto; la segunda, la posibilidad de aplicación a los fenómenos políticos anteriores a la Contemporaneidad.

Respecto a la primera cuestión, pocos vocablos del lenguaje político han sido tan revisitados y criticados como este, y probablemente ningún otro, salvo quizás el de *democracia*, ha sobrevivido tan perennemente (Ariño Villarroya, 1997:197-219; Villoro, 2008:35-45). Tanto en la perspectiva historiográfica como en la politológica se han buscado otros objetos de estudio menos comprometidos, de forma que *ideología* ha ido quedando arrinconado (Bell C, 1992:453) como término hasta afirmarse que es «una palabra vacía» (Bell D, 2015:172) y como concepto (Thompson, 1992). Los estudios de mediados del siglo XX, a su vez tan incrustados en una visión ideologizada de las interrelaciones políticas, han abogado por la progresiva inserción de los aspectos ideológicos en una comprensión social de la política (Kerlinger, 1984; Levinson, 2019) de la que no deberían separarse las afirmaciones sobre la ideología de la primera Edad Moderna.

Respecto a la segunda controversia, miradas desde la actualidad, no todas las construcciones sobre la ideología pueden aplicarse a un estilo político tan temprano como el de la política que se fragua, para la monarquía castellana y para el Imperio, en el paso de la Baja Edad Media a la primera Edad Moderna. Casi todos los conceptos actuales de ideología se han pensado para sociedades más complejas y para una interacción entre ideas y acción política más estructurada e institucionalizada (Thompson, 1984:73-89; Vincent, 1992:1-23). Pero si aceptamos un contenido más funcional de la ideología, encontraremos que muchos proyectos de los albores de la Modernidad tenían indudablemente bases ideológicas, como las habían mostrado también otros previos del mundo antiguo, como el imperialismo egipcio, macedonio o romano o el republicanismo romano; o del mundo medieval, como el imperialismo carolingio o el republicanismo italiano de las ciudades toscanas. En tal sentido, ideología equivale a un programa de acción política establecido en función de un determinado sistema de representaciones mentales del mundo, de una concepción de cómo es y cómo debería ser la sociedad en la que se vive y cómo afrontar los problemas que en cada momento histórico la aquejen. Una visión semejante respeta los componentes estructurales y funcionales de la ideología (Jost, 2009:308-309) y pone de relieve los que son más definitorios del sistema de comprensión social de la política (Chartier, 1992:53) propio del siglo XVI, las imágenes sobre el poder más

extendidas entre los habitantes de las ciudades con representación en las Cortes castellanas, pero también en las villas intermedias.

Los acontecimientos en las ciudades con representación en Cortes ilustran ideas políticas que deben someterse a previo debate, como puso de manifiesto lo sucedido entre 1518 y 1520, entre las Cortes de Valladolid y las de Santiago-La Coruña. La designación de procuradores que asisten a las sesiones y el debate para conferirles un mandato más abierto o representativo, o más directo y limitado en su capacidad decisoria, son cuestiones de gran calado para apreciar la viveza de los planteamientos políticos de los comuneros. Sigue coleando ese debate nunca cerrado entre el tipo de mandato otorgado a los políticos, y aunque el mecanismo del principio representativo haya incorporado una diferente legitimación del voto de los representantes, la cuestión ha venido de nuevo a oscurecerse por el poder atribuido a los partidos políticos en el proceso de selección de candidatos. En las Comunidades se discutieron los límites en que se ha de mantener durante los debates de las Cortes el mandato directo e imperativo conferido por las ciudades, especialmente en lo concerniente a la votación de los servicios económicos a la Corona, así como a su revocabilidad. De ambas polémicas quedaron ejemplos bien palpables, desde la destitución de los representantes ciudadanos enviados primero a las Cortes y luego a la Junta Santa que las sustituyó, hasta la persecución de la persona y hacienda de los procuradores que habían votado de manera diferente a las instrucciones recibidas en sus ciudades, con alteración del orden bajo tacha de excesiva docilidad en Ávila, León o Zamora, pero con graves disturbios en Burgos, Guadalajara y Segovia. Que este era un debate general y no la simple manifestación puntual de un descontento concreto por unos servicios fiscales para la aventura imperial se desvela mediante el manifiesto de Salamanca, pues esta, como otras ciudades «no les quiso dar el poder cumplido y general como el Rey enviaba a mandar, sino especial y limitado solamente para ir a cortes y suplicar algunas cosas, y no para otorgar servicio ni otra cosa alguna (Mexía, 1580:127).

Este cúmulo de percepciones sobre el papel de los procuradores en las Cortes y de los representantes ciudadanos entre las oligarquías locales, ya fuesen élites nobiliarias, ya grupos destacados en las filas del clero conventual o la creciente burguesía comercial, podría comprenderse mejor desde otra perspectiva diferente a la ligada a la ideología y más relacionada con las mentalidades (Hutton, 1980), cual

es la cultura política, que lo es de una época más que de un bando. Se emplea el término en su concepción más puramente politológica como disposición psicológica hacia un objeto político (Almond y Verba, 1963), complementaria de una visión más historiográfica (Ranum, 1973). Así pues, cultura política es una expresión que alude al interés y la disposición de los ciudadanos hacia lo político, mucho más que al cúmulo de reflexiones, discursos y textos atinentes al gobierno.

Se suma sobre la base de cultura jurídica *iuspublicista* de los últimos Trastámaras para articular sobre el *regnum* las potestades regias del monarca castellano. Da soporte a las pretensiones ciudadanas de mantener fueros que no se entendían como prerrogativas, sino como derechos, como tantas veces se reitera en los denominados capítulos comuneros, esa recopilación de exigencias de las distintas ciudades elevada a los delegados del rey, el regente Adriano de Utrecht y los gobernadores que luego se incorporaron entre la nobleza castellana a fin de rebajar el rechazo a los consejeros flamencos, el condestable Íñigo Fernández de Velasco y Mendoza y el almirante de Castilla Fadrique Enríquez de Velasco. Dicha cultura política se decía anclada en la observación de las prescripciones jurídicas que aunaban legitimización, la otorgada por las reivindicaciones ciudadanas en el voto de los procuradores en las Cortes de Santiago-La Coruña, y legalidad. Todo ello frente a la deslegitimación de Carlos, habida cuenta de su autoproclamación en Bruselas en vida de su madre, la reina Juana, golpe contra la integridad del ordenamiento castellano que el subterfugio de la dupla «rey y reina propietaria» no fue capaz de paliar a ojos de los representantes ciudadanos.

En resumen, en la cultura política carolina destacaba el papel preminente del monarca en la dirección del reino, tan amparado en la visión radicalmente providencialista del poder *per me principes imperant*, y una amplia consideración del rey como *ab legibus solutus* en la tradición de los Habsburgo; mientras que en la cultura política comunera, más moderna y diversificada, se abría paso el papel medular de la ciudadanía en la comunidad, no en lugar del rey, pero sí política y jurídicamente imbricado en la participación, aspecto este que explica la fascinación ejercida por la ideología y el imaginario comunero tanto entre los progresistas decimonónicos como entre los diputados de la II República.

2. *Las Comunidades como movimiento originado en las Cortes*

Han sido numerosos los estudios encaminados a analizar el origen del descontento que desencadenó las Comunidades. A estas alturas no puede aceptarse una explicación unicausal, sino un cúmulo de circunstancias en las que se entremezclan motivos distintos. Esta ha sido una cuestión tan ampliamente debatida historiográficamente desde Mártir de Anglería y Prudencio de Sandoval que no se podría arrojar diferente luz sobre la disparidad de los planteamientos políticos. Además del parcial carácter antiseñorial de algunas reivindicaciones y de los intereses de productores y comerciantes exportadores de lana, otro gran componente ideológico de las causas múltiples se relaciona con la integridad de la acción de los procuradores en las Cortes. Cubren respectivamente aspectos sociales en la aspiración de ascendencia social vertical en el sistema estamental de las élites ciudadanas burguesas, el carácter económico tantas veces reseñado desde Joseph Pérez de las posiciones de las villas y el paso adelante político que supuso la reclamación sobre la capacidad de convocatoria de las Cortes y el alcance de sus decisiones, que tanto explica el surgimiento de la Santa Junta, verdadera aspiración de continuidad que solamente se vio satisfecho con el funcionamiento de las legislaturas con períodos de sesiones prefijados.

Pueden distinguirse dos niveles de análisis de la dinámica de la oposición ideológica al proyecto carolino en las Cortes de Castilla. El primero de ellos muestra el cúmulo de peticiones concretas que se encaminan al modo de gobierno; es el más evidente y se aprecia expresamente en las actas de las Cortes. El segundo es más profundo y pasa de afectar al régimen político a las ideas sobre el sistema político. Esta segunda posibilidad es la que ha calado más profundamente entre los parlamentarios que han dedicado a las Comunidades no solo intervenciones desde la tribuna, sino también su trabajo historiográfico o filosófico, como Martínez de la Rosa, Modesto Lafuente, Manuel Danvila, Cánovas del Castillo, Miguel de Unamuno, Ortega y Gasset o Manuel Azaña. Hay en ese nivel de análisis cuestiones de enorme intemporalidad, fundamentalmente la disparidad de intereses de los actores políticos que comparecieron en las Cortes, la delineación de estrategias, el límite de la adscripción de la presidencia a uno de los bandos presentes y la obligatoriedad de los capítulos votados.

Por lo que se refiere al mencionado primer escalón de estudio, las demandas específicas, ya las Cortes celebradas en febrero de

1518 en Valladolid querían conjuntar las reivindicaciones de los procuradores ciudadanos en el Colegio de San Gregorio, al margen de los brazos eclesiástico y nobiliario, empezando por la imposición como presidente de las Cortes de Jean de Sauvage. Aparece ya la exigencia de que el rey no enajenase parte del patrimonio real, así como de guardar las leyes y fueros del reino, limitando esa conceptuación habsbúrgica de mantener a los monarcas desligados de las imposiciones de la ley política o civil previa incluso al conocimiento de lo que el rey iba a demandar de sus ciudades, que puso alerta a Guillermo de Croy, el famoso señor de Chiévres, sobre la posibilidad de futuros desacatos y alteraciones. El cuaderno con ochenta y ocho peticiones de los procuradores de las Cortes al rey sentó las bases de las posteriores peticiones de las Cortes de Santiago-La Coruña.

Estas suponen el reconocimiento de que las decisiones políticas de mayor calado no podían hacerse más al margen de la voluntad de los ciudadanos. Y lo que es más relevante, que dicha voluntad tiene carácter político, reglado y obligatorio y que, además responde a una voluntad previa al debate en las Cortes, expresada en la elección de los procuradores en las villas. Por lo que respecta a la cultura política, más relevante que las cuestiones a debatir en concreto es atenerse al debate en las Cortes y no a las relaciones bilaterales con la Corona. No puede dejar de contemplarse en esta perspectiva un germen de parlamentarismo de profunda modernidad.

Tres parecen, mirados desde el parlamentarismo actual, los asuntos verdaderamente medulares al precisar la posición de los enviados ciudadanos: los canales de proyección de la dupla participación y representación, la naturaleza jurídica del mandato limitado de los procuradores en Cortes (junto con la validez de los poderes de los diputados, como demuestra el episodio de la invalidez alegada a los salmantinos) y la insuficiencia funcional de las Cortes medievales al llegar en los inicios de la Modernidad nuevas aspiraciones de intervención política. Dos evidencias desvelan ese orden de intereses en marzo de 1520: una nueva dinámica institucional en la que adquiere enorme repercusión pública el papel de la propaganda política y el cambio de orden de las votaciones en las Cortes.

Respecto a lo primero, la aspiración de universalidad del Imperio, que después de las abdicaciones de Bruselas quedó expresada en términos de Monarquía Universal Hispánica, requería encajar el ordenamiento público castellano de los Trastámara en nuevos moldes,

lo que planteaba un debate diferente, pues no se trataba de un modelo de soberano para cada territorio, sino de un modelo de gobierno para un solo soberano, en Castilla y en el Sacro Imperio, lo que dificultaba la tradición jurídica castellana, que se había construido un tanto al margen de la querella de las investiduras, con una *monarchia in temporalibus* en la que se había recurrido satisfactoriamente a la fórmula *rex est imperator in regno suo*, que sirvió para Castilla, como para Francia. ¿Para qué tanto sacrificio en esfuerzos políticos y en dinero de las ciudades castellanas si Carlos era ya un emperador en sus propios reinos? Los comuneros abogaron por la simplificación en el eje *regnum-potestas-rex* que partiera de la capacidad decisoria del común, lo que no se volverá a reclamar en España hasta el liberalismo decimonónico. No parece escasa modificación institucional. En relación con lo segundo, frente a las necesidades del reino parecían pesar mucho más las del rey ante su apuesta imperial. Parecido argumento sobre la supeditación de los intereses generales a los del partido gobernante se sigue repitiendo en las Cámaras al hacer desde la oposición crítica de la acción del gobierno, si bien con el doble beneficio que supone la elección de los ciudadanos y el juego permitido ante la opinión pública por los programas electorales y los compromisos de investidura.

En las Cortes se fijó el conjunto canónico de reclamaciones que se detallaría más tarde en la Ley Perpetua de Ávila. Fue infructuosa la lucha de Mercurino Gattinara por imponer el orden ansiado por la Corona, primero la votación del servicio y más tarde las peticiones de los procuradores en forma de capítulos y memoriales, lo que cambiaba el orden de prioridades políticas, por más que se concediesen las aportaciones económicas ansiadas por Carlos V. La protesta por la designación como regente del cardenal y luego papa Adriano de Utrecht en ausencia del rey fue un añadido que duraría hasta el final del conflicto. Como tantas veces sucede con las votaciones en las Cortes, el rey accedió a varios capítulos que fueron luego incumplidos, como la extracción de bienes del reino o el nombramiento de extranjeros para cargos relevantes. Aspecto verdaderamente novedoso para momentos como los actuales en que tanto se debate sobre auditorías democráticas, *accountability*, responsabilidad política y rendición de cuentas de los cargos ejecutivos fue la implantación para los corregidores y oficiales de un juicio de residencia a los dos años de comenzar sus funciones.

III. Innovación de ideas y lenguaje político

Uno de los juicios anticipados emitidos sin acudir a las fuentes primarias, suele ser que el pensamiento político español fue en sus ropajes terminológicos por detrás de los avances conceptuales. Escasa innovación de ideas y lenguaje retardatario compondrían un tándem letal en la adecuación a los nuevos aires europeos. Esta conclusión precipitada suele olvidar dos circunstancias. La primera, que también en la Italia del Humanismo el lenguaje jurídico condiciona el político, desde los desarrollos de la Escuela de Bolonia y hasta penetrar el argumentario entre monarquía e imperio. La segunda, que para modernizar el lenguaje político en los territorios hispánicos no hubo que esperar a que Maquiavelo plantease sus propuestas descarnadas. Basta recordar para los mandatos emanados de las Cortes, desde las de Briviesca, la fórmula «obedézcase, pero no se cumpla» La metáfora maquiavélica animalística sobre el lobo, el león y el zorro para simbolizar el poder no fue conocida en España hasta lustros después de las Comunidades, pero esa línea argumentativa no era desconocida. Dos días antes de la derrota comunera en Villalar veía la luz en Burgos el *Tractado de Republica con otras Hystorias y antigüedades* de Alonso de Castrillo en el que se decía: «conviene saber por engaño o por fuerça; el engaño conviene a la raposa y la fuerça al leon; lo uno y lo otro mas que ageno deve ser al hombre, mas el engaño es mas digno de ser aborrecido». Y el recurso a subterfugios, disimulaciones y hasta simulación había sido aconsejado a los reyes castellanos por Valera, Sánchez de Arévalo, Sancho de Rojas o Sepúlveda.

Cuando se ponen en paralelo los capítulos comuneros, la Ley Perpetua de Ávila y el *Tractado* de Castrillo surgen vocablos que saldrán inmediatamente del léxico de la política para retornar solamente siglos después, además de esbozar la abstracción terminológica del *Estado* como identificación institucional del reino. Por razones de necesaria concisión puede proponerse la potencia de una sola frase para aprehender la fuerza innovadora de la teoría política de ese momento: «por ninguna cosa es averiguado quien sea el ciudadano si no por la participacion del poder» (Castrillo, 1521:25). Reténgase el empleo reiterado de la voz «ciudadano» y no de la habitual «súbdito» de la tratadística hispánica de los Austrias.

Participación y no obediencia, ciudadano y no súbdito, son dos poderosos impulsos para el lenguaje político que se verán solapados por el lenguaje teológico de la política hasta que lleguen los ecos de

la Revolución francesa. La participación hace especial la comunidad como agrupación política; no se contenta con prestar consentimiento en un *pactum subiectionis*, ni con aprobar los servicios económicos para la Corona, sino que pide una cuota decisoria mayor en la gestión de los intereses de las ciudades. Falta aún profundizar en el alcance de las aspiraciones, difusas y cambiantes, del estamento ciudadano, de los cargos concejiles y de los ideólogos comuneros; quizás sea una cuestión perennemente abierta por la diferencia entre las fuentes primarias y la volatilidad de los proyectos entre el verano de 1520 y la rendición toledana en octubre de 1521. Con todo, estamos en presencia de un despliegue político no referido a funciones concretas, ni siquiera a porciones amplias de actividad administrativa, siempre en el lenguaje juridificado de las potestades, sino a la compartición del «poder». Esta es la palabra clave en la formulación de Castrillo, dado que se sigue utilizando hoy con idénticas denotaciones y, lo que es más importante y prueba su modernidad para servir en una cultura política tan desarrollada como la actual, con similares connotaciones.

1. Sobre la ideología en las Comunidades: lo nacional, lo revolucionario y lo republicano

La mitificación de las Comunidades ha permitido aventurar derivadas que convendría matizar desde el rigor académico, por más que sigan manteniendo un irresistible atractivo político. Es lo que sucede con su pretendido carácter nacional (Maravall, 1979:43), revolucionario o republicano.

Incluso el calificativo de protonacional parece un tanto precipitado para esta época, lo que marca una cesura importante respecto al parlamentarismo decimonónico y al actual. Aun si se retrotrae hasta sus primeras formulaciones doctrinales lo nacional, por ejemplo, en las palabras de Saavedra Fajardo sobre una comunidad de nacencia con las que abre su Empresa LIX de *Idea de un príncipe político cristiano, representada en cien empresas*, el concepto sería desconocido más de un siglo antes con las connotaciones politológicas precisas. En consecuencia, la aplicación de una mirada nacional sobre las Comunidades requiere detallar el alcance del término y el rendimiento proporcionado a la causa comunera, de lo que hay atinada propuesta (Ballester Rodríguez, 2011:233-235) que subraya el componente cultural de la nación. Parece menos comprometido

recalcar lo hispánico, que en el marco del sistema polisinodial tiene una acepción más neutra, vista desde la perspectiva del posterior parlamentarismo. Que las alteraciones, en la terminología de la época, hubieran sacudido las Cortes en la elección y rendición de cuentas de los procuradores en muchas ciudades y que los alborotos tuvieran puntos tan distantes como Coruña, Segovia, Toledo, Sevilla y Murcia explican bien la necesidad de una comprensión amplia de lo nacional.

Lo revolucionario está íntimamente vinculado a lo popular y en tal sentido se han insertado las Comunidades en movimientos antifiscales y antiseñoriales de la Baja Edad Media tardía y hasta las Frondas. Que las proclamas comuneras buscaran deliberadamente la fuerza propagandística para poner la comunicación política por encima de la ideología es algo que tarda en producirse hasta los movimientos insurreccionales del siglo XIX y que se comprende bien en la política lábil y vertiginosa de la actualidad. Los líderes comuneros eran mucho más personas de acción que de ideas y una retórica muy simplificada sobre la libertad o la opresión sirvió de útil elemento de atracción, lo que no sorprende precisamente en este año 2021. Rescatar la política de las élites nobiliarias, y aún de las oligarquías de un cierto patriciado urbano entre la baja nobleza y la alta burguesía, requirió la movilización mediante mensajes concentrados que lograron la adhesión desde la protesta callejera hasta el compromiso máximo vital, que entrañaba llegar al campo de batalla. No es este artículo lugar para acercamientos prosopográficos, pero quede constancia del relevante papel de algunas mujeres, más allá del destacadísimo de María de Padilla, así como de muchos clérigos, en particular de los frailes. La movilización popular encontró en los púlpitos (Diago Hernando, 2007:104-109) un apoyo tan relevante como en las imprentas (Fernández Valladares, 2013:176). Interesa más dejar constancia de que lo popular que antecede a lo revolucionario habría de entenderse en un sentido amplio cuando se refiere a la extracción, papel e ideología de los procuradores en las Cortes castellanas (Diago Hernando, 2004:609-613).

Resulta imposible reducir en este espacio las controversias sobre el carácter revolucionario del movimiento. Puede aceptarse que representó una fractura profunda de la convivencia, hasta el punto de armar huestes contra las realistas y provocar una represión que bien encarnan los exceptuados del Perdón de Todos los Santos de 1522 que tuvieron

que emprender, con pérdida de todo lo suyo, el camino del exilio en Portugal. Sin embargo, difícilmente puede sostenerse tal carácter en atención en puridad a las reclamaciones de los *Capítulos* y a la dinámica tantas veces repetida luego en España de conjugar «viva el rey y mueran los malos consejeros». Faltan demostraciones de quiebra de los componentes que en la teoría política actual consideraríamos medulares del sistema político. Se atacaron las manifestaciones del ejercicio del poder, esto es, algunos elementos del régimen de gobierno. Difícilmente podría haberse articulado de otro modo un movimiento que se extendía al calor de la defensa de la monarquía tradicional castellana y de la propia reina Juana, a la que no se puede olvidar cuando se considera este aspecto, reiteradamente buscaron los líderes comuneros, además de las constantes apelaciones a respetar su papel.

Que el movimiento tuviese una impronta republicana debe entenderse a la luz de la anterior afirmación. No aparece así en la literalidad de los textos y documentos, mientras que, por el contrario, siempre se dice obrar en busca del respeto a la tradición monárquica castellana y a la figura de un rey. Ni siquiera la peculiar evolución autóctona hacia formulaciones de principado electivo en algunos miembros de la Escuela de Salamanca posibilitan conclusiones más que, si acaso, individuales. Una adecuada lectura de *De optima politia* de Alonso de Madrigal, de la *Summa super Libris Politicorum Aristotelis* de Pedro Martínez de Osma y de los *Comentarios a la Política de Aristóteles* de Fernando de Roa contextualizan bien esa tradición.

En el parlamentarismo actual las aspiraciones de cambio del sistema se han de encauzar desde los mecanismos de reforma, como bien acredita el procedimiento constitucional; en ausencia de este, la naturaleza de las Comunidades como revolución hubiera podido devenir de un eventual deseo de instaurar una república como las del siglo siguiente en el Protectorado de Cromwell o en las Provincias Unidas, pero nada de esto hubo. Cuando se alude al republicanismo comunero se funden dos posibilidades que coexistían en la cultura histórica, pero no en la política: la experiencia coetánea de las ciudades toscanas, con Florencia a la cabeza, y el republicanismo cívico de corte ciceroniano. El segundo parece mucho más interiorizado que la primera, pues ya se conocía la alternancia de períodos republicanos con otros de *signorie*, como con los Medici, Gonzaga, Grimaldi, Boccanegra, Este, Visconti,

Sforza o Montefeltro. A favor de esa interpretación se conjuraron mucho más los cronistas carolinos, que aludían a la copia de las repúblicas italianas queriendo que la opinión pública se resistiese ante una experiencia azarosa en la que, fruto de esa metáfora organicista tantas veces repetidas, el cuerpo, el común, no podía subsistir sin su cabeza, el rey. Basta la cita del siempre gráfico Antonio de Guevara en sus *Epístolas familiares* sobre las ciudades alzadas en comunidad querían «quedar esentas y libertadas como lo son Venecia, Genova, Florencia, Sena y Luca, de manera que no las llamen ya ciudades, sino señorias». Acotar el republicanismo a referencia doctrinal clásica y teorizar vaporosamente sobre su uso en la propaganda antimonárquica puede ser, pero sustituir al rey no fue propuesta generalizada, lo que impide afirmar que formase parte de un proyecto organizado de transformación institucional (Aranda Pérez, 2006:29), aunque algunos de sus rasgos son innegables (Gil Pujol, 2002:263).

2. La proyección de las Comunidades en el parlamentarismo español

El parlamentarismo español se ha valido siempre de potentes simplificaciones sobre los comuneros para criticar en cada momento los planteamientos más conservadores del régimen político monárquico o para fundar aspiraciones territoriales diferentes. El procedimiento ha sido similar en muchas ocasiones: censurar la visión carolina, centralizadora en la toma de decisiones, aunque descentralizada en el sistema polisinodial que concluirá con los Decretos de Nueva Planta cuando a la centralización se una el centralismo borbónico. Ese proceso, profundamente dinámico, no ha de contemplarse con la parcial visión del presentismo, sino con la distancia crítica que el método histórico posibilita para evitar, como sucedió en el siglo XIX y en el momento de la configuración de las comunidades autónomas, la contaminación del uso interesado a corto plazo (el análisis más completo en Berzal de la Rosa, 2008). De esa tergiversación fraguada al calor del interés político nadie escapa, como demuestra el caso de Unamuno concejal electo salmantino por la conjunción republicano-socialista y luego diputado nacional que, al día siguiente de las municipales de 1931 y aún no proclamada la república afirmó en el teatro de la Casa del Pueblo de Salamanca que «los Comuneros de Castilla no fueron otra cosa que comunistas» (Rabaté, 2009).

El III Centenario de las Comunidades sirvió para la oportuna exaltación en pleno Trienio Liberal, tras un primer uso más reducido por el constitucionalismo gaditano, como elemento de cohesión de la nación en esa coyuntura frente al enemigo exterior, cambiados los imperiales flamencos por los franceses. El paralelismo entre las villas alzadas por los comuneros en Junta Santa y las Juntas de la Guerra de la Independencia era demasiado tentador como para desconocerlo (Vilches García, 2014:171-188). En la carrera por la mitificación parlamentaria de las Comunidades, este primer uso doceañista de plena exaltación nacional tenía, además, un germen de comparación frente al absolutismo regio que fue aprovechado con posterioridad en la edificación doctrinal del liberalismo decimonónico con reiteración (Balado Insunza, 2021). El Diario de Sesiones deja constancia de esa temprana mitificación anudada en torno a los vocablos más atrayentes del parlamentarismo, del gaditano y del actual, libertad y representación a través de la legitimación de la participación. Así sucede con la libertad, como demuestran las palabras del conde de Toreno, diputado Queipo de Llano, al afirmar que la libertad había acabado al expirar Padilla. En una exageración muy efectista, el diputado abulense de la Serna antedató la representación gaditana hasta entroncarla con la comunera. Del rendimiento intuitivo que se obtenía de las Comunidades en la lucha dialéctica e ideológica de la restauración fernandina que abrió el Sexenio absolutista da cuenta su alusión, sensu contrario, en el *Manifiesto de los Persas*.

Martínez de la Rosa, presidente del propio Congreso de los Diputados y parlamentario experimentado, escribió en el fragor gaditano de 1812 *La viuda de Padilla* y revisitó ideológicamente el tema en sus apuntes de *Bosquejo histórico de la Guerra de las Comunidades*. El diputado Francisco Martínez Marina, en su *Teoría de las Cortes*, ahondó en la mitificación al fundar las aspiraciones comuneras nada menos que en los derechos nacionales violados por el despotismo carolino. La conformación de un imaginario político comunero de vida propia, al margen de las engorrosas exigencias historiográficas, se acredita con las referencias tomadas para las sociedades patrióticas como antecedentes de los partidos políticos (Gil Novales, 1975) del arco parlamentario y grupos secretos, tan ligados a su vez inicialmente al mundo masónico y por medio de este a la actividad política, por ejemplo bajo el sonoro

nombre de Confederación de los Caballeros Comuneros y Vengadores de Padilla (Ruíz Jiménez, 2007), que propició a través de algunos de sus miembros ruidosas intervenciones parlamentarias como las de los exaltados Juan Romero Alpuente o Antonio Alcalá Galiano.

El liberalismo posterior al Trienio siguió abonando el mito al calor de la construcción del estado nación, tanto por progresistas como por moderados. Sucumbió a un encumbramiento de los comuneros reforzado a la vez por una refractaria resistencia a insertar a Carlos V y sus sucesores en una historia política hacia la nación española (López Vela, 2002:500). El senador Patricio de la Escosura utilizó en 1860 a los comuneros para fijar el punto inicial y final del absolutismo monárquico entre la derrota de Villalar y la salida de Fernando VII. Mediado el siglo XIX, Ferrer del Río lo mismo ironizaba sobre el hiperrevolucionarismo y el funcionamiento interno deficiente del Congreso en *El diputado a Cortes*, que ensalzaba en el marco de la visión propia del Romanticismo a los comuneros como protagonistas de la lucha de los españoles contra la opresión extranjera, ejerciendo innegable influencia sobre Modesto Lafuente, quien culminó su *Historia General de España* coincidiendo con el período en que fue diputado por León de la Unión Liberal de O'Donnell. Diputado leonés también fue Gumersindo de Azcárate Menéndez, en las filas del Partido Republicano Centrista; consideró que la derrota de la revolución comunera se debió al absolutismo, como paralelismo de la caída de la I República. En similar línea se situó la opinión del diputado y senador por Cuenca de filiación liberal moretista Vicente Santamaría de Paredes.

Sobre las Comunidades volvieron varios senadores y diputados, dos de ellos de manera destacada. Antonio Cánovas del Castillo, presidente del Consejo de Ministros y del Congreso de los Diputados desde una visión netamente conservadora en *De las ideas políticas de los españoles durante la Casa de Austria*. Pero fue Manuel Danvila, diputado y senador conservador valenciano a quien se debe uno de los esfuerzos historiográficos de mayor aprovechamiento en la investigación posterior sobre el período: su *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla* ha sido durante décadas referencia obligada. Con una opinión más cercana al conservadurismo carlista, el diputado por Navarra y por Asturias Juan Vázquez de Mella veía en los comuneros un movimiento tradicionalista de naturaleza orgánica.

Además del citado caso de Unamuno, cuya posición evolucionó desde su crítica por localistas de *En torno al casticismo* de 1895, durante el período republicano –en el que la franja morada de la bandera tricolor decía incorporar el color del pendón comunero castellano– se pueden observar algunas otras críticas. Gregorio Marañón, diputado por Zamora de la Agrupación al Servicio de la República, aún desde una óptica progresista, tildó a los comuneros de «masa inerte conducida por nobles e hidalgos apegados a la una tradición feudal». Alejandro Lerroux, en la legislatura en la que había sido elegido diputado por el Partido Republicano Radical por las provincias de Santa Cruz de Tenerife, Cáceres y Madrid, acta que conservó, afirmó su intención política de «recomenzar la Historia de España que se interrumpió con aquellos que dieron su vida, los Comuneros de Castilla, por la libertad, cuando se entronizó el absolutismo». Visión igualmente favorable tuvo Marcelino Domingo, quien aprovechó el ejemplo de los comuneros para la política y hasta para el teatro en *Doña María de Castilla* siendo parlamentario del Partido Republicano Radical Socialista, antes de su integración en Izquierda Republicana; siendo ministro de Instrucción Pública elevó a los comuneros a «defensores del régimen democrático». También ministro de la misma cartera y diputado por La Coruña de la Organización Republicana Gallega Autónoma en las constituyentes fue Salvador de Madariaga, quien en su obra *Carlos V* consideró que el «espíritu político de los comuneros fue republicano e igualitario». Otros parlamentarios menos recordados utilizaron la estela comunera en los debates constituyentes de 1931 sobre el modelo territorial republicano, como ocurrió con el diputado de Esquerra Republicana de Catalunya (ERC) por Lérida Humbert Torres i Barberà, o con el diputado coruñés de la Federación Republicana Gallega Ramón María Tenreiro, o sobre la autonomía local, como hizo el republicano federal de tendencias cenetistas Eduardo Barriobero Herrán (López Vilaboa, 2021:8). Que los anarquistas aprovecharon también el rendimiento del mito comunero lo evidencia la conferencia en el comienzo de la guerra civil de la ministra de Sanidad y Asistencia Social, Federica Montseny, en la que afirmaba que: «el movimiento de los comuneros de Castilla había sido el momento de la eclosión de la conciencia de las aspiraciones del pueblo».

Manuel Azaña, en su época de diputado por Valencia de Acción Republicana y presidente del segundo Gobierno Provisional de la Repú-

blica afirmó: «la última revolución verdadera de España data de cinco siglos; y que cuando el pueblo valenciano se levantó contra la tiranía del emperador de Austria y el castellano contra la misma tiranía, lo que entonces pedían los valencianos y los castellanos a su monarca no se ha conseguido aún», sintetizando una idea que puede comprobarse en *Comuneros contra el rey*. Lo cierto es que los comuneros sirvieron a Azaña para una pluralidad de temas, desde la construcción nacional al destino de la república, pasando por la revolución, la dirección popular de la república y hasta las relaciones catalano-castellanas; no en vano el propio Companys había afirmado en abril de 1932: «la obra de la República ha de ser principalmente cambiar la estructura de España. El unitarismo es obra de las monarquías austríaca y borbónica, y la Historia con los Comuneros de Castilla y el Justicia de Aragón nos demuestra cómo el centralismo unitarista arraigó».

Otro de los momentos en los que se volvió la vista a los comuneros fue la Transición democrática, tan proclive a recuperar la imagen del pueblo movilizado, si bien con la nueva conexión con el debate territorial sobre la conformación autonómica del Estado democrático de la Constitución de 1978. En el Grupo Socialista tuvo protagonismo quien había dedicado profundas reflexiones en la estela de la revolución modernizadora, Enrique Tierno Galván, quien hizo aportaciones historiográficas que apuntaron ya a la novedad del pensamiento político que sustentaba las reivindicaciones comuneras. Así resaltó el carácter estructurante de las Comunidades en la línea de una articulación cuasiconstitucional del reino en *¿Es el Lazarillo un libro comunero?* y fundamentalmente en *De las Comunidades o la historia como proceso*; también se debe a Tierno una oportuna edición hecha por el Centro de Estudios Políticos del *Tractado* de Castrillo. El diputado ucedista segoviano Modesto Fraile se acogió a los comuneros para defender su propuesta de competencias para las diputaciones provinciales y respecto a la integración de Segovia en la Comunidad de Castilla y León; el senador socialista toledano Díaz-Marta para afirmar que los comuneros fueron «los primeros que lucharon por la soberanía, la independencia, las costumbres y las leyes regionales», así como también para ejemplificar a través de Pedro Lasso de la Vega el drama del exilio; el senador socialista vallisoletano Arévalo Santiago en 1980 para pedir la autonomía para Castilla y León; en fin, el senador

socialista por Asturias y luego ministro de Asuntos Exteriores, Fernando Morán, al calor del Estatuto de Autonomía de Galicia, y confrontando las visiones de Américo Castro, Ortega y Gasset y Azaña calificó al movimiento como de revolucionario y los identificó con «la primera revolución burguesa de España, víctima de una represión centralista».

IV. Conclusiones

Las Comunidades pueden ser hoy contempladas como un antecedente del parlamentarismo, pero las dificultades para considerarlas manifestación del parlamentarismo, tal como se ha articulado por el tándem representación/ciudadanía llevan a matizar el valor informador de tal precedente en las etapas democráticas. Las Comunidades introducen cuatro novedades de enorme importancia que deben recordarse justo cuando se cumplen cinco siglos.

La primera es la innovación del lenguaje político, que no desmerece del que se estaba forjando coetáneamente en tierras italianas por influjo de Maquiavelo, y francesas, hasta desembocar en las formulaciones de Bodin.

La segunda, el debate sobre las Cortes como elemento esencial del sistema político, por encima de su utilidad como elemento del régimen monárquico. También a este respecto, como sucede con los más habituales rasgos revolucionarios y manifestaciones del republicanismo italianizante se debe evitar cualquier anacronismo que proyecte hacia atrás lo que no puede deducirse mediante el análisis del discurso en las comunicaciones y textos de la época, particularmente en los capítulos comuneros. Suficiente novedad representa la consideración de que las Cortes no debían ser únicamente convocadas por el rey, especialmente en ausencia de la Corte desplazada a tierras flamencas y alemanas tras la elección imperial, sino también a voluntad de los representantes ciudadanos, que es lo que representa el carácter más transformador de la denominada Junta Santa.

En tercer lugar, de extraordinaria modernidad es también el debate sobre la naturaleza, representativa o imperativa, del mandato conferido a los procuradores que asistían a las reuniones de las Cortes.

La cuarta, la introducción en el imaginario político de elementos que darán lugar a una modulación del concepto propio de

soberanía diferente del bodiniano y que serán precursores del giro hacia la soberanía nacional y más tarde hacia la soberanía popular.

El impacto de esas cuatro novedades no puede calificarse de enteramente revolucionario, cuando se compara con la cantidad de elementos, tanto del sistema como del régimen, que se respetaron en las demandas comuneras, empezando por el mantenimiento de la monarquía y de la preminencia del rey en la dirección de los asuntos públicos, con capacidad verdaderamente ejecutiva. El carácter precursor de las Comunidades no puede llevar a adelantar el papel del parlamentarismo en las monarquías constitucionales que tardaría cuatro siglos en desplegarse. Cuando este llegó en España, sin embargo, se imbuyó de los caracteres míticos de la impronta comunera, que perdura aún, como se ha visto en la introducción.

Pero lo que parece más interesante aún es que tales transformaciones produjeron un cambio permanente por adición de pequeños avances acumulativos que acabaron por introducir una dinámica sistémica en la que, derrotados los comuneros, algunas de sus reivindicaciones se asumen en el gobierno de los Austrias, tal como acredita la tratadística de los arbitrios y los espejos de príncipes del siguiente siglo y medio, como la práctica del gobierno hacia lo propio que caracteriza la Monarquía Universal Hispánica, la incorporación definitiva del estamento ciudadano en la actividad de las Cortes y la progresiva sustitución, más conceptual que terminológica, del súbdito por el ciudadano. Como ejemplos más mundanos, el casamiento de Carlos V con Beatriz de Portugal y su abdicación separada del cetro imperial en su hermano Fernando y de los reinos hispánicos en su hijo Felipe II vinieron a ser encubiertos triunfos de las reivindicaciones de los capítulos comuneros. Por primera vez en la historia política española, las novedades propuestas inciden simultáneamente en la mentalidad política, la ideología y la cultura política. Y por última vez en tres siglos se da una alternativa ideológica al triunfar la visión carolina. Como en otros momentos importantes de nuestra historia parlamentaria aludidos, este V Centenario es también momento adecuado para recordar, sin implicaciones presentistas, en la Revista de las Cortes Generales que las Comunidades mostraron que otro camino era posible, que podía soñarse con una política al servicio de la sociedad, de la comunidad, y no solo del gobernante.

Bibliografía

Almond, G., y Verba, S. (1963). *The Civic Culture* (cap. An approach to political culture). Princeton University Press.

Alonso García, N. (2019). Los Decreta de León de 1188 como piedra fundacional del Estado de Derecho y la legalidad. *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, (22), pp. 231-247.

Aranda Pérez, F. J. (2006). «Repúblicas ciudadanas». Un entramado político oligárquico para las ciudades castellanas en los siglos XVI-XVII. *Estudis*, (32), pp. 7-46.

Ariño Villarroya, A. (1997). Ideologías, discursos y dominación. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (79), pp. 197-219.

Arvizu y Galarraga, F. (2018). La representación ciudadana en las Cortes de León de 1188. En *Las Cortes de León: cuna del parlamentarismo* (pp. 93-118). Cortes Generales y CEPC.

Balado Insunza, F. M. (2021). El mito comunero y el liberalismo español al inicio del siglo XIX. *Revista de Occidente*, (479), pp. 51-55.

Ballester Rodríguez, M. (2011). Comunidad, patria y nación como fuentes de la legitimidad política en las Comunidades de Castilla (1520-1521). *Revista de Estudios Políticos* (153), pp. 215-249.

Bell, C. (1992). *Ritual theory, ritual practice*. Oxford University Press.

Bell, D. (2015). *El fin de la ideología*. Alianza Editorial.

Berzal de la Rosa, E. (2008). *Los comuneros. De la realidad al mito*. Sílex.

Bouza-Brey, L. (2006). El Sistema Político. En *Manual de Ciencia Política* (pp. 67-100). Tecnos.

Castrillo, A. de. (1521). *Tractado de Republica con otras Hystorias y antigüedades*. Alonso de Melgar.

Chartier, R. (1992). *El mundo como representación. Historia cultural. Entre práctica y representación*. Gedisa.

Closa Montero, C. (2001). La europeización del sistema político español. En *La europeización del sistema político español* (pp. 513-524). Istmo.

Colliard, J. C. (1981). *Los regímenes parlamentarios contemporáneos*. Blume, .

Danvila Collado, M. (1898). *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla, Volumen II*. Establecimiento Tipográfico de la viuda e hijos de M. Tello.

de Blas Guerrero, A. (Ed.). (2010). *Sistema político español*. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

de Carlos Morales, C. J., y González Heras, N. (Eds.). (2021). *Las Comunidades de Castilla: Corte, poder y conflicto (1516-1525)*. Universidad Autónoma de Madridy Polifemo.

Diago Hernando, M. (2004). La representación ciudadana en las asambleas estamentales castellanas: Cortes y Santa Junta Comunera. Análisis comparativo del perfil sociopolítico de los procuradores. *Anuario de Estudios Medievales*, 34(2), pp. 599-665.

—(2007). El factor religioso en el conflicto de las Comunidades de Castilla (1520-1521). El papel del clero. *Hispania Sacra*, 59(119), pp. 85-140.

Estepa Díez, C. (1990). La Curia de León de 1188 y los orígenes de las Cortes. En *Las Cortes de Castilla y León, 1188-1988* (pp. 19-39). Cortes de Castilla y León.

Fernández Catón, J. M. (1993). *La curia regia de León de 1188 y sus decreta y constitución*. Centro de Estudios e Investigación San Isidoro.

Fernández Sarasola, I. (2004). Los conceptos de Cortes y parlamentarismo en la España del siglo XX. *Revista de las Cortes Generales*, (62), pp. 141-178.

Fernández Valladares, M. (2013). La revuelta comunera a través de la imprenta armas de tinta y papel. Testimonios y repercusiones de su difusión editorial. En P. M. Cátedra García y M. E. Díaz Tena (dir.), *Géneros editoriales y relaciones de sucesos en la Edad Moderna* (pp. 147-178). Universidad de Salamanca.

García Guitián, E. (2009). Representación y participación: la rendición de cuentas en las democracias contemporáneas. En *Participación y representación política* (pp. 21-50). Tirant lo Blanch, 2009.

Gil Novales, A. (1975). *Las Sociedades patrióticas (1820-1823). Las libertades de expresión y de reunión en el origen de los partidos políticos*. Tecnos.

Gil Pujol, X. (2002). Republican Politics in Early Modern Spain: The Castilian and Catalano-Aragonese Traditions. En M. van Gelderen y Q. Skinner (Eds.), *Republicanism. A Shared European Tradition*. Cambridge University Press.

Hutton, P. (1980). The history of mentalities: the new map of cultural history. *History and theory*, (20), pp. 237-259.

Jost, J. (2009). Political ideology: its structure, functions, and elective affinities. *The Annual Review of Psychology*, (60), pp. 307-337.

Keane, J. (2009). *The life and death of democracy*. Simon & Schuster.

Kelsen, H. (1977). *Esencia y valor de la democracia*. Labor.

Kerlinger, F. (1984). *Liberalism and Conservatism: The Nature and Structure of Social Attitudes*. Erlbaum.

Levinson, D. J. (2019). The study of ethnocentric ideology. En T. Adorno (Ed.), *The Authoritarian Personality* (pp. 102-150). Verso.

López Vela, R. (2002). Comunidades, ciudades y conflicto social en la historiografía del Ochocientos. Entre la revolución y la decadencia. En *Actas del Congreso Internacional Espacios de poder: Cortes, ciudades y villas (s. XVI-XVIII)* (pp. 499-542). Universidad Autónoma de Madrid.

López Vilaboa, M. (2021). *El mito comunero en los discursos políticos de la Segunda República*. Fundación Castilla y León.

Maravall, J. A. (1979). *Las comunidades de Castilla. Una primera revolución moderna*. Alianza Editorial.

Mexía, P. (1580). *Historia del Emperador Carlos V*. Mss/1765.

Pérez González, M. (1994). La Curia Regia de León y sus «Decreta» y constituciones. *Estudios humanísticos. Filología*, (16), pp. 387-393.

Picó i López, J. R., y García Ferrando, M. (1999). El sistema político. En *Pensar nuestra sociedad: fundamentos de sociología* (pp. 338-375). Tirant lo Blanch.

Rabaté, J. C., y Rabaté, C. (2009). *Miguel de Unamuno. Biografía*. Taurus.

Ramírez Santibáñez, J. (1922). *Aventando cenizas. Estudio comparativo entre el ordenamiento de León de 1188 y la Gran Carta Inglesa de 1215*. Cantero Fernández.

Ranum, O. (Ed.). (1973). *National consciousness, history and political culture in early modern Europe*. Johns Hopkins University Press.

Reniu, J. M. (Ed). (2018). *Sistema político español*. Huygens.

Román Marugán, P. (Ed.). (2001). *Sistema político español*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España.

Rubio Llorente, F. (1993). *Las Cortes Generales*. Edersa.

Ruíz Jiménez, M. (2007). *El liberalismo exaltado. La confederación de comuneros españoles durante el Trienio Liberal*. Fundamentos.

Rus Rufino, S., y Fernández García, E. (2021). *La rebelión de las Comunidades. Monarquía, Comunidad y participación política*. Tecnos.

Seijas Villadangos, E. (2015). The Decreta of Leon (Spain) of 1188 as the birthplace of parliamentarism: an historical review from a time of crisis. *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper*, (8).

Thompson, J. B. (1984). *Studies in the theory of ideology*. Polity Press.

—(1992). *Ideology and modern culture* (cap. Rethinking ideology: a critical conception). Polity Press.

Vilches García, J. (2014). Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812 en la historiografía progresista de mediados del siglo XIX. *Revista de Historiografía*, (20), pp. 171-188.

Villoro, L. (2008). *El concepto de ideología y otros ensayos*. FCE.

Vincent, A. (1992). *Modern Political Ideologies*. Blackwell Publishing Ltd.

Antonio Gisbert Pérez. *Los Comuneros de Castilla. Padilla, Bravo y Maldonado en el patíbulo*, 1860.
Archivo del Congreso de los Diputados.

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 227-264
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1613

LA INAPLICABILIDAD DEL EXTRAORDINARIO CAUCE CONSTITUCIONAL DE CREACIÓN DE LA COMUNIDAD VASCO-NAVARRA[1]

THE INAPPLICABILITY OF THE EXTRAORDINARY CONSTITUTIONAL WAY OF CREATION OF THE BASQUE-NAVARRE COMMUNITY

Ignacio González García
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Murcia
https://orcid.org/0000-0003-1882-721X

Fecha de recepción del artículo: septiembre 2021
Fecha de aceptación y versión final: octubre 2021

RESUMEN

En las últimas dos décadas la controversia sobre una eventual integración de Navarra en la Comunidad Autónoma del País Vasco ha recobrado actualidad en el debate político. Tanto los actores principales del sistema como la inmensa mayoría de la doctrina constitucionalista presumen todavía vigente y aplicable lo dispuesto a tal efecto en la disposición transitoria cuarta de la Constitución. En este trabajo se intenta justificar por qué esa norma, como otras también relativas al proceso de creación autonómica, agotó sus efectos en el momento en que Navarra accedió a la autonomía por una vía distinta (disposición adicional primera de la Constitución) y es, por tanto, desde entonces inaplicable.

Palabras clave: Navarra, País Vasco, incorporación, disposición transitoria, alteración territorial.

---

[1] Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto *Reforma constitucional: dimensión institucional y territorial* (20639/JLI/18) financiado por la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia a través de la convocatoria *Jóvenes Líderes en Investigación* del Subprograma de Apoyo y Liderazgo Científico y la Transición a la Investigación Independiente (Programa Fomento de la Investigación Científica y Técnica 2018, del que el autor es IP.

ABSTRACT

In the last two decades, the controversy over the eventual integration of Navarra into the Autonomous Community of the Basque Country has regained relevance in the political debate. Both the main actors of the system and the vast majority of the constitutional doctrine presume the provisions for this purpose in the fourth transitory provision of the Constitution are still in force and applicable. This paper tries to justify why this rule, like others also related to the process of autonomous creation, exhausted its effects at the moment in which Navarra acceded to autonomy by a different means (first additional provision of the Constitution) and is, by so much, since then inapplicable.

Keywords: Navarra, Basque Country, incorporation, transitory provision, territorial alteration.

SUMARIO: I. LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA DE LA CONSTITUCIÓN Y SUS DESARROLLOS ESTATUTARIOS. II. CONSENSO POLÍTICO SOBRE SU CONDICIÓN DE NORMA APLICABLE Y CONTROVERSIA SOBRE SU MANTENIMIENTO. III. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA DOCTRINA MAYORITARIA. IV. EL CONSEJO DE ESTADO APUNTA PERO NO DISPARA. V. LOS MOTIVOS DE SU INAPLICABILIDAD. *1. Vinculación al artículo 143 y conexión con las transitorias primera a tercera. 2. Su temporalidad: clave del acuerdo constituyente. 3. Escenarios previstos y procedimiento establecido: la lógica del precepto. 4. La relevancia de su denominación como norma transitoria.* VI. CONSIDERACIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

I. La disposición transitoria cuarta de la Constitución y sus desarrollos estatutarios

Nuestro Texto Constitucional, prolijo en la normación de los procesos de acceso a la autonomía, omite la regulación de buena parte de las posibles correcciones que pudieran plantearse respecto del modelo de reparto territorial del poder una vez consolidado este. Una de ellas es, sin duda, la eventual integración de dos o más comunidades autónomas ya constituidas en una sola. Al respecto, nuestra Constitución no recoge ninguna cláusula de aplicación general. Se prevé únicamente, en su disposición transitoria cuarta, un procedimiento especial de incorporación de Navarra –ya veremos si provincia o comunidad autónoma– al ente preautonómico vasco o a la Comunidad Autónoma del País Vasco ya constituida.

Este precepto establece literalmente lo siguiente:

> 1. En el caso de Navarra, y a efectos de su incorporación al Consejo General Vasco o al régimen autonómico que le sustituya, en lugar de lo que establece el artículo 143 de la Constitución, la iniciativa corresponde al Órgano Foral competente, el cual adoptará su decisión por mayoría de los miembros que lo componen. Para la validez de dicha iniciativa será preciso, además, que la decisión del Órgano Foral competente sea ratificada por referéndum expresamente convocado al efecto, y aprobado por mayoría de los votos válidamente emitidos.
>
> 2. Si la iniciativa no prosperase, solamente se podrá reproducir la misma en distinto período del mandato del Órgano Foral competente, y en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo mínimo que establece el artículo 143.

Esto es, puesto que las tres provincias vascas ya se habían incorporado al Consejo General Vasco, la disposición prevé que también pueda hacerlo posteriormente la provincia de Navarra. Y para ello se establecen dos requisitos imprescindibles: acuerdo del órgano foral competente, es decir, del Parlamento Foral, tal y como estableció poco después el Real Decreto 121/1979; y ratificación de esa decisión del Parlamento Foral por referéndum, en buena lógica, de los ciudadanos navarros exclusivamente. A ello se añade en la norma constitucional que la incorporación de Navarra puede hacerse

al Consejo General Vasco o al régimen autonómico que lo sustituya. Es decir, se abre la puerta a que Navarra pueda integrarse no solo en el ente preautonómico y participar, por tanto, junto las tres provincias vascas, en el proceso de acceso a la autonomía, sino también en un momento posterior a la comunidad autónoma vasca ya constituida.

Esta última previsión parece favorecer la interpretación de que esta vía especial de incorporación de Navarra al País Vasco tiene vocación de vigencia indefinida en el tiempo. Frente a ello, encontramos que esta disposición se califica de «transitoria», compartiendo esa con otros *nomen iuris* con ocho preceptos normativos de evidente vigencia limitada en el tiempo, a luz de su propia literalidad.

Pese a los importantes problemas de articulación procedimental que tiene la posible incorporación de la provincia de Navarra a una comunidad autónoma vasca ya constituida, es indiscutible que se trata de una eventualidad expresamente prevista por la Constitución. Lo que no se establece de modo explícito en la disposición transitoria cuarta es que esa posibilidad siga abierta cuando la provincia de Navarra hubiera accedido ya a la autonomía por una vía distinta, bien junto a otras provincias a una comunidad autónoma pluriprovincial diferente de la vasca, bien –como ha sucedido– en solitario como comunidad foral uniprovincial por el cauce previsto en la disposición adicional primera CE 1978. Este es, pues, el *quid* de la cuestión. ¿Determina esa circunstancia, la constitución de Navarra como comunidad autónoma distinta e independiente de la autonomía vasca, el cese de la vigencia de lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Constitución?

A la luz de lo dispuesto por los estatutos vasco y navarro, parece claro que el legislador estatutario no entendió esta cláusula constitucional como norma cuyo efecto se agota con el acceso de Navarra a la autonomía. Así, el primero de los dos estatutos de autonomía en ser aprobado fue el del País Vasco, elaborado en paralelo al propio Texto Constitucional. Como era esperable, esta norma estatutaria recogió expresamente la opción prevista en la disposición transitoria cuarta de la Constitución de incorporar Navarra a su comunidad autónoma. Así, el artículo 2 se refiere al *derecho* de Navarra de formar parte del País Vasco, que podrá ejercitar de conformidad con lo previsto en aquella disposición constitucional:

> Art. 2: 1. Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, así como Navarra, tienen derecho a formar parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco. 2. El territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco quedará integrado por los Territorios Históricos que coinciden con las provincias, en sus actuales límites, de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, así como la de Navarra, en el supuesto de que esta última decida su incorporación de acuerdo con el procedimiento establecido en la disposición transitoria cuarta de la Constitución.

El desarrollo de ese procedimiento tan solo esbozado en la Constitución lo establece, si bien solo muy parcialmente, el artículo 47.2 del Estatuto vasco:

> En el caso de que se produjera la hipótesis prevista en la disposición transitoria cuarta de la Constitución, el Congreso y el Senado, en sesión conjunta y siguiendo el procedimiento reglamentario que de común acuerdo determinen, establecerán, por mayoría absoluta, qué requisitos de los establecidos en el artículo 46 se aplicarán para la reforma del Estatuto, que deberán, en todo caso, incluir la aprobación del órgano foral competente, la aprobación mediante Ley Orgánica por las Cortes Generales y el referéndum del conjunto de los Territorios afectados.

Como vemos, más allá de reiterar que será precisa la aprobación del órgano foral competente y el referéndum posterior[2], y de exigir en todo caso la aprobación por ley orgánica de Cortes Generales, la norma estatutaria remite *in toto* la regulación del procedimiento a las normas reglamentarias de Congreso y Senado «que de común acuerdo determinen». Pese a que tanto una Cámara como la otra aprobaron en 1993 sendas resoluciones reguladoras de la tramitación de las reformas de estatutos de autonomía, incluyendo las reformas especiales relativas a integraciones territoriales antes incluidas en los Estatutos de La Rioja, Cantabria y Castilla León[3], no se establece en

---

[2] Sobre el intenso debate jurídico en torno a si el referéndum «del conjunto de los territorios afectados» indica que las cuatro provincias se integrarían o no en una única circunscripción a tal efecto, *vid.*, por todos, Tomás Villarroya (1985: 61).

[3] Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 1993, sobre procedimiento a seguir para la tramitación de la reforma de los Estatutos de Autonomía, modificada por Resolución de la Presidencia, de 25 de septiembre de 2018 (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, nº 421, de 28 de septiembre de 2018); y Nor-

ellas procedimiento alguno para articular el mecanismo de incorporación de Navarra al País Vasco.

No se advierte, pues, en esta legislación estatuaria elemento alguno del que se pueda inferir que estamos ante preceptos con eficacia limitada en el tiempo. Es bien cierto que en el artículo 2 del estatuto vasco finalmente aprobado se prescindió del término «imprescriptible», con el que, en el texto del proyecto de estatuto enviado a las Cortes Generales, se adjetivaba el *derecho de Navarra a formar parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco*[4]. No se conoce el motivo de la supresión de ese calificativo, pues se eliminó ya en el Informe de la Ponencia que se sometió a consideración de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados[5], pero, en todo caso, entiendo que aquel término no iba dirigido tanto a señalar la vocación de permanencia del mecanismo previsto en la disposición transitoria cuarta de la Constitución, como a llevar al estatuto otra alusión más a un presunto derecho de integración de los cuatro territorios históricos que transcendería al propio Texto Constitucional y a la regulación que de la organización territorial del Estado se recoge en el mismo.

En todo caso, en la medida en que cuando se aprobó el Estatuto de Autonomía del País Vasco, Navarra todavía no estaba constituida en comunidad autónoma, hemos de buscar las claves del posicionamiento del legislador estatutario respecto de la dimensión temporal de la disposición transitoria cuarta en la LORAFNA (Pulido Quecedo,

---

ma supletoria del Senado sobre el procedimiento a seguir para la tramitación de la reforma de los Estatutos de Autonomía, de 30 de septiembre de 1993 (BOCG, Senado, Serie I, nº 23, de 5 de octubre de 1993).

[4] Artículo 2 del Proyecto de Estatuto de Autonomía del País Vasco: «1. Álava, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya tienen derecho imprescriptible a formar parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco. 2 El territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco quedará integrado por los territorios históricos de Álava, Guipúzcoa, Vizcaya y el de Navarra, en el supuesto de que decida su incorporación, de acuerdo con el procedimiento establecido en la disposición transitoria cuarta de la Constitución». El actual artículo 47.2 del estatuto, que alude al procedimiento de incorporación, no se encontraba en el proyecto. En su lugar, la propuesta incluía una genérica cláusula como disposición transitoria tercera del estatuto en la que se establecía que «en el caso de que Navarra decidiera su incorporación a la Comunidad Autónoma del País Vasco, se podrán introducir en el presente Estatuto las adaptaciones que se convengan con el órgano foral navarro competente a que se refiere la disposición transitoria cuarta de la Constitución». También fue sustituida en el Informe de la Ponencia. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie H, nº 8-I, de 12 de junio de 1979.

[5] BOCG, Congreso de los Diputados, Serie H, nº 8-I, de 1 de agosto de 1979.

1982: 55-199). Esta norma se refiere expresamente a la posibilidad de incorporación a la Comunidad Autónoma del País Vasco en su lacónica disposición adicional segunda[6], que establece, por una parte, que el órgano foral competente al que se refiere la disposición transitoria cuarta de la Constitución es el Parlamento Foral, como es lógico; y, por otra parte, que también le corresponde a la Cámara navarra la iniciativa para la posterior segregación de Navarra de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en caso de que se hubiera llevado a cabo la incorporación[7].

Dejando ahora al margen el análisis técnico de esta estipulación, parece claro que el legislador estatutario navarro entendió vigente y aplicable la disposición transitoria cuarta de la Constitución aun después de que Navarra se hubiera constituido en comunidad autónoma independiente por otra de las vías de acceso a la autonomía que prevé nuestra Carta Magna. En el texto estatutario navarro se da por supuesta la vigencia de la disposición constitucional y se introduce la posible reversibilidad del proceso, esto es, que Navarra pudiera volver a salir de la Comunidad Autónoma del País Vasco en el supuesto de que se acabara incorporando a la misma. En realidad, como veremos después, incluso la doctrina navarrista entiende vigente la disposición transitoria cuarta de la Constitución después de aprobada la LORAFNA, en la inteligencia de que la vigencia de la misma es una garantía de la capacidad de Navarra para decidir libremente su futura incardinación territorial, siempre y cuando, claro está, se asegure un referéndum independiente en Navarra y la posibilidad de volver atrás en el proceso, tal y como recoge la disposición estatutaria (Del Burgo Tajadura, 2015: 409-458).

---

[6] Disposición adicional segunda LORAFNA: «El Parlamento será el órgano foral competente para: a) Ejercer la iniciativa a que se refiere la Disposición transitoria cuarta de la Constitución. b) Ejercer, en su caso, la iniciativa para la separación de Navarra de la Comunidad Autónoma a la que se hubiese incorporado».

[7] Esta disposición adicional segunda se incorporó en el texto pactado por los Comisionados del Estado y Navarra para la elaboración del proyecto estatutario, finalmente aprobado por el Parlamento Foral de Navarra el 15 de marzo de 1982 (49 votos a favor, 5 en contra y 16 ausencias) y remitido a las Cortes Generales para su tramitación en lectura única, conforme a los dispuesto en el artículo 150 RCD, dada su naturaleza de norma pactada (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 275-I, de 21 de mayo de 1982. Sobre este peculiar procedimiento legislativo abreviado y, en particular, sobre su implementación en la tramitación de la LORAFNA, *vid.* García Rocha (2020: 1-34).

II. Consenso político sobre su condición de norma aplicable y controversia sobre su mantenimiento

Ante este panorama normativo, todos los actores políticos de nuestro país –con la única excepción de la ya extinta UPyD[8]– han venido dando por sentado en los últimos años que estamos ante un precepto que sigue vigente y que es, por tanto, plenamente aplicable, tanto los que se han venido mostrando a favor de su contenido como sus detractores. De este modo, el debate se ha derivado hacia la oportunidad o no de derogar esta disposición en el eventual escenario de una futura reforma constitucional.

Así, ya en 2004 el presidente de UPN y del Gobierno de Navarra manifestó que no era «lógico que la Comunidad más histórica de España esté sometida de forma permanente a una espada de Damocles, por lo que en un momento, que espero que no pase, en el que la ciudadanía se vuelva loca y se consiga una mayoría absoluta en el Parlamento, decida configurar otra realidad con Euskadi. No lo podemos consentir».[9] Estas declaraciones las hizo en el contexto de la tramitación en el Parlamento de Navarra de una iniciativa de IU, finalmente rechazada exclusivamente con los votos de UPN, que proponía que el Parlamento Foral se pronunciara expresamente a favor del mantenimiento de la disposición transitoria cuarta de la Constitución ante un eventual escenario de reforma constitucional[10].

Más recientemente, esta cuestión tomó cierto protagonismo en campaña electoral de las elecciones generales de 2011, durante la

---

[8] UPyD recogió en su programa electoral de 2016 la siguiente afirmación: «suprimir la disposición transitoria cuarta que afecta a Navarra, *dado que su transitoriedad venció cuando ésta se constituyó como Comunidad Autónoma*». La cursiva es mía. https://upyd.es/wp-content/uploads/2016/10/Programa-UPyD-definitivo.pdf

[9] Diario de Noticias, de 10 de mayo de 2004.

[10] «1. Las Cortes de Navarra declaran que los navarros y navarras tienen derecho a decidir sobre su futuro de forma directa y democrática, dentro de los cauces políticos establecidos. Por ello, rechazan cualquier reforma de la Constitución Española que suponga la supresión del único mecanismo de decisión directa de la ciudadanía navarra, mediante referéndum, que se contiene en la misma. 2. Las Cortes de Navarra expresan que cualquier reforma constitucional debe pasar por la confirmación y ampliación del derecho democrático de los ciudadanos y ciudadanas de la Comunidad Foral a decidir libre y directamente el futuro institucional de Navarra» (DSS Parlamento de Navarra, nº 26, sesión 23, de 25 de junio de 2004, p. 2).

cual la presidenta del Gobierno de Navarra, Yolanda Barcina, pidió públicamente al candidato del Partido Popular, Mariano Rajoy, que cerrara «de una vez esa puerta entreabierta a una hipotética absorción de Navarra por Euskadi» porque «Navarra no es transitoria, Navarra el para siempre», a lo que el Sr. Rajoy contestó que se comprometía a que «Navarra siga siendo Navarra, a defender el régimen foral de Navarra» y a «quitar» la disposición transitoria cuarta si hubiera un proceso de reforma constitucional en el futuro[11]. Afirmación que, en términos similares, repitió durante el debate de su investidura ante las críticas que al respecto le hizo la representante de Geroa Bai, Sra. Barkos[12].

La presidenta del Ejecutivo navarro insistió durante esa legislatura en la derogación de la disposición transitoria cuarta de la Constitución[13], si bien recibió siempre la misma respuesta: ese asunto solo se abordaría en el eventual –e improbable– marco de una reforma constitucional más amplia. No obstante, el debate, lejos de perder fuerza, acrecentó su presencia en la campaña electoral de las elecciones generales de 2015, donde prácticamente todas las fuerzas políticas –muchas por primera vez– incluyeron alguna alusión específica a la disposición transitoria cuarta de la Constitución. Así, por ejemplo, Ciudadanos proponía la «derogación expresa» de todos los preceptos constitucionales que son «meras disposiciones transitorias para acceder a la autonomía y que ya no son de aplicación (artículos 143, 144, 146, 148, 151, 152.1), además de todas las disposiciones transitorias propiamente dichas»[14]. Por el contrario, Podemos manifestó que «la transitoria cuarta está perfecta ahí»[15]; el PNV también solicitaba el mantenimiento de este precepto[16]; y EH Bildu, aun insatisfecho con la disposición por entenderla «un embudo con apariencia de libertad

---

[11] Diario ABC digital, de 13 de noviembre de 2011, vía EFE.

[12] DSS, Congreso de los Diputados, nº 3, de 20 de diciembre de 2011.

[13] «La única Comunidad que está cuestionada, pese a ser una de las más históricas, sea Navarra», la disposición transitoria cuarta debe «desaparecer ya», pues «es el momento de reconocer que Navarra es una de las Comunidades claves de España y que no tiene que estar cuestionado su futuro con una posible integración a alguien con el que nunca estuvo unida a lo largo de la Historia», Diario El Mundo (22/01/2012). «La disposición transitoria cuarta habría que quitarla ya, porque no puede ser que Navarra sea la única Comunidad que pueda unirse a otra», Diario La Información (01/12/2014).

[14] https://www.ciudadanos-cs.org/programa-electoral2015

[15] Europa Press, 26 de noviembre de 2014.

[16] https://www.eaj-pnv.eus/es/documentos/17970/programa-electoral-2015

de elección», también propusieron su mantenimiento como único «resquicio para construir de igual a igual su relación con los territorios vascos hermanos»[17].

A mantener la actualidad del problema contribuyó, sin duda, el hecho de que en 2015 Navarra pasó a ser gobernada por Geroa Bai en cuatripartito con Podemos, Bildu e IU, toda vez que UPN no alcanzó en las urnas la mayoría absoluta, poniéndose así fin a diecinueve años de Ejecutivos liderados por esta formación política claramente partidaria de la derogación de la disposición transitoria cuarta de la Constitución. La nueva presidenta del Gobierno navarro llevaba desde 2012 negociando una estrategia común para favorecer la anexión de Navarra al País Vasco con PNV y Bildu, lo que terminó cristalizando en el año 2016 en el llamado *Protocolo General de Colaboración entre la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra* –no articulado como acuerdo de cooperación para evitar su sometimiento a la preceptiva autorización de las Cortes Generales– cuyo objeto declarado no es otro que «reflejar en él la voluntad expresa y firme determinación para, no sólo mantener, sino también incrementar el espíritu de colaboración y cooperación que ha caracterizado las relaciones entre ambas Comunidades […] y definir concretos cauces formales de relación»[18].

Por supuesto, a partir de 2017 el fenómeno secesionista en Cataluña eclipsa casi cualquier otra cuestión relativa a la organización territorial del Estado, pero los principales partidos del espectro político estatal han seguido manteniendo en sus programas electorales menciones expresas a esta disposición transitoria cuarta[19], habiéndose convertido este extremo en elemento ya de inexcusable debate cada vez que se alude a una eventual reforma de la Constitución o se plantean propuestas de política territorial. Más aún habida cuenta del reforzado protagonismo que Bildu ha venido teniendo como

---

[17] Diario de Navarra, 12 de diciembre de 2015.

[18] http://www.navarra.es/home_es/Actualidad/Sala+de+prensa/Noticias/2016/05/04/protocolo+colaboracion+pais+vasco.html

[19] Sirva como ejemplo el programa electoral de Ciudadanos para los procesos de elecciones generales de 2019: «Suprimiremos la disposición transitoria cuarta que prevé la posibilidad de anexión de Navarra por el País Vasco. Enumeraremos las Comunidades Autónomas constituidas y daremos por cerrado su proceso de conformación». https://www.ciudadanos-cs.org/programa-electoral.

colaborador parlamentario del Gobierno de Navarra y del Gobierno de coalición PSOE-Podemos en la actual legislatura. Muy ilustrativa de esta circunstancia resultó la declaración pública de la entonces todavía portavoz del Grupo Popular en el Congreso de los Diputados, Cayetana Álvarez de Toledo, cuando afirmó en agosto de 2019, aludiendo a esos apoyos indirectos de Bildu al PSN y al PSOE para formar Gobierno en Navarra y en el Estado, que «Pedro Sánchez anexiona Navarra a la indignidad de su proyecto»[20].

Así pues, nos encontramos ante una cuestión controvertida en lo político, la posible incorporación de Navarra al País Vasco, cuya eventual articulación a través de la disposición transitoria cuarta ningún actor político niega. Tanto los defensores de una Navarra autónoma –y, por tanto, piden la derogación del precepto constitucional– como los que pretenden integrar Navarra en la Comunidad Autónoma del País Vasco –y, consecuentemente, abogan por el mantenimiento de este cauce constitucional– entienden que, pese a su calificación de «transitoria», la citada disposición todavía goza de vigencia y puede ser activada.

III. La posición del Tribunal Constitucional y de la doctrina mayoritaria

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, hay que empezar por señalar que, pese a que son muchas las sentencias que aluden al proceso autonómico y a sus diferentes vías de acceso, tan solo la STC 94/1985, de 29 de julio, que resolvió el conflicto positivo de competencia núm. 22/1982 relativo a la utilización por parte del Gobierno Vasco del escudo de armas de Navarra, dedica algunas líneas expresamente a la disposición transitoria cuarta de la Constitución y a su ámbito temporal de aplicación. Por tanto, no se puede afirmar que haya una jurisprudencia claramente consolidada, o al menos reiterada, en un sentido o en otro.

Este pronunciamiento ha sido utilizado para sustentar una tesis y la contraria puesto que en sus fundamentos jurídicos encontramos, en primer lugar, una reflexión general sobre el carácter preclusivo de

[20] https://www.europapress.es/navarra/noticia-alvarez-toledo-pp-afirma-sanchez-anexiona-navarra-indignidad-investidura-chivite-20190801125157.html

las disposiciones transitorias –bien que referida a la disposición transitoria 5ª LOTC, al hilo de la legitimación de una de las partes en el proceso– que parecería avalar la tesis de una vigencia necesariamente limitada en el tiempo de este tipo de preceptos:

> La transformación en transitoria [dice el Tribunal] de la que originariamente fue disposición adicional, al margen de cuál haya sido la intención subjetiva de sus autores, lleva, en todo caso, a asignar a dicha disposición un sentido diferente al pretendido por el Gobierno vasco. El de posibilitar la legitimación de la Diputación Foral y del Parlamento de Navarra, bien con anterioridad a la actualización del régimen foral de este territorio, ya que, una vez realizada la actualización, tal legitimación debería entenderse implícitamente derivada de su propia situación jurídico-constitucional, o bien con anterioridad a la hipotética incorporación de Navarra al País Vasco, en el caso de que ésta llegara a realizarse. De lo contrario, dicha legitimación debería haberse sancionado, *no en una disposición transitoria, sino en una disposición adicional, que en principio, y a diferencia de aquélla, tiene vocación de vigencia indefinida*[21].

Así, los pocos autores que defienden la ausencia de eficacia de la disposición transitoria cuarta de la Constitución recurren a este concreto extracto de la STC 94/1985 para justificar su posición (por todos, Medrano, 1988: 39).

Sin embargo, también es cierto que, a continuación, la misma sentencia se refiere a la disposición transitoria cuarta de la Constitución de modo colateral pero inequívocamente favorable a entenderla todavía vigente, aun con posterioridad a la aprobación de la LORAFNA tres años antes, lo que sirve a la doctrina mayoritaria para afirmar que la jurisprudencia constitucional también avala su tesis:

> *Ese proyecto de unión política de los cuatro territorios históricos, que es constitucional y estatutariamente legítimo, por cuanto la Norma Fundamental prevé la posible incorporación de Navarra en la disposición transitoria 4ª* y así se recoge en el artículo 2.2 del Estatuto vasco, no puede plasmarse, sin embargo, en el momento presente, en un emblema oficial identificador, como tal, de la Comunidad Autónoma vasca. En tanto Navarra constituya una Comunidad Foral con régimen,

[21] La cursiva es mía.

> autonomía e instituciones propias y la Comunidad Autónoma del País Vasco abarque los territorios históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, la utilización del 'Laurak-Bat' como emblema oficial por el Gobierno vasco carece de apoyo constitucional y estatutario y, en la medida en que integra el símbolo identificador de *Navarra antes de que ésta, haciendo uso de la iniciativa que le atribuye la mencionada disposición transitoria 4ª, haya manifestado su voluntad de integración,* invade y lesiona la competencia que corresponde a la Comunidad Foral de Navarra en relación con su propio símbolo.

Así, pues, si bien que tan solo en una sentencia, ciertamente parece que la jurisprudencia constitucional avala también la idea de que la disposición transitoria cuarta de la Constitución es un precepto con vocación de permanencia que, salvo derogación expresa, podría ser activado en cualquier momento por el Parlamento Navarro para iniciar su *incorporación* a la Comunidad Autónoma del País Vasco.

A la vista de estos datos normativos y jurisprudenciales, una parte muy importante de la doctrina constitucionalista de nuestro país se ha mostrado también favorable –de modo más o menos expreso– a entender que, por supuesto, la disposición transitoria cuarta de la Constitución goza de vigencia indefinida en el tiempo.

Probablemente haya sido Medina Guerrero (2006: 616 y 617) quien más claramente se ha pronunciado en este sentido. Este autor, pese a admitir que «las normas del Título VIII reguladoras de la *iniciativa autonómica* [son ya hoy] superfluas –en cuanto normas materialmente transitorias–» añade que, en el contexto de una eventual reforma de la Constitución solo «procedería la erradicación de las normas contenidas en los artículos 143, 144 a y c, y 151.1 [así como de] las disposiciones transitorias 1ª, 2ª, 3ª, 5ª y 7ª», pero no de la disposición transitoria cuarta por cuanto lo que en ella se recoge «abre una opción a la que se puede recurrir permanentemente»[22].

---

[22] Alude este autor en esas mismas líneas a la posición «casi unánime» de la doctrina en esa misma línea. No obstante, aun siendo ello ciertamente así, hay que señalar que el autor toma como única referencia un informe sobre la actividad del Tribunal Constitucional de Tomás y Valiente (1986: 156). Sin ninguna duda, se trata de una autoridad incuestionable en nuestra disciplina. Sin embargo, en el texto citado, Tomás y Valiente no adopta una posición inequívoca sobre el asunto. Es verdad que da por vigente la disposición transitoria cuarta, pero abre la puerta a otras interpretaciones: «La primera peculiaridad de Navarra consiste en la opción para incorporarse al País Vasco que ofrece la Disposición Transitoria 4ª de la

Otros muchos autores se han manifestado también de modo expreso a favor de entender la disposición transitoria cuarta como una norma con vocación de permanencia. Así, un importante referente del Derecho Púbico navarro, Razquin Lizarraga (1989: 412), lo ha afirmado con toda claridad: «La disposición transitoria cuarta tiene vocación indefinida o de permanencia a pesar de su calificación como transitoria». En la misma línea, si bien que con menos rotundidad, se ha manifestado Gutiérrez Llamas (1991: 263 y 264), quien pese a admitir que «el supuesto regulado en la disposición transitoria cuarta de la Constitución supone, en principio, una vía alternativa para que la provincia de Navarra ejerza su derecho a la autonomía» y que una vez «ha efectuado una opción autonómica independiente de la Comunidad Autónoma vasca» podría entenderse «sólo prevista para ser utilizada en el supuesto de que Navarra no hubiera accedido a la autonomía» y, por tanto, ya no podría «aducirse la disposición transitoria de la Ley Fundamental como título habilitante y procedimiento para una hipotética integración de Navarra al País Vasco», acaba optando por entender que, no obstante ello, «tanto del párrafo 2º de la disposición transitoria cuarta de la Constitución como de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, parece deducirse una vocación de permanencia de este procedimiento».

Los argumentos que utilizan aluden, como vemos, al carácter abierto de la norma, al desarrollo que de la misma ha hecho la LORAFNA, y también a la ausencia de un término expreso, particularmente, a la existencia de un plazo no preclusivo para activar el procedimiento de nuevo. Así, por un lado, señala Larunbe Biurrun (1991: 79):

Constitución, y que reitera el Estatuto de Autonomía Vasco. Esta opción es la deseada por los partidos del nacionalismo vasco, y en particular por el PNV. Hasta ahora, Navarra no ha querido hacer uso de ella y ha optado por mantenerse como Comunidad aislada. Quizá alguna de las singularidades procedimentales que se le han aplicado pueda ser interpretada como fruto de una política de los sucesivos Gobiernos de la nación para favorecer la permanencia de Navarra en esta línea. Quizá pudiera especulativamente dudarse de la escrupulosa constitucionalidad del peculiar acceso de Navarra a su actual régimen autonómico; en cualquier caso, como nadie impugnó ante el Tribunal Constitucional ninguna de las normas que lo han desarrollad y como, obviamente, el Tribunal carece de iniciativa, ésta es una cuestión opinable, pero sin resolución jurisdiccional posible».

> Finalmente quiero señalar que si las previsiones de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución –permanentemente abiertas, como se desprende de su tenor, y sin que sus previsiones hayan vencido por transcurso de plazo alguno o por la aparición de la Ley Orgánica 13/1982– se cumplieran, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 47.2 del Estatuto Vasco y en la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 13/1982 y teniendo presente la existencia de las dos Comunidades Autónomas con sus respectivas peculiaridades, no sólo se produciría una reforma estatutaria, sino un nuevo Estatuto de Autonomía prácticamente.

Y, por otro, con idéntica claridad, y apoyándose en la referencia al plazo de cinco años que recoge el artículo 143 para reiniciar el procedimiento en el supuesto de un primer intento fracasado de incorporación de Navarra al País Vasco, se ha manifestado Alli Aranguren (2018: 411 y 412):

> El procedimiento para la integración es abierto y repetible cada cinco años, como plazo para volver a hacerlo, no como obligación de repetirlo en ese plazo. Desde el navarrismo se sostuvo que, por tratarse de una disposición transitoria, su naturaleza era temporal y había caducado, porque en el Parlamento Foral, previo al Parlamento de Navarra constituido conforme al Amejoramiento, un parlamentario plateó en 1979 iniciar el proceso y su propuesta fue rechazada ya se había agotado la posibilidad de volver a hacerlo. La Constitución contempla la posibilidad de repetirlo transcurridos cinco años, lo que implica que no caduca, que pueda hacerse por ser un límite, no una obligación. […] se puede reproducir el proceso permitiendo que el pueblo navarro pueda, de nuevo, decidir siendo, por tanto, de vigencia permanente mientras no se derogue expresamente en una reforma singular de la Constitución, que arrastraría a su regulación por la LORAFNA en cuento invoca la disposición transitoria cuarta de la Constitución. La ubicación entre las transitorias no cambia su contenido, aunque hubiese estado mejor ordenado como disposición adicional[23].

---

[23] En una dirección similar, si bien que de manera menos tajante, ya se había pronunciado Urretavizcaya Añorga (1992: 189): «Ahora bien, el hecho de que tal tipo de disposiciones se denominen como transitorias, ¿puede cuestionar que su vigencia esté sometida a un término o una condición resolutoria' Para la mayoría de la doctrina, la temporalidad debe considerarse una cuestión secundaria o externa a la hora de calificar una norma: en este caso, lo que importa no es tanto su denominación, sino el contenido de la misma y desde una óptica jurídica proyectada sobre la disposición que analizamos, no parece de-

Finalmente, dentro de este grupo de autores que se han pronunciado expresamente a favor de la vigencia de este precepto constitucional, sorprende la argumentación de Del Burgo (2004: 84 y 85), buen conocedor y protagonista principalísimo del proceso de elaboración del mismo, quien afirma, en primer lugar, que «todas las normas procedimentales del proceso de creación de las Comunidades Autónomas, aunque figuran en el título VIII y, por tanto, son formalmente permanentes, en realidad son transitorias, pues han agotado su eficacia» y, más concretamente, «la disposición transitoria cuarta es, en realidad, una excepción al procedimiento del artículo 143 y sólo para el caso de una hipotética incorporación a Euskadi»; para, a continuación, de modo claramente incongruente, aseverar que «si Navarra, previo cumplimiento de lo establecido en esta disposición constitucional, hubiera acabado por incorporarse a la Comunidad Autónoma vasca, nos encontraríamos ante una norma puramente transitoria. Pero mientras tal hipótesis no llegue a producirse, la disposición tiene carácter permanente». Como más tarde señalaremos, si admitimos que el artículo 143 ya no es Derecho vigente, no es posible justificar que la disposición transitoria cuarta que lo excepciona pueda gozar todavía de eficacia jurídica alguna.

Por otro lado, muchos autores han mantenido la misma posición, si bien que de modo no expreso:

Los hay que han afirmado que una reforma de la Constitución que fijara y cerrara el mapa autonómico obligaría también a derogar la disposición transitoria cuarta, so pena trocar entonces el contenido de la disposición transitoria cuarta en una suerte de vía especial de reforma constitucional, por lo que, *a contrario*, debemos inferir que entienden que, sin reforma constitucional que la elimine expresamente, la disposición transitoria cuarta goza todavía de vigencia. Sirva como ejemplo la postura de Tajadura Tejada (2006: 643), quien propone:

> La supresión de las siete disposiciones transitorias de la Constitución Española. De entre todas ellas reviste una especial

---

ducirse que esté sometida a un plazo de vigencia pasado el cual deviene inaplicable para siempre; bien es cierto que el apartado segundo prevé la suspensión del procedimiento de iniciativa durante cinco años tras haber fracasado la iniciativa anterior, por ello no impide, que transcurridos los cinco años, vuelva a plantearse nuevamente dicha iniciativa y así sucesivamente».

> importancia política la supresión de la cuarta en la medida en que contiene un procedimiento para la extinción de una Comunidad Autónoma, Navarra. La Disposición Transitoria Cuarta pierde toda virtualidad desde el momento en que la existencia de Navarra, como Comunidad Autónoma distinta del País Vasco queda garantizada por el propio Texto Constitucional [hipotéticamente reformado] que fija el mapa autonómico.

Otros también dan por hecho la vigencia de la disposición constitucional, esto es, admiten implícitamente su vigencia, pero al hilo del análisis, normalmente muy crítico, del desarrollo que de ese precepto han hecho los Estatutos de Autonomía del País Vasco y Navarra, sin llegar a postular una reforma constitucional que la derogue. Valga, para el caso vasco, la posición de Jiménez Asensio (1985: 518-521)[24]:

> El procedimiento especial de reforma del Estatuto que se prevé en el artículo 47.2 EAPV presenta un alto grado de complejidad determinado por la concurrencia de distintos factores […], tiene un componente de indeterminación que origina que no se conozcan *a priori* qué requisitos se deberán cumplimentar para proceder a la reforma. […] Lo que sí resulta claro es que el trámite del apartado a) debe suprimirse, pues la iniciativa para este tipo particular de reforma parte con carácter de exclusividad de la conjunción de los dos trámites citados. Sin embargo, las mayores dificultades estribarán, sin duda, en la determinación del contenido de la reforma y en qué grado pueden afectar a la institucionalización efectiva de ambas Comunidades. […] Y lo más grave es que la mayoría de estas dificultades e indeterminaciones parte del propio Estatuto de Autonomía del País Vasco.

Por el contrario, tan solo un sector doctrinal muy minoritario –pero también muy relevante– ha venido defendiendo la ausencia de vigencia de cualquiera de las siete disposiciones adicionales de la Constitución referidas al proceso autonómico. Así, Balaguer Callejón (2006: 571 y 572) ha afirmado:

---

[24] *Vid.*, asimismo, Aguado Renedo, C. (1996: 133 y 470); Pérez Calvo, A. (1999: 672); y Calafell Ferrá, V.J. (2006: 122). Y, para el caso Navarro, la opinión de Santamaría Pastor (1992: 772).

> De nada sirven ya los preceptos relativos a la iniciativa del proceso autonómico como el 143 […]. Tampoco tiene sentido mantener en la Constitución las que el propio texto constitucional define como disposiciones transitorias y que, en realidad, establecen modulaciones en los procedimientos anteriores.

En la misma línea, De Carreras Serra (2009: 98), en alusión a las normas procedimentales del Título VIII y a las disposiciones transitorias, esgrime:

> Todas ellas regulan el acceso a la autonomía, más exactamente, el ejercicio del derecho a la autonomía establecido en el artículo 2 de la Constitución. […] se trata de normas todavía válidas pues no han sido derogadas, ni expresa ni tácitamente, aunque su eficacia se agotó por el mejor ejercicio del derecho a la autonomía, que era su único contenido normativo.

Y hace ya varias décadas, Cruz Villalón (1991: 64) apuntaba en idéntica dirección, en el contexto de una reflexión general en torno al conjunto de disposiciones transitorias de la Constitución referidas a los procedimientos de acceso a la autonomía:

> Que en la Constitución de 1978 hay una serie de preceptos de carácter procedimental que tienen que ver con la constitución de la estructura territorial del Estado y que, por tanto, están pensados para ser utilizados en una única ocasión, para el proceso de constitución de las Comunidades Autónomas, es decir, lo que se llamó el *proceso autonómico*. Ello supone que estos preceptos tienen la misma naturaleza que otros preceptos destinados a la puesta en marcha de los órganos constitucionales, como por ejemplo, la disposición transitoria 9ª para el Tribunal Constitucional. Son, pues, materialmente, 'derecho transitorio', aunque no esté recogido formalmente en las disposiciones transitorias. En este sentido, puede afirmarse que así como la Ley de 4 de enero de 1977 fue una 'ley para la reforma política', por lo que coherentemente perdió su vigencia tras la realización de esa reforma política, del mismo modo la Constitución actual, en esta parte, fue una 'ley para la descentralización del Estado', y sólo para eso.

Esta es la línea argumental que asume como premisa fundamental el Consejo de Estado en su conocido Informe de 2006, pero de

la que, sorprendentemente, no extrae consecuencia alguna respecto de la cuestión que aquí nos ocupa. A ello nos referimos a continuación.

IV. El Consejo de Estado apunta pero no dispara

Como es bien conocido, el Consejo de Estado tuvo ocasión de pronunciarse a petición del Gobierno sobre una hipotética reforma constitucional que, entre otras cosas, incorporara a la Constitución la denominación oficial de las comunidades autónomas, lo que, más allá de su valor simbólico, podía tener importantes consecuencias jurídicas en relación con el cierre de mapa autonómico y la virtualidad del principio dispositivo. En concreto, se solicitó al Consejo de Estado que se pronunciara sobre «qué consecuencias jurídicas produce la constitucionalización de la existencia de las Comunidades Autónomas en la Constitución y qué preceptos del texto constitucional convendría modificar para reflejarlas» (Rubio Llorente y Álvarez Junco, 2006: 127). Esto es, la alta institución consultiva debía pronunciarse, en definitiva, sobre hasta qué punto se mantendría la apertura de nuestro modelo territorial en la hipótesis de que se llevara al Texto Constitucional el actual diseño del mapa autonómico.

El Consejo de Estado sentó un criterio que nos parece fundamental como punto de partida para cualquier argumentación en torno a la disposición transitoria cuarta: los preceptos constitucionales que concretan el principio dispositivo en procedimientos y vías de acceso a la autonomía (incluidas las correspondientes disposiciones transitorias) han agotado completamente su eficacia una vez se ha consumado ese acceso. En palabras del propio Consejo recogidas en la parte introductoria del texto (Rubio Llorente y Álvarez Junco, 2006: 128):

> En el estadio inicial y *transitorio*, el principio dispositivo se manifestó en aquellos preceptos (artículos 143, 144, 148, 151 y disposiciones transitorias 1ª a 7ª) que concedieron a las provincias […] la potestad de impulsar la creación y organización de Comunidades Autónomas. […] El principio dispositivo desaparecerá de la Constitución con la derogación de los artículos que lo consagraron. Ahora bien, esa derogación no entraña, en puridad, consecuencia jurídica apreciable. Los preceptos que se vayan a derogar *eran ya inaplicables* desde que concluyó el proceso de organización

> política del territorio nacional en Comunidades Autónomas. Desde entonces se habían agotado las posibilidades 'creadoras' del principio dispositivo.

Tanto es así que, a continuación, el informe llega a señalar que, una vez creadas las comunidades autónomas, el principio dispositivo –sea cual sea su actual virtualidad– ya no se predica de las provincias como actores protagonistas del proceso, sino que son ya las propias comunidades autónomas las titulares del derecho a la autonomía (Rubio Llorente y Álvarez Junco, 2006: 129). Esto es:

> Una vez terminada la división del territorio, el principio dispositivo no puede jugar ya en favor de las provincias para hacer posible la creación de nuevos entes dotados de autonomía política. Pese a ello, no desaparece por entero, pues en cierto modo también es este principio, ya transformado, el que explica que estos nuevos entes hayan recibido la facultad de redefinir de manera indefinida el ámbito de su autonomía.

Parece, pues, claro que el Consejo de Estado opta por entender que las disposiciones transitorias relativas al proceso autonómico no son ya Derecho aplicable, como tampoco lo es el propio artículo 143 al cual modulan o excepcionan. Ahora bien, ya en la parte del informe referida concretamente a estas disposiciones, el Consejo de Estado da un giro de guion difícilmente justificable, afirmando que las disposiciones transitorias 4ª y 5ª, a diferencia de las demás, son las «únicas que no se circunscriben a un tiempo determinado», por lo que «en consecuencia, requieren un análisis separado y un tratamiento distinto», sugiriendo así que esos dos preceptos, a diferencia del resto de transitorias de la Constitución, pudieran no haber agotado sus efectos (Rubio Llorente y Álvarez Junco, 2006: 155):

> La reforma incide directamente sobre las siete primeras Disposiciones transitorias del texto constitucional, todas ellas referidas, de uno u otro modo, al principio dispositivo como facultad para impulsar la creación de Comunidades Autónomas que la reforma viene a suprimir. Cuatro de ellas (las tres primeras y la sexta), se utilizaron para acomodar el procedimiento previsto en el artículo 143 a las circunstancias existentes en el momento de entrada en vigor de la Constitución, introducir una variante de innegable transcendencia

> en el procedimiento especial establecido en el apartado 1 del artículo 151 y determinar el orden de tramitación de los proyectos de Estatuto en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. Todas están expresamente referidas al momento en el que se hizo uso de ellas y su agotamiento no puede suscitar duda alguna. Dado el agotamiento de sus efectos, es indiferente mantenerlas en sus propios términos o derogarlas expresamente. La primera solución, que ha sido la aplicada a las Disposiciones Octava y Novena, las conserva como vestigios históricos; la segunda sacrifica el testimonio histórico a las exigencias de la lógica. Las únicas Disposiciones Transitorias que literalmente no se circunscriben a un tiempo determinado son, en consecuencia, la cuarta y la quinta, que requieren por eso un análisis separado y un tratamiento distinto.

Desde luego, es muy discutible que las disposiciones transitorias 1ª, 2ª y 3ª se puedan entender referidas a un «tiempo determinado» y la disposición transitoria 4ª no lo esté. De hecho, en nuestro criterio, está referida *al mismo tiempo determinado*: el momento en que se articula la iniciativa autonómica. Tal es así que, las tres primeras transitorias establecen excepciones al régimen general de la iniciativa recogido en el artículo 143 y, a continuación, la disposición transitoria 4ª comienza diciendo «en el caso de Navarra», aludiendo claramente a la misma realidad y a ese mismo precepto, al que se refiere de forma expresa por dos veces[25].

---

[25] Disp. Tran. 1ª: «En los territorios dotados de un régimen provisional de autonomía, sus órganos colegiados superiores, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros, podrán sustituir la iniciativa que en el apartado 2 del artículo 143 atribuye a las Diputaciones Provinciales o a los órganos interinsulares correspondientes». Disp. Tran. 2ª: «Los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía y cuenten, al tiempo de promulgarse esta Constitución, con regímenes provisionales de autonomía podrán proceder inmediatamente en la forma que se prevé en el apartado 2 del artículo 148, cuando así lo acordaren, por mayoría absoluta, sus órganos preautonómicos colegiados superiores, comunicándolo al Gobierno. El proyecto de Estatuto será elaborado de acuerdo con lo establecido en el artículo 151, número 2, a convocatoria del órgano colegiado preautonómico.» Disp. Tran. 3ª: «La iniciativa del proceso autonómico por parte de las Corporaciones locales o de sus miembros, prevista en el apartado 2 del artículo 143, se entiende diferida, con todos sus efectos, hasta la celebración de las primeras elecciones locales una vez vigente la Constitución.» Disp. Tran. 4ª: «1. En el caso de Navarra, y a efectos de su incorporación al Consejo General Vasco o al régimen autonómico vasco que le sustituya, en lugar de lo que establece el artículo 143 de la Constitución, la iniciativa corresponde al Órgano Foral competente, el cual adoptará su decisión por mayoría de los miembros que lo componen. Para la validez de dicha iniciativa será

Pese a ello, y sin ningún rubor, el informe insiste en su párrafo siguiente en que el artículo 143 ha quedado sin vigencia y que la disposición transitoria cuarta «está construida *en su apartado 2*» –el referido a la reiteración de la iniciativa de incorporación en caso de fracaso anterior– sobre los supuestos recogidos en tal precepto, lo que resulta inaudito pues también el apartado 1 de la disposición –el referido a la primera iniciativa de incorporación– está expresamente vinculado al mismo precepto 143 de la Constitución, que ya ha perdido toda eficacia.

La acrobacia argumental se completa indicando seguidamente el informe que «aun sin entrar en consideraciones acerca de la posibilidad de aplicar este procedimiento cuando ya Navarra ha dejado de ser provincia foral para transformarse en Comunidad» –es decir, sin entrar a resolver el problema que aquí nos ocupa–, el mantenimiento de este precepto en el escenario de una reforma de la Constitución que consagrara la existencia de las comunidades autónomas lo transformaría en una suerte de «procedimiento singular de reforma de la Constitución» que lo convertiría en algo muy distinto a lo que ahora es. Lo cual, en mi opinión, aunque el informe no lo colija de su propia afirmación, no hace sino reforzar la absoluta vinculación de esta disposición al artículo 143, cuya ausencia de eficacia sí admite expresamente el Consejo de Estado.

En definitiva, este informe sienta, con carácter general, unas bases claras sobre las que interpretar el alcance temporal de los preceptos que regulan el acceso a la autonomía, pero evita –intencionadamente y con un argumento carente de todo sustento– llegar a una conclusión respecto de la ausencia de eficacia de la disposición transitoria cuarta, una vez que Navarra ha accedido ya a la autonomía por una vía distinta. Se deja así, por tanto, todavía abierto el debate[26]. Una gran oportunidad perdida para clarificar definitivamente esta cuestión. A intentar cubrir ese vacío dedicamos las páginas siguientes.

---

preciso, además, que la decisión del Órgano Foral competente sea ratificada por referéndum expresamente convocado al efecto, y aprobado por mayoría de los votos válidos emitidos. 2. Si la iniciativa no prosperase, solamente se podrá reproducir la misma en distinto período del mandato del Órgano Foral competente, y en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo mínimo que establece el artículo 143».

[26] En el mismo sentido, *vid.* Razquin Lizarraga (2018: 760).

V. Los motivos de su inaplicabilidad

1. Vinculación al 143 y conexión con las transitorias primera a tercera

A la luz de lo anterior, debemos partir, pues, de una primera premisa fundamental que justifica nuestra tesis: la disposición transitoria cuarta es, como las tres que le preceden, una modulación de la regla general del artículo 143 de la Constitución sobre la iniciativa del proceso autonómico, precepto este último cuyos efectos parecen haberse agotado, en opinión prácticamente unánime de la doctrina, toda vez que el total de las provincias españolas, han accedido a la autonomía, solas o junto con otras limítrofes (por todos, Vernet i Llobet, 2002: 167)[27]. Esa vinculación entre ambas normas, que explicita por dos veces la propia disposición transitoria cuarta, tampoco es cuestionada, ni siquiera por aquellos que –como vimos en páginas anteriores– defienden la plena eficacia actual de esta disposición.

El principio dispositivo no ha perdido de forma completa su virtualidad, por cuanto el diseño institucional y competencial del modelo autonómico sigue a disposición del legislador estatutario, pero en su vertiente instrumental de acceso a la autonomía se encuentra ya agotado, toda vez que el conjunto del territorio estatal está ya dividido en comunidades autónomas. En palabras de la doctrina más autorizada (Fossas Espadaler, 2007: 99):

> Las manifestaciones temporales del principio dispositivo se refieren a los momentos en que dicho principio actúa sobre la estructura territorial. […] El primero es el de su creación o instauración, pues, como se ha visto, en el proceso de constitución de las CCAA resulta imprescindible, aunque no suficiente, la capacidad decisiva de distintas entidades territoriales (municipales, provinciales, preautonómicas) manifestando su voluntad de acceder a la autonomía (arts. 143, 144, 148, 151 y disposiciones transitorias primera a séptima CE) y posteriormente participando en la elaboración del Estatuto de Autonomía (arts. 146 y 152 CE). […] Un segundo momento se produce una vez creadas las CCAA e instaurado un cierto modelo de descentralización, por cuanto la Constitución atribuye a las CCAA la capacidad de proponer y pactar la modificación de algunos de

[27] En contra de esta tesis, Aguado Renedo (1997: 156 y 157).

> aquellos elementos mediante la reforma de sus respectivos Estatutos de Autonomía (arts. 147.3 y 152.2 CE).

Lo que, traído a la cuestión que nos ocupa, el cese de la vigencia de los preceptos reguladores de ese primer momento de ejercicio del principio dispositivo, se concreta en lo siguiente (De Carreras Serra, 2009: 93 y 94):

> En la primera vertiente, el principio dispositivo actúa a través de las distintas vías de acceso a la autonomía. Estas distintas vías están configuradas en los artículos 143, 144, 146, 148, 151 y las siete primeras disposiciones transitorias. En estos distintos procedimientos de acceso, el sujeto legitimado para ejercer el derecho a la autonomía es la provincia […]. Una vez estas vías han sido utilizadas, los preceptos constitucionales mencionados pierden eficacia ya que, aun los incluidos en el Título VIII, tienen un carácter meramente instrumental con el único fin de constituirse en Comunidades Autónomas y, por tanto, una vez conseguido este fin, cesa la eficacia de sus preceptos […]. El principio dispositivo en su vertiente primera, en el acceso a la autonomía, ha agotado sus posibilidades de actuación y, por tanto, ha quedado desactivado. Sin embargo, no se han agotado sus efectos en la otra vertiente, en la posible diversidad de contenidos competenciales e instituciones de las Comunidades Autónomas.

Por tanto, siendo las cuatro primeras disposiciones transitorias de la Constitución diferentes modulaciones del régimen general del artículo 143, la eficacia de las mismas cesa cuando se agota el objeto del precepto matriz. En el concreto caso de la disposición transitoria cuarta, cesa bien por la incorporación de la provincia de Navarra al ente preautonómico vasco o régimen autonómico que lo sustituya, tal y como en ella se establece, bien por el acceso de Navarra a la autonomía por alguna otra vía distinta –por el propio cauce general del artículo 143 o por otros también especiales pero distintos de la disposición transitoria cuarta– como comunidad autónoma uniprovincial o junto con otras provincias formando una comunidad autónoma pluriprovincial diferente a la del País Vasco.

Este solo argumento ya sería suficiente para poder sostener nuestra tesis, pero no es el único que nos ofrece el análisis de la norma.

2. *Su temporalidad: clave del acuerdo constituyente*

Un segundo argumento tiene que ver con la clara voluntad mostrada por los constituyentes navarristas de consentir la inclusión de esta disposición en la Constitución con la condición de dotarla de carácter claramente temporal: hasta tanto Navarra no decidiese su configuración como comunidad autónoma, incorporada o no a la del País Vasco. En ese entendido se desarrollaron las negociaciones correspondientes a la redacción de este precepto, que venían ya muy condicionadas por lo acordado en los decretos-leyes preautonómicos.

Pese a que en su *iter parlamentario* de elaboración no sufrió cambios esenciales y, por tanto, son escasos los debates sobre su contenido[28], sí que cabe destacar algunos hitos que ilustran esta circunstancia. En particular, el siguiente:

En el Congreso UCD presentó la enmienda nº 778 bis, de 30 de enero de 1978, cuyo texto recogía de modo literal el acuerdo del Consejo Parlamentario de Navarra, de 30 de diciembre de 1977, que entendían compatible y respetuoso con el pacto alcanzado con PSOE y PNV[29]:

> Disposición adicional. En congruencia con su vigente régimen foral la incorporación de Navarra al Consejo General del País Vasco o al régimen autonómico vasco se regirá por el procedimiento establecido en el Real Decreto-Ley 2/1978, de 4 de enero, en cuya virtud, mediante acuerdo entre la Diputación Foral y el Gobierno, se regularán los siguientes extremos:

---

[28] Así, el precepto se incorporó como disposición transitoria tercera a través de la enmienda nº 778 al Anteproyecto de Constitución, acordada el 25 de enero de 1978 por los grupos parlamentarios en el Congreso de UCD, PSOE y PNV, con un contenido prácticamente idéntico al finalmente aprobado (BOCG, Congreso de los Diputados, nº 44, de 5 de enero de 1978). La Ponencia se limitó a numerar los párrafos (BOCG, Congreso de los Diputados, nº 82, de 17 de abril de 1978) y la Comisión Constitucional del Congreso la aprobó por unanimidad, incorporándola al Dictamen ya como disposición transitoria cuarta (BOCG, Congreso de los Diputados, nº 121, de 1 de julio de 1978). El Senado también aprobó el texto remitido por el Congreso, con la sola corrección del número del precepto al que se remite, pese a que se plantearon dos enmiendas de supresión y otras cuatro de modificación (BOCG, Senado, nº 157, de 6 de octubre de 1978).

[29] De este modo se recoge expresamente en la justificación de la misma: «La presente enmienda refleja exactamente el contenido del Acuerdo tomado por el Consejo Parlamentario de Navarra, el 30 de diciembre de 1977 y el acuerdo de los Grupos Parlamentarios de UCD, PSOE y PNV, de la misma fecha».

a) Determinación del órgano foral competente para acordar la referida decisión.
b) Necesidad de acuerdo del órgano foral competente.
c) Ratificación del pueblo navarro mediante referéndum en el caso de que la decisión del órgano competente sea favorable a la incorporación.

Este procedimiento quedará sin efecto en el caso de que Navarra, con arreglo a los preceptos constitucionales, adquiera el carácter de territorio autónomo, en cuyo caso se estará a lo que el propio Estatuto regule en relación a los requisitos que deben observarse para su modificación.

En el supuesto de que Navarra no utilice la vía constitucional a que se refiere el apartado anterior, la iniciativa para la incorporación al régimen autonómico vasco sólo podrá producirse conforme a lo que disponga el acuerdo entre la Diputación Foral y el Gobierno, a que se refiere el Real Decreto-Ley 2/1978, de 4 de enero, que deberá contemplar cláusulas que aseguren la necesaria estabilidad de la decisión del pueblo navarro[30].

A los efectos que aquí interesan, hay que señalar lo siguiente: la relevante alusión a que el procedimiento establecido en la disposición quedaría sin efecto en el caso de que Navarra, con arreglo a los preceptos constitucionales, adquiriera el carácter de territorio autónomo, como así ha sucedido. Es evidente que en la intención de estos diputados constituyentes estaba dejar constancia expresa de la eficacia limitada en el tiempo de esta disposición, en la idea de que ese era el contenido de lo pactado entre UCD, PSOE y PNV, y resultaba conveniente llevarlo así a la redacción del precepto para evitar conflictos interpretativos posteriores.

Lógicamente, la aprobación de esta enmienda habría solventado por completo la cuestión, sin embargo, no llegó siquiera a ser debatida puesto que los proponentes, sabedores de que –por otros motivos– no tenían mayoría suficiente para aprobarla y satisfechos con la redacción dada a la disposición adicional primera del proyecto de Constitución –que permitiría la creación de la Comunidad Foral de Navarra–, decidieron retirarla. En la intervención del diputado

[30] Las cursivas son mías.

Astrain Lasa por la que se retira la enmienda queda patente el interés de su formación parlamentaria por dejar, de nuevo, claro este extremo:

> En su día se presentó la enmienda número 778bis, por entender que respondía más fielmente al compromiso que el Consejo Parlamentario de Navarra firmó en Madrid el 30 de diciembre de 1977. No obstante, pese a que quizá pueda calificarse de poco prudente el corto plazo a que el artículo 136 hace referencia, al que se remiten esta disposición y la cuarta, creemos que la seguridad normativa que esta disposición transitoria refleja aconseja retirar esta enmienda número 778bis. También quiero manifestar para que conste en acta que me reservé en su momento la posibilidad de presentar una enmienda *in voce* y que, una vez aceptada por absoluta unanimidad de esta Comisión la disposición adicional que ampara y respeta los derecho históricos, carece de sentido la defensa de nuestra enmienda […][31].

3. *Escenarios previstos y procedimiento establecido: la lógica del precepto*

La disposición transitoria cuarta prevé, a mi entender, solo dos escenarios diferentes: la incorporación de la provincia de Navarra, todavía no constituida en comunidad foral, bien al ente preautonómico del País Vasco, bien a la comunidad autónoma vasca si esta ya existiera. Pero si aceptáramos la tesis de la permanencia indefinida de la disposición, habría que añadir otras dos opciones más: la incorporación a la Comunidad Autónoma del País Vasco de una Navarra ya constituida en comunidad foral uniprovincial, o de una Navarra previamente incorporada a otra comunidad autónoma pluriprovincial distinta.

De todas esas cuatro opciones, la que menos problemas de articulación presentaba, *a priori*, era la primera de ellas, esto es, que la provincia de Navarra se hubiera incorporado al ente preautonómico vasco y, de ese modo, iniciar posteriormente junto con las demás provincias vascas el acceso a la autonomía, lo que le hubiera permitido participar en la elaboración del estatuto correspondiente como un territorio más.

---

[31] Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, nº 93, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión nº 24, de 20 de junio de 1978, p. 1773.

La cuestión es que, por esta vía, esos territorios no habrían podido acogerse en ese caso a la dispensa prevista en la disposición transitoria segunda de la Constitución para acceder con el primer estatuto de autonomía al máximo techo competencial posible, pues Navarra no cumple con los particularísimos requisitos establecidos por la misma[32]. Como es bien conocido, las tres provincias vascas, que ya plebiscitaron estatuto de autonomía durante la II República, podían acogerse a la excepción prevista en la disposición transitoria segunda CE 1978, que permite eludir los requisitos del artículo 151 para acceder a la autonomía por esa vía *rápida* o *extraordinaria* de mayor contenido competencial, no así la provincia de Navarra. De ese modo, el acceso a una autonomía plena de esa hipotética comunidad autónoma vasco-navarra no habría tenido más vía posible que el cumplimiento de los severos condicionantes impuestos por el artículo 151 CE[33].

De hecho, el motivo que explica que la disposición transitoria cuarta permita también la incorporación de la provincia de Navarra a la Comunidad Autónoma del País Vasco ya constituida, era la posibilidad de orillar los requisitos del artículo 151 también para Navarra, dividiendo el proceso en dos pasos: creación de la comunidad autónoma vasca *ex* disposición transitoria segunda e incorporación posterior de Navarra *ex* disposición transitoria cuarta. Así lo ha entendido también un importante sector doctrinal (Linde Paniagua, 1979: 347-348):

> La disposición transitoria cuarta o, si se prefiere, el supuesto que se contempla en ella, no es operativo, sino en el caso de comprenderlo

---

[32] Disposición transitoria segunda: «Los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía y cuenten, al tiempo de promulgarse esta Constitución, con regímenes provisionales de autonomía podrán proceder inmediatamente en la forma que se prevé en el apartado 2 del artículo 148, cuando así lo acordaren, por mayoría absoluta, sus órganos preautonómicos colegiados superiores, comunicándolo al Gobierno. El proyecto de Estatuto será elaborado de acuerdo con lo establecido en el artículo 151, número 2, a convocatoria del órgano colegiado preautonómico».

[33] Artículo 151.1: «No será preciso dejar transcurrir el plazo de cinco años, a que se refiere el apartado 2 del artículo 148, cuando la iniciativa del proceso autonómico sea acordada dentro del plazo del artículo 143.2, además de por las Diputaciones o los órganos interinsulares correspondientes, por las tres cuartas partes de los municipios de cada una de las provincias afectadas que representen, al menos, la mayoría del censo electoral de cada una de ellas y dicha iniciativa sea ratificada mediante referéndum por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de cada provincia en los términos que establezca una ley orgánica».

> conjuntamente con el contemplado en la disposición transitoria segunda […]. Efectivamente, como el procedimiento de acceso a la autonomía que se contempla en la disposición transitoria segunda sólo es operativo para los territorios que en el pasado hubieran plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatutos de Autonomía […], caso en el que no se encuentra Navarra, pero sí Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, evidentemente Navarra no se puede adherir al procedimiento que en la citada disposición transitoria segunda se contempla […] sino que puede incorporarse una vez constituida la Comunidad Autónoma[34].

Esta segunda opción, la incorporación de la provincia de Navarra a la Comunidad Autónoma del País Vasco ya constituida, presenta ya no pocos problemas de articulación técnica, habida cuenta de que Navarra no habría participado en el proceso de elaboración del Estatuto de Autonomía original del País Vasco en igualdad de condiciones con los demás territorios históricos. No podemos detenernos ahora en ellos, pues nos desviaríamos demasiado del objeto de nuestro análisis, pero sí hay que señalar que el conjunto de la doctrina ha reparado en las «dificultades inherentes»[35] al procedimiento recogido en la disposición transitoria cuarta de la Constitución y desarrollado principalmente en el artículo 47.2 del Estatuto de Autonomía vasco –incrementadas en este segundo escenario–, principalmente en relación las mayorías de aprobación, el ámbito del referéndum o aspectos de orden competencial (Jiménez Asensio, 1985: 517).

Pero, lógicamente, si añadimos también la tercera y cuarta opción, esto es, la posibilidad de que Navarra ya integrada en otra comunidad autónoma pluriprovincial o constituida en comunidad foral uniprovincial, como es el caso, pudiera incorporarse a la Comunidad Autónoma del País Vasco, los problemas técnicos se multiplican.

---

[34] *Vid.*, en el mismo sentido, Pérez Calvo (1999: 674).

[35] *Vid.*, por todos, Larunbe Biurrun (1991: 77): «La dificultad de confluencia territorial vasca quedó consumada definitivamente, con el formalismo recogido en la citada Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución, cuyo procedimiento resulta, a todas luces, de difícil o imposible implementación. Se ha dicho que la posibilidad de incorporación de Navarra con la Comunidad Autónoma del País Vasco se interpone un obstáculo puramente procesal e inintencionado, pues de ser deliberado rayaría en lo maquiavélico […]. A mi juicio, el procedimiento fue deliberadamente introducido como una concesión formal de escasa o nula eficacia, ya que a sus dificultades inherentes hay que sumar la consolidación de la singularidad navarra por la vía de la Ley Orgánica 13/1982, como elemento diferenciador y potenciador de los inconvenientes para la unión de las dos Comunidades Autónomas».

Y ello, sencillamente, porque la disposición transitoria cuarta de la Constitución no está pensada para ninguno de esos dos escenarios, pese a que la LORAFNA haya recogido expresamente tal posibilidad.

De hecho, incluso aquellos autores que más claramente defienden la vigencia de esta disposición admiten que, en tales supuestos, ya no estaríamos ante una *incorporación de la provincia de Navarra* sino ante una *fusión de la Comunidad Foral de Navarra* y la Comunidad Autónoma del País Vasco. Así, Razquin Lizarraga (2009: 2834) admite que «sólo con impropiedad puede llamarse incorporación» a este fenómeno y Ugartamendía (2018: 2358) reconoce que «una vez aprobado el régimen autonómico para Navarra, ya no puede hablarse de *incorporación*, sino de construir una nueva Comunidad Autónoma con territorio, población y Estatuto distinto de los anteriores», pero no extraen de esa reflexión mayores consecuencias, siguen dando por vigente y aplicable la disposición. De hecho, Urretavizcaya (1992: 209) va un paso más allá y recalifica –sin más– el procedimiento previsto en la disposición constitucional como procedimiento de fusión de comunidades autónomas:

> De este modo, si en la actualidad tenemos dos Comunidades Autónomas –la Vasca y la Navarra– y estamos en condiciones de poder usar el mecanismo que permite la integración de una en la otra, ¿cómo podemos articular en la práctica esa *incorporación* que nos ofrece la ya reiteradísima Disposición? Teniendo en cuenta todos estos aspectos, no parece apropiada la utilización del término *incorporación* en el sentido antedicho (como integración a algo ya existente); se impone, por ello, una acepción más amplia o flexible del concepto, de forma que la aplicación práctica de la previsión contenida en la Disposición Transitoria Cuarta se traduciría en la actualidad en una FUSIÓN DE LAS DOS COMUNIDADES AUTÓNOMAS, y no en una incorporación o absorción *stricto sensu*.

En la misma línea, Gutiérrez Llamas (1991: 264-265) señala que «ya sólo con impropiedad puede llamarse incorporación […], el objeto material de este procedimiento no es, en rigor, la incorporación de Navarra a la Comunidad Autónoma del País Vasco sino, más bien, implica la alteración de dos Comunidades Autónomas ya constituidas, con la consiguiente reforma de sus normas institucionales básicas

para la constitución de una nueva Comunidad Autónoma con un único Estatuto de Autonomía».

Sin embargo, en mi criterio, la fusión entre comunidades autónomas es una realidad jurídica bien distinta a la incorporación de la provincia de Navarra al País Vasco, y no se encuentra regulada ni por la disposición transitoria cuarta ni por ningún otro precepto constitucional. Además de que, lógicamente, el procedimiento que allí se recoge no es el adecuado para la creación de una nueva comunidad autónoma a partir de dos anteriores y distintas. A tal fin: ¿Es preciso reformar ambos estatutos de autonomía? ¿Hay que elaborar un nuevo estatuto conjunto *ex novo*? ¿Son las provincias o las comunidades autónomas las protagonistas de ese proceso? ¿Hay alguna fórmula confederativa viable que permitiera el mantenimiento de la personalidad jurídica propia de ambas comunidades autónomas? Para ninguna de estas preguntas encontramos soluciones doctrinales satisfactorias.

4. La relevancia de su denominación como norma transitoria

Aparte de las anteriores razones, a mi juicio, que el constituyente haya calificado de «transitoria» la norma que prevé la posible incorporación de Navarra al País Vasco no es irrelevante[36]. Algo debe significar cuando se optó por esa denominación y ubicación en lugar de decantarse por otras opciones: bien por mantener ese precepto en el título VIII de la Constitución, incluso en el propio artículo 143 como un apartado más del mismo; bien por calificarla como disposición «adicional», tal y como se hace con otras disposiciones de contenido territorial como las adicionales primera, tercera y cuarta –referida, además, la primera de ellas a la foralidad–[37].

---

[36] En sentido contrario, Alli Aranguren (2018: 412): «La ubicación entre las transitorias no cambia su contenido, aunque hubiese estado mejor ordenado como disposición adicional».

[37] Disposición adicional 1ª: «La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía». Disposición adicional 3ª: «La modificación del régimen económico y fiscal del archipiélago canario requerirá el informe previo de la Comunidad Autónoma o, en su caso, del órgano provisional autonómico». Y disposición adicional 4ª: «En las Comunidades Autónomas donde tengan su sede más de una Audiencia Territorial, los Estatutos de Autonomías respectivos podrán mantener las existentes, distribuyendo las competencias entre ellas, siempre

Y es razonable entender también que esa diferente calificación tiene que ver con la proyección temporal que se pretende dar a cada mandato normativo. Así lo entendió Trujillo Fernández (1992/1993: 118) cuando afirmó que «en otros casos, tales singularidades pueden fundarse en expresas excepciones al régimen constitucional común, como sucede en los supuestos que se contemplan en las disposiciones constitucionales adicionales 1ª y 3ª respecto de los territorios forales y de Canarias, respectivamente. El carácter "adicional" y no transitorio de estas disposiciones expresa claramente el propósito constitucional de permanencia de las excepciones al régimen común».

Es bien cierto que no estamos ante una norma de *Derecho transitorio* en estricto sentido técnico, esto es, no se trata de una norma llamada a facilitar el tránsito entre dos regímenes diferentes, regulando los diversos alcances de la retroactividad de la nueva norma. Las disposiciones propiamente transitorias son preceptos dirigidos a regular específicamente un periodo de transición entre dos normas, esto es, una norma *ad hoc* que resuelve los problemas de sucesión entre la norma antigua y la norma nueva (Tajadura Tejada, 2020: 45), bien imputando a los supuestos de hecho pendientes la actual o la anterior regulación, bien estableciendo un régimen singular –distinto del recogido en las leyes antigua y nueva– para tales supuestos (Azpitarte Sánchez, 2008: 29).

En realidad, el constituyente utiliza en término *transitorio* –en todas las disposiciones que así califica, no solo la cuarta– en un sentido coloquial o literal, pretendiendo destacar el carácter estrictamente *temporal, caduco, perecedero* de tales preceptos[38]. Estamos, en definitiva, ante la *transitoriedad/caducidad* del objeto de la norma. Su *ratio legis* se extingue una vez que Navarra, en lugar de optar por la vía de acceso a la autonomía habilitada por la disposición transitoria cuarta, se acoge a la vía de la disposición adicional primera.

La disposición transitoria cuarta –y el propio artículo 143 de la Constitución– es una norma *ad tempus*, no porque tenga un plazo expreso para el fin de su vigencia, sino porque posee *cessante legis ratione*. Su vigencia está condicionada a que perduren determinadas circunstancias que motivaron la creación de la norma o a que no

---

de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del Poder Judicial y dentro de la unidad e independencia de éste».

[38] *Vid.* https://dle.rae.es/transitorio. En la misma línea, Calero Rodríguez (1988: 93).

se produzca determinado hecho que haría decaer su razón de ser. Ahora bien, es imprescindible señalar, como hace acertadamente Díez-Picazo (1990: 148), que para entenderlo así «debe haber una inequívoca *voluntas legis*, incorporada como tal al cuerpo normativo de la ley. Es preciso que el condicionamiento de la vigencia de la ley resulte, si no es necesariamente una disposición expresa, *sí al menos del sentido necesario de los propios preceptos de la ley*»[39].

¿Se da esta última circunstancia en la disposición transitoria cuarta de la Constitución? ¿Deriva ese condicionante de su vigencia del sentido necesario del precepto? En mi opinión, sin ninguna duda.

Desde luego, en primer lugar, por los motivos ya apuntados: por su vinculación expresa –por dos veces en el propio texto de la disposición– al artículo 143, cuya actual inaplicabilidad ya no se discute; por su ubicación sistemática tras las disposiciones primera, segunda y tercera, que comparten esa misma condición; por el uso del término *incorporación*, en lugar de otros como *integración/fusión* que sí podrían aludir a una realidad jurídica proyectable sobre dos comunidades autónomas ya constituidas; y por la previsión de un procedimiento que, al margen de varias características de orden técnico claramente mejorables, no sirve para la correcta articulación de un proceso consistente en crear una nueva comunidad autónoma a partir de otras preexistentes.

Pero, también y además, por la referencia *Navarra* en el texto de la disposición en tanto que provincia foral, no comunidad autónoma. Como certeramente ha indicado Aguado Renedo (1996: 130), «parece resultar claro, en este sentido, que el concepto de *Navarra* en la disposición transitoria cuarta es el territorio provincial (sin perjuicio de su carácter de territorio histórico, al que es aplicable la disposición adicional primera), no el territorio autonómico». Y es claro porque en 1978 la única *Navarra* que existía era la Navarra provincia, por lo que si el constituyente se hubiera querido referir a una futurible Comunidad Autónoma de Navarra, habría hecho alusión expresa a esa condición autonómica, como hizo –en esa misma disposición– con el País Vasco, utilizando la expresión «o régimen autonómico que lo sustituya».

---

[39] La cursiva es mía.

Esta concepción de las cosas es compatible, por supuesto, con el hecho de que esta disposición recoja unos plazos –paralelos a los del artículo 143– para la reiteración de la iniciativa en caso de que hubiera fracasado un intento anterior. Tanto los plazos del 143 como los de la disposición transitoria cuarta para reiterar la iniciativa autonómica vienen a garantizar que entre un intento y otro medie un espacio suficiente y razonable para que los sujetos legitimados reformulen en los términos que pudieran ser pertinentes una iniciativa antes fracasada, pero no se puede inferir de los mismos, como hace parte de la doctrina (Alli Aranguren, 2018: 411) que las iniciativas puedan reiterarse indefinidamente: el éxito de una iniciativa anterior que culmina en la constitución de una comunidad autónoma, sea cual sea la vía a través de la cual se vehicule, deja, evidentemente, sin efecto estas previsiones temporales. Es decir, la iniciativa de incorporación de Navarra a la autonomía vasca se puede reiterar, respetando el plazo correspondiente, tras un fracaso inicial, igual que ocurre con cualesquiera otras provincias que no hubieran logrado el éxito en su iniciativa para constituirse en comunidad autónoma. Pero todo ello decae una vez que Navarra ha accedido a la autonomía por la vía de la disposición adicional primera[40].

VI. Consideración final

La consecuencia de todo ello es que, a mi criterio, y a diferencia de lo que entienden actores políticos y mayoría doctrinal, ya no podríamos disponer del procedimiento previsto en la disposición transitoria cuarta para la creación de una nueva comunidad autónoma vasco-navarra, a partir de las dos comunidades autónomas hoy existentes.

No podemos compartir, pues, que la LORAFNA haya dotado de carácter permanente al procedimiento previsto en la disposición transitoria cuarta. Estamos ante una norma que nace al amparo de un precepto constitucional que, precisamente en el momento de la entrada en vigor de aquella, perdía cualquier tipo de eficacia. Sencillamente, la disposición adicional segunda del estatuto navarro adopta una decisión que no encuentra anclaje constitucional alguno, en la

[40] De la misma opinión, Martínez Esteruelas (1988: 113).

medida en que la disposición transitoria cuarta de la Constitución cesa en su vigencia en el mismo acto de aprobación de la norma estatutaria. Como acertadamente ha recordado Aragón Reyes (2006: 93), «no es la Constitución la que ha de interpretarse de conformidad con los Estatutos de Autonomía, sino los Estatutos de Autonomía los que han de interpretarse de conformidad con la Constitución».[41]

Desde el punto de vista técnico, se podría discutir si estamos ante una disposición constitucional que sigue perteneciendo al Derecho pero resulta de imposible uso porque no habría ningún caso al cual su enunciado fuera aplicable; si estamos ante una norma formalmente vigente por cuanto no se ha producido la derogación de la misma por el constituyente, pero que ha devenido en ineficaz por haber agotado sus efectos; o si, sencillamente, podemos entender que ha cesado su vigencia. Sea como fuere, según señaló ya Díez-Picazo (1990: 217), aunque existen, claro está, supuestos de vigencia sin eficacia y de eficacia sin vigencia, «la distinción entre vigencia y eficacia no deja de ser, en cierta medida, un artilugio del lenguaje cuya única finalidad radica en economizar palabras para designar fenómenos jurídicos». Sin duda, en este caso, así es.

[41] En el mismo sentido, Solozábal Echavarría (2000: 19). Reflexión que, traída a la cuestión que nos ocupa, ha reiterado con tino Loperena Rota (2005: 316) al señalar que «la interpretación que el Amejoramiento y el Estatuto de Gernika han hecho de ella [de la disposición transitoria cuarta de la Constitución] la convierte en una disposición de vigencia prácticamente indefinida, lo cual no es aceptable desde el punto de vista de la estructura sistemática de la Constitución».

Bibliografía

Aguado Renedo, C. (1996). *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*. CEC.

Aguado Renedo, C. (1997). El principio dispositivo y su virtualidad actual en relación con la estructura territorial del Estado. *Revista de Estudios Políticos*, 98, pp. 137-158.

Alli Aranguren, J. C. (2018). *La autonomía de Navarra. Historia, identidad y autogobierno*. Gobierno de Navarra.

Aragón Reyes, M. (2006). La construcción del Estado Autonómico. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 54/55, pp. 75-95.

Azpitarte Sánchez, M. (2008). *Cambiar el pasado. Posibilidades y límites de la ley retroactiva. Un intento de interpretación del artículo 9.3 de la Constitución*. Tecnos.

Balaguer Callejón, F. (2006). Reformas constitucionales relativas al Título VIII en relación con la recepción constitucional de la denominación oficial de las Comunidades Autónomas. En F. Rubio Llorente y J. Álvarez Junco (dirs.). *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos*. Consejo de Estado y CEPC.

Calafell Ferrá, V. J. (2006). La garantía del territorio de las Comunidades Autónomas ante la reforma de la Constitución. (Un apunto a la propuesta de cerrar el mapa político de España). En AA.VV. *Autonomías y Organización territorial del Estado: presente y perspectivas de futuro*, *XXVII Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado (26, 27, 28 de octubre de 2005)*. Ministerio de Justicia-BOE.

Calero Rodríguez, J.R. (1988). La decisión de Navarra. En L.F. Medrano y Blasco (dir.). *Estudio sobre la extinción de la Disposición Transitoria cuarta de la Constitución*. Castuera.

Cruz Villalón, P. (1991). La constitución territorial del Estado. *Autonomies*, 13, pp. 61-70.

De Carreras Serra, F. (2009). Reformar la Constitución para estabilizar el modelo territorial. En AA.VV. *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente? Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional-CEPC.

Del Burgo Tajadura, J. I. (2015). *La Epopeya de la Foralidad vasca y navarra. Principio y fin de la cuestión foral (1812-1982)*. Fundación Popular de Estudios Vascos, Tomo 2.

Del Burgo Tajadura, J. I. (2004). Navarra en el futuro constitucional. *Cuadernos de Pensamiento Político* – FAES, 4, pp. 73-92.

Díez-Picazo, L. M. (1990). *La derogación de las leyes*. Civitas.

Fossas Espadaler, E. (2007). *El principio dispositivo en el Estado Autonómico.* Marcial Pons.

García Rocha, M. P. (2020). Límites constitucionales de los presupuestos habilitantes del procedimiento legislativo en lectura única: una tesis personal. *Revista General de Derecho Constitucional*, 32, pp. 1-34.

Gutiérrez Llamas, A. (1991). *Los procedimientos para la reforma de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas*. Civitas.

Jiménez Asensio, R. (1985). La reforma del Estatuto de Autonomía del Parlamento Vasco. *Revista de Estudios Políticos*, 46-47, pp. 475-523.

Larunbe Biurrun, K. (1991). Apuntes sobre el territorio de la Comunidad Autónoma. En AA.VV. *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco. Actas de las II Jornadas de Estudio sobre el Estatuto de Autonomía, celebradas en San Sebastián (11-14 de diciembre de 1990)*, Tomo I. IVAP.

Linde Paniagua, E. (1979). Procedimientos de creación de Comunidades Autónomas. *Documentación Administrativa*, 182, pp. 287-366.

Loperena Rota, D. (2005). Notas sobre Navarra ante las próximas reformas constitucionales y estatutarias. *Revista Vasca de Administración Pública*, 72, pp. 311-320.

Martínez Esteruelas, F. et al. Informe sobre la Disposición Transitoria cuarta de la Constitución. En L.F. Medrano y Blasco (dir.). *Estudio sobre la extinción de la Disposición Transitoria cuarta de la Constitución*. Castuera.

Medina Guerrero, M. (2006). La inclusión de las Comunidades Autónomas –y Ciudades Autónomas– en el Texto Constitucional (o sobre la conveniencia de preservar el principio dispositivo en la concreción de la denominación de las Comunidades Autónomas. En F. Rubio Llorente y J. Álvarez Junco (dirs.). *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos*. Consejo de Estado y CEPC.

Medrano y Blasco, L. F. (1988). *Estudio sobre la extinción de la disposición transitoria cuarta de la Constitución*. Castuera.

Pérez Calvo, A. (1999). Comentario a la disposición transitoria cuarta. En O. Alzaga Villaamil (dir.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Edersa.

Pulido Quecedo, M. (1982). En torno a la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra: su sistema de competencias. *Revista de Administración Pública*, 99, pp. 155-199.

Razquin Lizarraga, J. A. (1989). *Fundamentos Jurídicos del Amejoramiento del Fuero. Derechos históricos y régimen foral de Navarra*. Gobierno de Navarra.

Razquin Lizarraga, J. A. (2009). Disposición transitoria cuarta. En M.E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. *Comentarios a la Constitución Española. XX Aniversario*. Wolters Kluwer.

Razquin Lizarraga, M. M. (2018). Disposición transitoria cuarta. En S. Muñoz Machado (Ed.). *Comentario mínimo a la Constitución Española*. Planeta-Cortes Generales-Tribunal Constitucional.

Rubio Llorente, F. y Álvarez Junco, J. (2006). *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos*. Consejo de Estado y CEPC.

Santamaría Pastor, J. A. (1992). Disposición adicional segunda. En J.A. Santamaría Pastor (dir.). *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Navarra*. INAP.

Solozábal Echavarría, J. J. (2000). El Estado autonómico como Estado compuesto. *Revista de Estudios Políticos*, 110, pp. 9-26.

Tajadura Tejada, J. (2006). Inclusión de las Comunidades Autónomas en la Constitución. En F. Rubio Llorente y J. Álvarez Junco (dirs.). *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos*. Consejo de Estado y CEPC.

Tajadura Tejada, J. (2020). Tiempo y Derecho: fundamento y límites de la retroactividad de la ley. *Revista de Derecho Político*, 108, pp. 41-70.

Tomás Villarroya, J. (1985). Proceso autonómico y observancia de la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 15, pp. 25-64.

Tomás y Valiente, F. (1985). Informe del Tribunal Constitucional español. En AA.VV. *Tribunales Constitucionales Europeos y autonomías territoriales*. CEC.

Trujillo Fernández, G. (1992/1993). Homogeneidad y asimetría en el Estado Autonómico: contribución a la determinación de los límites constitucionales de la forma territorial del Estado. *Documentación Administrativa,* 232/233, pp. 101-120.

Ugartamendía Eceizabarrena, J. I. (2018). Disposición transitoria cuarta. En P. Pérez Tremps y A. Sáinz Arnáiz (dirs.). *Comentario a la Constitución Española. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tomo II. Tirant lo Blanch.

Urretavizcaya Añorga, I. (1992). La disposición transitoria cuarta de la Constitución: antecedentes, contenido material y vigencia. El término incorporación: problemas de aplicación. *Revista Vasca de Administración Pública*, 32, pp. 163-214.

Vernet i Llobet, J. (2002). La apertura del sistema autonómico. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 14, pp. 127-170.

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 265-311
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1614

ENTRE ANALOGÍAS Y METÁFORAS: EL DEBATE SOBRE LA MODERACIÓN DE CONTENIDOS EN LAS REDES SOCIALES

BETWEEN ANALOGIES AND METAPHORS: THE DEBATE ON CONTENT MODERATION ON SOCIAL NETWORKS

Pedro José Peña Jiménez
Letrado de las Cortes Generales
https://orcid.org/0000-0003-2722-2685

Fecha de recepción del artículo: noviembre 2021
Fecha de aceptación y versión final: diciembre 2021

RESUMEN

El artículo trata sobre la moderación de contenidos, que es una actividad esencial, pero poco conocida y publicitada, de las redes sociales, y que afecta a valores, bienes públicos y derechos, como la libertad de expresión e información, la privacidad o la seguridad. El marco legal de la misma, que proviene de la última década del siglo pasado, ha hecho posible, con la concesión de un régimen general de amplia inmunidad a los intermediarios que operan en Internet, el nacimiento de las redes sociales y su desarrollo hasta alcanzar la dimensión que ahora tienen. Ese marco está hoy sujeto a diversas iniciativas legislativas de revisión, tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea, que probablemente saldrán adelante en el corto plazo. En el origen, formalización y discusión de esas iniciativas ha tenido una influencia innegable un debate, nutrido por aportaciones muy diversas y donde ha sido frecuente el recurso a analogías y metáforas para sustentar distintas posiciones sobre el futuro de la moderación y la regulación de las redes sociales. En el artículo se exponen esas posiciones, que van desde un escepticismo radical sobre las opciones de reforma hasta el mantenimiento de una confianza casi inquebrantable en la capacidad de autorregulación de las empresas, pasando por distintas alternativas de mayor o menor intervención pública, que es precisamente donde se sitúan, en lo fundamental, las iniciativas legislativas en tramitación. La conclusión es que

esa orientación es correcta, que el Estado democrático no debe adoptar un papel intervencionista en la gestión de las redes sociales, pero sí ha de asegurar, mediante la aprobación de normas legales ajustadas a la realidad tecnológica y social, que las redes actúan en el mercado como lo que son, empresas, sujetas a las normas y de forma responsable y transparente.

Palabras clave: Redes sociales, libertad de expresión, regulación, no discriminación, intervención estatal, proceso democrático, participación, deliberación.

ABSTRACT

The article is about content moderation, which is an essential activity, but little known and publicized of social networks, and which affects values, public goods and rights, such as freedom of expression and information, privacy or security. Its legal framework which comes from the last decade of 20th century, has made possible, with the granting of a general regime of broad immunity to intermediaries operating on the Internet the birth of social media and their development until reaching the dimension they now have. This framework is today subject to various initiatives for revision, both in the United States and in the European Union, which will probably come forward in short term. A debate on the subject has had an undeniable influence on the origin, formalization and discussion of these initiatives, nourished by the very diverse contributions and where the use of analogies and metaphors has been frequent to support different positions on the future of moderation and regulation of social networks. The article sets out these positions, which range from a radical skepticism about the reform options to the maintenance of an almost unshakable confidence in self-regulation of the companies, going through different alternatives of greater or less public intervention, which is precisely where the legislative initiatives in process are located. The conclusion is that this approach is correct, that the democratic state should not adopt an interventionist role in the management of social media, but to ensure, through the approval of legal norms adjusted to the technological and social reality, that social networks act in the market as what they are, companies, subject to the rules and in a responsible and transparent way.

Keywords: Social networks, freedom of expression, regulation, non-discrimination, state intervention, democratic process, participation, deliberation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA MODERACIÓN DE CONTENIDOS COMO ACTIVIDAD CENTRAL DE LAS REDES SOCIALES. III. EL MARCO LEGAL DE LA MODERACIÓN DE CONTENIDOS EN LOS ESTADOS UNIDOS Y EN LA UNIÓN EUROPEA. *1. Estados Unidos: La sección 230 de la Ley de Decencia en las Comunicaciones y la Primera Enmienda de la Constitución. 2. Unión Europea: la Directiva de comercio electrónico, las normas más estrictas sobre determinados contenidos, la autorregulación y las leyes nacionales. 3. Las iniciativas de reforma y sus razones*. IV. EL DEBATE SOBRE LA MODERACIÓN DE CONTENIDOS EN LAS REDES SOCIALES. *1. Una cuestión previa: la neutralidad*. *2. Las posiciones en el debate sobre moderación de contenidos*. 2.a. El pesimismo radical. 2.b. La intervención pública en las redes sociales. 2.c. La reforma público-privada de la moderación. 2.d. Los incentivos públicos para la reforma de las empresas. 2.e. Las propuestas participativas y comunitarias. 2.f. Los defensores de la autorregulación. V. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Aunque apenas haya habido algún año sin sobresaltos para Facebook, 2021 destaca entre los más problemáticos de su corta y asombrosa historia. Dos episodios archiconocidos y de naturaleza bien distinta, protagonizados por Donald J. Trump, el primero, y Frances Haugen, el segundo, sirven para sostener esta afirmación. Para empezar, quien aún entonces era presidente de los Estados Unidos de América vio impedido el 6 de enero su acceso a Facebook e Instagram, donde contaba con treinta y cinco y veinticuatro millones de seguidores, respectivamente, porque algunas de sus declaraciones, videos y manifestaciones relativas al asalto del Capitolio y publicadas en sus cuentas habían violado, según la empresa propietaria, las normas de conducta de ambas plataformas. Al día siguiente, Facebook hizo indefinida la restricción de acceso de Trump, y dos semanas más tarde remitió el caso al Consejo de Supervisión, un órgano colegiado de expertos, instituido y financiado por la propia compañía y popularmente conocido como el «Tribunal Supremo» de Facebook, para su revisión. Este Consejo determinó, posteriormente, que si bien la decisión de restringir a Trump el acceso a su cuenta fue correcta, hacerlo de una manera indeterminada y carente de criterios, mediante una suspensión indefinida, no lo fue. De manera que pidió a Facebook que revisase la cuestión en un plazo de seis meses y justificase una respuesta proporcionada y consistente con las normas aplicadas a otros usuarios en la plataforma[1]. Por lo demás, el Consejo solicitó a Facebook explicaciones sobre la medida en que las decisiones relativas el diseño de las plataformas, incluyendo algoritmos, políticas, procedimientos y características técnicas, habían amplificado los *posts* de Trump después de la elección presidencial de 2020 y si había

[1] En concreto el Consejo resolvió, en decisión de 5 de mayo de 2021, que (i) no fue apropiado imponer una suspensión «indefinida», (ii) Facebook no siguió un procedimiento publicado previamente y claro, al aplicar la sanción (iii) siempre resulta útil trazar una línea firme entre líderes políticos y otros usuarios influyentes, ya que otros usuarios con amplias audiencias pueden contribuir a causar daños serios, que el contexto importa cuando se trata de determinar probabilidad e inminencia del daño. Propuso, además, una serie de medidas de más claridad, información y recursos cualificados para evaluar riesgos de daños de cuentas influyentes globalmente. También hizo recomendaciones para poner en práctica políticas claras, necesarias y proporcionadas que promuevan la seguridad pública y el respeto a la libertad de expresión (Case Decision 2021-001-FBR).

llevado a cabo algún análisis interno sobre la posible contribución de tales decisiones a los sucesos del 6 de enero. Facebook no contestó a ninguna de estas dos cuestiones. Lo que sí hizo, por el contrario, fue aclarar que la restricción de acceso de Trump durará al menos dos años, y que en enero de 2023 podrá ser admitido de nuevo, si el interesado así lo pide y los expertos que sean consultados concluyen que el riesgo para la seguridad pública que pueda suponer el retorno del expresidente a la red es mínimo o inexistente[2].

Meses después, Frances Haugen, una ingeniera de datos y antigua gerente de productos en Facebook, saltó de repente a la fama mundial a través de una serie de denuncias realizadas en distintos medios de comunicación y en una comparecencia ante el Congreso de los Estados Unidos[3]. En todas ellas Haugen, que ahora se presenta en su página web personal como defensora de la supervisión pública de las redes sociales[4] afirmó, de forma consistente, que Facebook, pese a sus promesas de conseguir un entorno más sano, prima, en realidad, los contenidos extremos y adictivos para asegurarse de que sus usuarios pasen el mayor tiempo posible conectados a su red, que los más de cuarenta mil empleados contratados para moderar contenidos, así como la utilización masiva del aprendizaje automático (*machine learning*) para detectar contenidos inapropiados, apenas habían servido de algo, y no desde luego para frenar la poderosa campaña antivacunación del Covid-19 en los Estados Unidos, y que los ejecutivos de la empresa habían decidido deshacerse de la unidad de integridad cívica, un equipo dedicado a luchar contra la desinformación y otros ataques contra la democracia, poco después de la elección de Joe Biden como presidente, pasando rápidamente la página del propósito de enmienda. Como es notorio, el efecto más directo e inmediato de las revelaciones de Haugen ha sido el de sumir a Facebook en una nueva y profunda crisis de reputación, a la

---

[2] Decisión de Facebook de 4 de junio de 2021 de suspender a Trump por, al menos, 2 años desde los eventos del 6 de enero de 2021.

[3] Las denuncias, anónimas en principio, salieron a la luz en el diario *The Wall Street Journal* en septiembre de este año («Los archivos Facebook»). El 3 de octubre, Frances Haugen fue entrevistada en el programa *60 Minutes* de la cadena CBS y el 5 de octubre compareció en el Senado. Posteriormente, ha realizado otras comparecencias en distintos foros, parlamentarios y públicos.

[4] www.franceshaugen.com

que Mark Zuckerberg, su fundador y presidente, ha respondido de inmediato con un cambio de nombre para la empresa, que ahora es Meta, y con la enésima reformulación de su propósito[5].

En cualquier caso, los episodios reseñados han generado multitud de comentarios y reflexiones sobre las consecuencias que tienen en la vida real los contenidos que se publican en el «espacio virtual» de las redes sociales, el poder de las grandes empresas privadas que las controlan (e incluso el de quienes las dirigen, como el propio Zuckerberg, Sundar Pichai o Jack Dorsey)[6] para silenciar a responsables políticos elegidos democráticamente, la falta de transparencia, claridad y formalización del proceso de las decisiones de esas empresas sobre los contenidos que aparecen en sus plataformas –o que son retirados de las mismas–, el trato privilegiado que reciben determinados usuarios en función de su posición y cualidades, el régimen de responsabilidad legal de esas empresas y su impacto sobre el ejercicio de la libertad de expresión o la proporción de sinceridad e hipocresía que puede haber en sus planes recurrentes para mejorar la gobernanza de las redes sociales.

El presente artículo trata de la moderación de contenidos en las redes sociales y, en particular, del debate relativo a las implicaciones jurídicas, políticas, económicas y morales de esa actividad. Se va a considerar aquí, pues, si las decisiones de supresión, retirada, cortes, bloqueo de acceso, priorización o democión de contenidos que Facebook, YouTube o Twitter adopten, en su caso, sobre informaciones, textos, fotos, audios, videos, gráficos o enlaces que los usuarios publiquen en sus redes pueden calificarse, en atención a sus circunstancias específicas, como legales, justas, razonables, proporcionadas, eficaces o no. Para lo que habrá que preguntarse, y eso es precisamente lo que hacen quienes contribuyen al debate, si las redes han de intervenir activamente en el control del contenido que los usuarios suben a las

---

[5] Facebook ha pasado, sucesivamente, por distintas etapas en las que se ha presentado como «red social amistosa», que busca conectar amigos, «máquina de compartir», que necesita para funcionar la mayor cantidad de información posible en la red, instrumento para «conectar a la humanidad» o empoderar «a la gente para construir comunidades», o red social que frente a lo político pone un «mayor énfasis en lo privado», «What is Facebook? Just ask Mark Zuckerberg», Chaim Gartenberg, The Verge, 8 de marzo de 2018.

[6] Sundar Pichai es el consejero delegado de Google, Jack Dorsey es el consejero delegado de Twitter.

mismas o han de ser meros conductos neutrales para su publicación, si ofrecen suficiente información y garantías sobre la forma en la que moderan, o si el régimen de responsabilidad legal de las empresas es el adecuado, entre otras cosas. La moderación de contenidos por las redes es, como puede apreciarse a primera vista, un tema amplio y complejo. Primero, porque afecta y remite a valores, como la libertad, la igualdad o el pluralismo político, a derechos de libre expresión e información, privacidad, seguridad, o no discriminación, y a bienes públicos, como la participación, la deliberación o la inclusión social. Segundo, porque se relaciona con aspectos negativos, cuando no patológicos, de Internet, como la proliferación de contenidos banales, estúpidos, ofensivos, dañinos o directamente ilegales, y se puede emparentar con actividades tan antipáticas como la censura, la vigilancia y el control sobre los individuos. Tercero, en la medida en que resulta inevitablemente heterogéneo, habida cuenta de los diferentes sistemas jurídicos, tipos de Estados, culturas, valores, e incluso modelos de Internet que cabe encontrar en el mundo, lo que vale decir que aquello que en un sitio se reputa dañino o contrario a la ley, pueda no serlo en otro sitio[7]. Cuarto, al expresar de manera aguda y poliédrica la tensión entre lo privado y lo público, o entre la empresa y el Estado, ya que las grandes tecnológicas (*Big Tech*), como Facebook, Google (YouTube) o Twitter, por citar tan solo a las más puramente digitales, superan en poder y riqueza a muchos Estados[8], suplantan o confunden, en ocasiones, funciones propias de los Estados, toman decisiones que afectan a derechos individuales, sin que sus titulares puedan, muchas veces, recurrir a la administración o a los tribunales del Estado, y a la vez se inspiran en normas internacionales de derechos humanos y en normas sustantivas y procesales de ordenamientos jurídicos democráticos para incluirlas en sus condiciones del servicio y políticas comunitarias. Y, en fin, porque manifiesta una segunda tensión, interna en este caso, entre el imperativo implacable de un modelo de negocio basado en ofrecer servicios gratuitos a cambio recoger masivamente

[7] Sobre diversidad de sistemas jurídicos y políticos y moderación de contenidos, Daskal (2019), y sobre modelos de Internet: Shira Ovide, «The Internet is Splintering», *The New York Times*, 17 de febrero de 2021.

[8] Rebecca MacKinnon y Lori Andrews creen que hay que pensar en Facebook o Google como «naciones-estado» o «soberanos del ciberespacio».

datos personales de los usuarios, para venderlos luego a anunciantes y permitir, así, una publicidad potenciada al extremo, y la retórica de rectos principios, prácticas honestas y elevadas aspiraciones comunitarias que, según la propaganda y el *lobby* de las empresas, guían sus operaciones[9].

Por ello, para no desviarme en las ramificaciones de estas cuestiones y ceñirme al objeto principal del artículo, voy a analizar brevemente, antes de entrar en el mismo, qué hacen las redes sociales cuando moderan contenidos, y qué leyes, en Estados Unidos y en la Unión Europea[10], les permiten realizar tal actividad.

II. La moderación de contenidos como actividad central de las redes sociales

Las redes sociales, que de manera convencional pueden definirse como plataformas *online* que facilitan la interacción entre sus usuarios para comunicarse y compartir contenidos que ellos mismos generan[11], han sido causa decisiva, junto al despliegue de las infraestructuras de banda ancha y la popularización de los *smartphones*, del crecimiento exponencial de Internet en la primera década de este siglo. Tienen, como es sabido, una enorme popularidad, ya que de los 4.800 millones de personas que acceden a Internet en el mundo, 4.500 son usuarios de redes sociales[12], acaparan la mayor parte del tiempo que se pasa en Internet, que supone algo más de 200.000 millones de horas contando solo a Facebook, Youtube y Twitter[13], y se usan para múltiples propósitos, ya sean familiares, personales, comerciales, informativos, recreativos o políticos. No es de extrañar, pues, que las más exitosas de entre ellas, como Facebook o YouTube (Google), formen parte del selecto grupo de *Big Tech*, las empresas que han

[9] Sobre el modelo de negocio de las grandes empresas tecnológicas, ver entre otros Zuboff (2019), Cohen (2019) y Galloway (2017).

[10] No voy a considerar, pues, el caso de países de enorme importancia geopolítica, que tienen redes sociales nacionales enormemente populares, como China o Rusia, y un sistema político y jurídico, así como una regulación de Internet, bien distintos a los occidentales.

[11] UK Competition Markets Authority (2019), «Online platforms and digital advertising market study», Glossary.

[12] DataReportal (2021).

[13] Zyro, 2021.

alcanzado las mayores capitalizaciones en bolsa de la historia (superiores al millón de millones de dólares en varios casos) y disponen de recursos y capacidad de influencia casi sin límites[14].

Que las redes sociales se nutran, principalmente, de contenido generado por sus usuarios en cantidades masivas les ha obligado a aplicar, de forma concomitante, sus propias condiciones de uso y normas comunitarias, así como las leyes aplicables de los países en donde operan, porque el contenido inapropiado puede ser una fuente importante de responsabilidad y afectar, además, a su imagen y reputación (Roberts, 2017). Así, Facebook pide a sus usuarios el cumplimiento de una serie de compromisos, como el de no usar sus productos para realizar acciones o compartir contenidos que «infrinjan las Condiciones del Servicio, las Normas comunitarias u otras condiciones y políticas que rijan el uso de Facebook», o que sean «ilegales, engañosos, discriminatorios o fraudulentos» o que «infrinjan los derechos de otras personas, como los relativos a la propiedad intelectual», de manera que si esto no ocurre, Facebook «puede eliminar o bloquear el contenido que incumpla lo dispuesto por las Condiciones del Servicio», informando de ello al usuario y explicándole, en principio, las opciones que tiene de revisión[15]. Twitter, por su parte, se reserva el derecho de retirar contenido que incumpla el Contrato con el Usuario, incluyendo, por ejemplo, violaciones de propiedad intelectual o derecho de marca, falsedades, conductas ilegales o acoso, y «pone a disposición de los usuarios información sobre políticas específicas y procesos para reportar o para apelar violaciones del Contrato»[16]. En cuanto a YouTube, advierte que puede «usar sistemas automatizados para analizar el contenido, con el fin de ayudar a detectar infracciones o usos inadecuados como el spam,

---

[14] No todas las grandes empresas tecnológicas son redes sociales. Por ejemplo, Amazon o Apple no lo son, aunque Microsoft es propietaria de una red social profesional, LinkedIn. Las redes sociales son plataformas *online*, como también lo son los buscadores (Google Search), las empresas de comercio electrónico (Amazon) o las tiendas de aplicaciones (Apple Store). Pero no todas las plataformas *online* son redes sociales: es el caso de Uber o Airbnb, por ejemplo. En este artículo habrá referencias a las redes sociales como plataformas, que lo son, cuando ese sea el término utilizado por la norma, disposición o autor de que se trate.

[15] Condiciones del Servicio de Facebook (2021).

[16] Contrato con el Usuario de Twitter (2021).

el software malicioso o el contenido ilegal» y que si tiene motivos razonables para creer que el contenido incumple el contrato o puede generar daños, puede, también, retirarlo o inhabilitarlo, ya sea en parte o en su totalidad[17].

Desde esta perspectiva, la moderación de contenidos aparece, según Sarah T. Roberts, como «una práctica esencial en el ciclo de producción de las redes sociales», una actividad crucial que protege la marca (reforzando la adhesión del usuario a las normas y directrices de la red), asegura el cumplimiento de leyes y reglamentos que resulten de aplicación y contribuye positivamente a mantener una audiencia en la red (Roberts, 2019: 33-34). Y abundando en esta idea, Tarleton Gillespie considera que la moderación es algo central, y de ninguna manera periférico, en la actividad de las redes sociales, hasta el punto de identificarla como el producto (*commodity*) que, en realidad, ofrecen (2018). No obstante, las redes sociales no hacen ninguna ostentación de su actividad moderadora y prefieren evitar, por lo general, la publicidad y la discusión sobre la misma, tal vez porque no casa bien con el paradigma fundacional de Internet como lugar libre de cualquier tipo de censura[18], o con la relación personalizada que promueven las redes sociales, o porque a estas les resulta incómodo reconocer, como apunta la propia Sarah T. Roberts, que las decisiones de moderación las toman, básicamente, «ejércitos de trabajadores desconocidos […], ocultos a la visión y percepción de los usuarios, mal pagados, poco considerados y frecuentemente externalizados»[19].

La revisión del contenido en que consiste la moderación puede tener lugar antes o después de su publicación, e iniciarse en virtud de

---

[17] Términos y Condiciones del Servicio de YouTube (2021).

[18] Son famosas las posiciones de pioneros del libertarismo característico de los primeros años de Internet, como John Perry Barlow, autor de la Declaración de Independencia del Ciberespacio (1996), con su rechazo frontal a las formas tradicionales de control estatal sobre la red, o John Gilmore, para quien la arquitectura de Internet resulta estructuralmente inmune a cualquier tipo de censura de la información que viaje a través de sus nodos interconectados.

[19] Roberts, (2019: 71 y ss.). En este sentido, Shoshana Zuboff considera la moderación de contenidos como una función de paria del capitalismo de vigilancia y se refiere a las «banalidades diarias de los flujos de trabajo racionalizado, donde hay que decidir sobre los horrores y el odio del mundo, a un ritmo y frente a tal volumen, que solamente ofrece un breve momento [a quien modera] para elevar el pulgar hacia arriba o hacia abajo» (2019: 508-509).

una decisión de un moderador, o de un administrador de la red, o de una decisión automatizada, o de la queja de un tercero, o la denuncia de un usuario que señaliza *(flagging)* algo que estima problemático. Y el resultado de esa revisión, en caso de que el contenido no se considere apropiado, puede consistir, entre otras posibles opciones, en excluirlo, en aplicación de sus políticas de retirada de contenidos, reducir su visibilidad, mediante la aplicación de sus sistemas de clasificación (*ranking*), etiquetarlo de una forma determinada, adjuntar al mismo un aviso sobre sus cualidades (*warning*), impedir o deshabilitar comentarios o anuncios sobre el mismo, eliminarlo en ciertas regiones geográficas o jurisdicciones, o hacerlo solo accesible a aquellos usuarios que proactivamente hayan manifestado previamente querer verlo (*opt-in*) (Keller, 2019).

Por último, conviene destacar entre las notas distintivas de las condiciones de servicio (o contrato con los usuarios o términos de uso) de las redes sociales que suelen ser, en cuanto a la evaluación del contenido que se considera admisible, más restrictivas que las legislaciones estatales (por ejemplo, en el tratamiento de los cuerpos humanos desnudos), han ido ganando en pragmatismo y concreción (Klonick, 2018) y, por último, presentan bastantes notas comunes con las propias de otros servicios, como las telecomunicaciones o la electricidad. Siendo cierto que, como señala Nicolas Suzor, se trata de documentos relevantes que amparan decisiones con efectos reales sobre la vida de las personas, confieren un amplio poder a las empresas y están redactados para salvaguardar los propios intereses empresariales, nada de ello resulta exclusivo de las redes sociales, sino más bien lo contrario (basta pensar, por ejemplo, en un corte de suministro eléctrico o de energía) (2019).

III. El marco legal de la moderación de contenidos en los Estados Unidos y en la Unión Europea

El marco legal que aún gobierna la moderación en Internet proviene de una época en la que aún no se había producido el desarrollo incremental de las tecnologías que soportan la *world wide web*, y que permiten al usuario contribuir directamente a la producción de la información, en vez de ser receptor pasivo de la misma (web 2.0), y cuando ni siquiera Facebook, YouTube o Twitter existían: la década

de los noventa del siglo pasado. En esos años previos a la explosión comercial de Internet, el objetivo del Congreso norteamericano era «preservar el mercado libre, vibrante y competitivo, que existe en la actualidad en Internet, libre de las restricciones de la regulación federal o de los estados» y «promover su desarrollo continuo»[20], mientras que la Comisión Europea no pretendía otra cosa que

> alentar el desarrollo del comercio electrónico en la Unión […], dejando claro que las empresas no tenían la obligación de asegurarse sobre la legalidad de todo el contenido que alojaban, conseguir un equilibrio entre los derechos fundamentales de las partes interesadas (así, privacidad y libertad de expresión, libertad de empresa y derecho de propiedad), y fortalecer el Mercado Único Digital mediante la adopción de un criterio común sobre las exenciones de responsabilidad[21].

Singularmente elocuente, en este punto, resulta la afirmación del Tribunal Supremo estadounidense en *Reno v. American Civil Liberties Union* (1997), de que «el vasto foro democrático de Internet» no había estado tradicionalmente sujeto al tipo de regulación y supervisión gubernamental de la industria de la radiodifusión» y que Internet no era «tan invasivo como la radio o la televisión». Eran otros tiempos, qué duda cabe. En perspectiva, que ese marco siga aún vigente expresa bien a las claras como las políticas públicas y el derecho suelen ir, en cuanto a su creación y aplicación, a la zaga de las tecnologías, y ofrece razones tanto a quienes apoyan sus normas, para justificar su adecuación a la realidad, y su contribución a la innovación y al crecimiento de la industria, como a quienes las critican, para probar que su mantenimiento es fruto de la inercia, la incapacidad del derecho para responder con prontitud a los retos de la tecnología y la influencia del mercado sobre el Estado.

---

[20] Preámbulo de la Ley de Telecomunicaciones (Telecommunications Act) de 1996.

[21] Comisión Europea, «Memorando explicativo del proyecto de la Comisión de una directiva sobre ciertos aspectos legales del comercio electrónico en el mercado único» (1998).

1. Estados Unidos: La sección 230 de la Ley de Decencia en las Comunicaciones y la Primera Enmienda de la Constitución

La capacidad legal de las redes sociales para moderar contenidos en Estados Unidos procede de la sección 230 de la Ley de Decencia en las Comunicaciones (Communications Decency Act, CDA)[22], que otorga a las empresas una amplia inmunidad sobre la responsabilidad en que podrían incurrir por el contenido generado por sus usuarios y publicado en su web o en sus aplicaciones. Según esta norma «ningún proveedor o usuario de un servicio informático interactivo será tratado como editor o creador de cualquier información proporcionada por otro proveedor de contenidos de información». Y añade, además, que

> ningún proveedor o usuario de un servicio informático interactivo será considerado responsable de cualquier acción de buena fe para restringir el acceso o la disponibilidad de material que el proveedor o el usuario considere que es obsceno, lujurioso, lascivo, indecente, excesivamente violento, acosador u objetable, con independencia de que el material esté protegido constitucionalmente o no.

El propósito de esta concesión de inmunidad, que de todas formas no es completa[23], fue evitar problemas de censura colateral que pudiesen afectar a la libertad de expresión, y que surgirían con facilidad si los prestadores de servicios de Internet (que incluyen hoy a redes sociales y todo tipo de plataformas *online*) fuesen considerados editores o creadores y, en consecuencia, responsables del contenido creado por los usuarios, y al tiempo incentivar a los prestadores de servicios a que jugasen el papel de «buen samaritano», contribuyendo de manera activa a la retirada de aquellos contenidos que estimasen

---

[22] Formalmente codificada como 47 U.S.C. § 230, fue incorporada a la Ley de Decencia de las Telecomunicaciones (Communications Decency Act, CDA), que fue el nombre que se dio al Título V de la Ley de Telecomunicaciones (Telecommunications Act) de 1996. La Ley de Decencia de las Comunicaciones fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo en *Reno v. American Civil Liberties Union* (1997), si bien dejó indemne a la sección 230, cuya conformidad con la Constitución ha sido posteriormente validada.

[23] Así, los prestadores de servicios de Internet pueden ser denunciados y procesados por infracción de normas penales, como sucedió con Backpage.com, por facilitar ilícitamente la prostitución.

inapropiados u ofensivos. Y, por supuesto, resolver la situación creada por una sentencia del Tribunal Superior de Nueva York que había considerado a Prodigy, un prestador de servicios de Internet que alojaba y moderaba un tablón de anuncios digital, «editor» de las difamaciones publicadas por un tercero y, por ende, responsable en un proceso civil por libelo[24].

Resulta difícil exagerar la importancia de la sección 230, «las veintiséis palabras que crearon Internet» según el título de la monografía de Jeff Kosseff sobre la historia de esta disposición, que ha sido el catalizador del crecimiento de un sector (el de las redes sociales) basado en el contenido generado por terceros (2019), y que ha permitido prosperar a empresas como Google o Facebook que, según Jack Balkin, «podrían no haber sobrevivido a la serie de pleitos por difamación que hubieran tenido que afrontar de haber sido tratadas como editoras de los innumerables *links*, blogs, *posts*, comentarios y actualizaciones que aparecen en sus plataformas» (2014).

Pero las redes sociales no están solamente protegidas, en cuanto a la moderación de contenidos, por la sección 230. También lo están por la Primera Enmienda de la Constitución, según la cual «el Congreso no promulgará ninguna ley que restrinja la libertad de expresión» y, en concreto, por la interpretación del Tribunal Supremo sobre lo que se puede considerar «expresión» a los efectos de la protección de la Primera Enmienda y sobre extensión de la protección que ofrece a los distintos tipos de contenidos. Así, Volokh y Falk dicen que las plataformas, como las redes sociales, expresan un juicio editorial con las decisiones que toman respecto a la retirada y la priorización de contenidos (2012) de manera que ni el Gobierno puede impedirles esa libertad ni sus usuarios pueden demandarles con éxito, ya que la Primera Enmienda se aplica solamente a los actores estatales[25]. Las

---

[24] Stratton-Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co. (1995) N.Y. Sup. Ct. Por el contrario, en Cubby Inc. v. CompuServe Inc., (1991), el Tribunal del Distrito del Sur de Nueva York concluyó que CompuServe no era responsable del contenido difamatorio publicado por alguno de sus usuarios, ya que la empresa permitía la circulación de todo tipo de contenidos, sin ningún tipo de moderación ni implicación editorial, lo que le hacía más un «distribuidor» que un «editor». Sobre todo esto, ver Pinkus (2021).

[25] El texto de la Primera Enmienda únicamente impide al Congreso aprobar leyes que restrinjan la libertad de expresión. Esta protección fue posteriormente extendida a los Estados y a los Gobiernos locales por la Doctrina de la Acción del Estado (State Action

redes sociales pueden, pues, establecer sus propias políticas sobre contenidos en sus condiciones del servicio y, de hecho, han recurrido a las mismas de forma consistente cuando se han opuesto, con éxito, a demandas de usuarios por violar sus derechos de libertad de expresión, proceso debido, igual protección, discriminación, incumplimiento de contrato, competencia desleal o interferencia en beneficio económico prospectivo, entre otros motivos[26].

2. *Unión Europea: la Directiva de comercio electrónico, las normas más estrictas sobre determinados contenidos, la autorregulación y las leyes nacionales*

El marco legal de la moderación en la Unión Europea es más complejo y variado que el norteamericano, ya que atiende a distintos tipos de contenidos, clases de plataformas y obligaciones impuestas a los Estados y a las empresas[27], aunque su régimen básico, contenido en la Directiva de comercio electrónico (2000)[28], presenta una sintonía fundamental con el de la sección 230 de la CDA, sobre todo al establecer en su artículo 14 que «los Estados miembros garantizaran que […] el prestador del servicio no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario» a condición de que «el prestador del servicio no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita […]» o de que «en cuanto tenga

---

Doctrine) y la Cláusula del Proceso Debido (Due Process Clause) de la Decimocuarta Enmienda. Sin embargo, bajo la Doctrina de la Acción del Estado, las restricciones de la Primera Enmienda no se extienden por lo general a las personas físicas y jurídicas privadas (como pueda ser una empresa de red social). En otras palabras, una persona particular o una empresa privada no puede violar los derechos de libertad de expresión de un individuo, solo puede hacerlo un actor estatal. A menos que la parte privada que pretende restringir la expresión incurra en una de estas tres excepciones de la Doctrina de la Acción del Estado: (i) la acción de restricción de la expresión por parte de un privado implica una función tradicional y exclusivamente reservada al Estado, Doctrina de la Función Pública Exclusiva (Exclusive Public Function Doctrine), (ii) la acción es tal que el Estado ha estado significativamente implicado o «enredado» con el particular en la acción, y (iii) la acción del privado puede ser tratada como si fuera del Gobierno mismo, por superposición o solapamiento de identidades. Sobre esto, ver Pinkus, (2021).

[26] En relación a esto, ver Keller (2019).

[27] Sobre este punto, ver De Streel *et al.* (2020).

[28] Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

conocimiento […] actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible» y todo ello sin perjuicio de que «un tribunal o una autoridad administrativa, […] exijan al prestador de servicios poner fin a una infracción o impedirla» o de que «los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o se impida el acceso a los mismos». Por lo demás, esta Directiva, que ha sido objeto en los últimos veinte años de diversos intentos de reforma que nunca llegaron a buen puerto, prohíbe la imposición a las empresas de obligaciones de supervisión, búsqueda activa o monitorización de contenidos, para así proteger derechos fundamentales de los usuarios[29], promueve la autorregulación, la corregulación y los mecanismos alternativos de resolución de disputas[30], y afirma el principio de regulación por las normas del país de origen.

Además de la Directiva de comercio electrónico, cuyo régimen básico se complementa con normas sobre servicios de comunicación audiovisual y medidas para combatir contenidos ilícitos[31], la Unión Europea cuenta con normas más estrictas para cuatro tipos de contenidos, a saber, terrorismo[32], abuso y explotación sexual de la

---

[29] El artículo 15 de la Directiva establece que «los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que trasmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas […], sin perjuicio de que puedan establecer obligaciones tendentes a que los prestadores de servicios […] comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas».

[30] Ayres y Braithwaite ven la diferencia entre corregulación y autorregulación en que en la primera existe algún tipo de supervisión y/o de ratificación por parte del Gobierno, mientras que Julia Black considera que la autorregulación es una situación en la que un determinado colectivo o grupo impone regulación sobre sus miembros. Para estos conceptos ver Baldwin, Cave y Lodge (2012).

[31] El régimen básico de la Directiva de comercio electrónico se complementa con la Revisión de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual (2018), que impone a una categoría concreta de empresas, las plataformas de compartición de videos, la obligación de tomar medidas apropiadas y proporcionadas para proteger al público, en general, de contenido ilegal y a los menores, en particular, de contenido dañino (*harmful*) y la Recomendación de la Comisión Europea (2018) sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, que se refiere tanto a terrorismo como a abuso sexual de la infancia.

[32] Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo y Reglamento (UE) 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea.

infancia[33], racismo, xenofobia y delitos de odio[34] y propiedad intelectual[35] que, en los dos primeros casos, establecen la obligación para los Estados miembros de adoptar medidas para remover y bloquear sitios web que contengan o diseminen ese tipo de contenidos, en el tercero, obligan a los Estados a asegurar que el discurso del odio, racista y xenófobo sea punible, sin imponer obligaciones específicas a las plataformas, mientras que en el cuarto requieren que las empresas concluyan acuerdos con los titulares de derechos para la explotación de los contenidos protegidos, de manera que si no lo hacen se consideraran, en principio, responsables de violar derechos de propiedad intelectual. Estas normas de derecho comunitario «fuerte» se complementan con iniciativas de autorregulación, a menudo inspiradas o sugeridas por la Comisión Europea, como en el caso de la desinformación, que no siempre es ilegal, pero puede ser muy dañina para la sociedad y la democracia[36], o el discurso de odio ilegal *online*[37]. En fin, aparte de las normas comunitarias, los distintos Derechos nacionales imponen, para algunos tipos de empresas (redes sociales u otras) obligaciones adicionales respecto a la moderación de contenidos ilegales o dañinos, y así Alemania ha aprobado la Ley para la mejora de la aplicación del derecho en las redes sociales (2017)[38], etiquetada por algunos como «Ley Facebook», y Francia la Ley contra la manipulación de la información (2018)[39] y la Ley dirigida a luchar contra los contenidos de odio en Internet (2020)[40].

---

[33] Directiva (UE) 2011/92 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

[34] Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal.

[35] Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE.

[36] Código de buenas prácticas contra la desinformación (2018).

[37] Código de conducta para luchar contra el discurso de odio ilegal online (2016).

[38] NetzDG, en su denominación abreviada, o Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken.

[39] Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

[40] Loi n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet.

Mucho se ha escrito sobre la comparación, en cuanto al régimen de la libertad de expresión, entre la Unión Europea y los Estados Unidos, y sobre la opinión generalizada de que la protección de este derecho es más limitada en Europa, algo que se puede confirmar si uno lee detenidamente el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o incluso el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[41]. Que ello sea así depende, como es lógico, de factores históricos, políticos y culturales que hacen que, como apunta Oreste Pollicino, la Primera Enmienda se centre principalmente en la dimensión activa de poder expresar libremente ideas y opiniones, mientras que las normas europeas sobre derechos humanos antes citadas enfaticen la dimensión pasiva de recibir una información pluralista (2020). En cualquier caso, también hay un acuerdo extendido entre estudiosos y comentaristas de este asunto sobre la menor protección que las normas europeas ofrecen a las empresas de redes sociales, en cuanto a moderación de contenidos, comparada con la de la Primera Enmienda.

En fin, sobre la cuestión de si un usuario puede obligar a una red social a alojar contenido que el primero haya generado contra la voluntad de la red, Daphne Keller se refiere a algunas decisiones judiciales en Alemania, específicamente de los Tribunales Regionales de Munich, Colonia y Siegen (2018), donde se da la razón, frente a Facebook, a una serie de usuarios que pedían a la red social la restitución de sus *posts*, retirados por Facebook en aplicación de sus Normas comunitarias. En esas decisiones, la autora citada ve una

[41] El primero establece que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión» que incluye «la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras», si bien el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, «podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial», mientras que el segundo declara que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión», que «comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras» y añade que «se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo».

aplicación de la doctrina de la *Drittwirkung*, que utiliza a los derechos humanos como guía a la hora de interpretar las obligaciones entre privados (2019:12).

3. Las iniciativas de reforma y sus razones

En estos momentos hay iniciativas legislativas en curso, tanto en Norteamérica como en Europa, para modificar el régimen de responsabilidad, derechos y obligaciones en relación a los contenidos que se suben y circulan por Internet, que lógicamente afectan a la moderación de los mismos por las redes sociales. Todas ellas buscan cambiar el marco actual, el *statu quo*, constituido por la sección 230 de la CDA y la Directiva de comercio electrónico, que se entiende insuficiente y desbordado. Todas, además, han venido precedidas o acompañadas, según los casos, de otros proyectos normativos, medidas de regulación, comparecencias parlamentarias, investigaciones e informes y demandas judiciales, dirigidas a limitar y controlar el poder de las grandes empresas tecnológicas, no solo en cuanto a los contenidos, sino también a otras áreas como la privacidad, la defensa de la competencia, la fiscalidad o la propiedad intelectual. El impulso de reforma del régimen de los contenidos en Internet se sustenta, en definitiva, en una creciente toma de conciencia política y social sobre los problemas de todo tipo que plantean las redes sociales, esa «ventana con vistas al Hades» de la que habla Janan Ganesh[42], en un mejor conocimiento de la manera en que las redes disponen, filtran y

[42] Janan Ganesh, «Don't judge the US by its politics», *Financial Times*, 1 de junio de 2021. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 93/2021, de 10 de mayo de 2021 (recurso de amparo 3223-2019) , cuyo objeto era decidir si el contenido de un mensaje que la demandante de amparo publicó en su cuenta de Facebook, al día siguiente de la muerte del torero Víctor Barrio en la plaza de toros de Teruel, en el que le llamaba asesino y decía que no podía sentir su muerte, estaba amparado por el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), dijo que «[…] la generalización del uso de las redes sociales […] ha supuesto una transformación sin parangón del modelo tradicional de comunicación, dando lugar a un modelo comunicativo que, entre otras notas, se caracteriza por la fragilidad de los factores moderadores del contenido de las opiniones. Dicha transformación ha supuesto un drástico cambio en el perfil del emisor y también de los receptores, cuya facilidad para interactuar entre sí y con el emisor les distancia del carácter pasivo del modelo tradicional. Además estos, en muchas ocasiones, actúan con precaria conciencia de la proyección de las opiniones emitidas […]», FJ 2.

presentan los contenidos y de sus motivaciones económicas[43] y, por último, en el convencimiento generalizado de que la «espiral de privatización de la regulación» (Wagner, 2018: 219 y ss.) por la que los Gobiernos amenazan a las empresas con medidas draconianas, cuya adopción en realidad desean evitar (por costosas, impopulares o casi imposibles de aplicar), para forzar a aquellas a cambiar sus procesos de moderación y autorregularse no ha terminado de funcionar o, como mínimo, no lo ha hecho de forma medianamente satisfactoria. Por lo demás, y a diferencia de lo que ocurrió en la infancia del Internet comercial, cuando fue Estados Unidos quien sentó las bases del régimen legal de los contenidos en la red, ahora es Europa quien lidera la iniciativa de su reforma, como una muestra más del denominado «efecto Bruselas», que refleja, según Anu Bradford, que «el poder de la normativa de la Unión Europea para influir en los mercados globales ha crecido significativamente en las dos últimas décadas, particularmente en el área de la economía digital» (2020: 131-132).

Yendo, brevemente, al contenido concreto de las reformas propuestas, que comparten una orientación básica de exigencia de mayor responsabilidad a las redes sociales y control de sus actividades de moderación, hay que empezar por el proyecto de Ley de Servicios Digitales[44] presentado por la Comisión Europea, que no define lo que es «ilegal» en la red, ni afecta de modo directo a las disposiciones nacionales o comunitarias sobre la cuestión pero que establece, para las empresas (o plataformas, en sus propios términos) a las que va dirigido, obligaciones sobre la retirada del contenido *online*, medidas para luchar contra el contenido ilícito, mecanismos de denuncia y cooperación, para que usuarios y «alertadores fiables» *(trusted flag-*

[43] El modelo económico de las grandes plataformas online, entre ellas las redes sociales, ha dado lugar a un «capitalismo de vigilancia» que Shoshana Zuboff define como «un nuevo orden económico que considera la experiencia humana como materia prima para la realización de prácticas comerciales opacas de extracción, predicción y ventas» o a un «capitalismo de la información» (*informational capitalism*), que para Julie Cohen constituye «una alineación del capitalismo como modo de producción y el "informacionalismo" como modo de desarrollo, orientado hacia la acumulación del conocimiento y a mayores niveles de complejidad en el procesamiento de la información, todo ello para extraer y apropiarse de excedentes de los usuarios».

[44] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, 15 de diciembre de 2020.

gers) notifiquen la existencia de tal contenido, salvaguardias para los usuarios cuyo contenido haya sido erróneamente eliminado, la posibilidad de impugnar decisiones de las plataformas sobre moderación de contenidos, la armonización de las exenciones de responsabilidad legal para las plataformas, medidas de transparencia de amplio alcance, que incluyen los algoritmos utilizados para las recomendaciones, poderes para investigar cómo trabajan las plataformas, entre ellos el acceso a datos clave y, en fin, la consideración como «sistémicas» para las plataformas usadas por más de un 10% de la población europea (45 millones de usuarios), lo que las sujetará, no solo a obligaciones específicas, sino también a una nueva estructura de supervisión, con capacidad de imponerles sanciones de manera directa[45].

Por lo que respecta a Estados Unidos, el proyecto de Ley de Tecnología Segura[46] busca la reforma de la sección 230 de la CDA para alcanzar tres objetivos: primero, limitar el objeto de su inmunidad, que cubrirá cualquier tipo de «discurso» pero no de «información», y excluir a los anuncios y contenidos de pago; segundo, hacer que sea el demandado quien, para poder beneficiarse de la inmunidad, soporte la carga de la prueba de que es, en realidad, el prestador de un servicio informático interactivo; y, tercero, restringir el alcance de la cláusula del «buen samaritano», para permitir que el demandante pueda solicitar medidas cautelares cuando el prestador del servicio no actúe en caso de contenido que pueda causar, con probabilidad, un daño irreparable.

Finalmente, en el Reino Unido, el proyecto de Ley de Seguridad *Online*[47] impone a redes sociales y plataformas que permitan conectar usuarios una obligación general de cuidado (*duty of care*), que incluye, entre otras, obligaciones específicas de evaluación de

---

[45] La nueva estructura de supervisión propuesta por el proyecto de Ley de Servicios Digitales incluye la creación de un consejo de Coordinadores Nacionales de Servicios Digitales y la atribución de poderes especiales para la Comisión en la supervisión de las plataformas de naturaleza sistémica.

[46] Safe Tech Act (Safeguarding Against Fraud, Exploitation, Threats, Extremism and Consumer Harms Act), propuesta el 8 de febrero de 2021 por el senador demócrata Mark Warner y copatrocinada por las senadoras Mazie Hirono y Amy Klobuchar, también demócratas.

[47] Draft Online Safety Bill, presentado al Parlamento por el Ministro de Estado de Cultura y Digital en mayo de 2021.

riesgos del contenido ilegal, de impactos sobre derechos de libertad de expresión y privacidad, de reporte y notificación y de ofrecimiento de acciones y soluciones, así como obligaciones para proteger contenido que revista «importancia democrática»; además, el proyecto establece cuantiosas multas (de hasta 18 millones de libras o equivalentes al 10% de los ingresos totales anuales) para las empresas que no retiren contenido ilegal o dañino (como propaganda terrorista o abuso sexual infantil), y confiere competencias de supervisión y aplicación de la ley a *Ofcom*, el regulador británico de las telecomunicaciones[48].

IV. El debate sobre la moderación de contenidos en las redes sociales

Si bien una mayor conciencia social y política sobre los problemas que plantean los contenidos en las redes a individuos, grupos, comunidades y Estados democráticos, ha sido clave en la formulación de las iniciativas de reforma antes citadas (y lo seguirá siendo, seguramente, en la materialización de las mismas, cuando eso ocurra y con el contenido final con que se produzca), el debate de ideas y propuestas –jurídicas, filosóficas, regulatorias o económicas– sobre esa cuestión ha tenido, y sigue teniendo, aparte de valor intelectual y ético, una relevancia práctica, ya que ha contribuido a aumentar el interés y el conocimiento (esto es, la conciencia) sobre la moderación de contenidos en las redes sociales y ha inspirado principios y normas que han sido incorporados a los proyectos de nueva legislación.

El debate en cuestión no es solamente académico, aunque sí lo sea de forma predominante: participan en él profesores destacados de Derecho constitucional norteamericano, como Cass Sunstein, Tim Wu o Jack Balkin, de Derecho europeo como Alexandre de Streel y especialistas en Derecho y Tecnologías, como Frank Pasquale, Kate Klonick, Julie Cohen o Nicolas Suzor, pero también otro tipo de profesionales, como la periodista Rana Foroohar o el escritor e informático Jaron Lanier. No se encuentra, tampoco, estrictamente limitado a unas fechas concretas, aunque todas las aportaciones

[48] Según el comentarista Mark Scott, la iniciativa británica «intenta situarse a medio camino entre las normas del proyecto de Ley de Servicios Digitales de la Unión Europea y el enfoque más *laissez-faire* de los Estados Unidos» *Politico*, 12 de mayo de 2021.

principales son relativamente recientes, en torno a los últimos cinco años, ni circunscrito a un área geográfica muy específica, si bien hay una mayoría de autores norteamericanos, algunos europeos y unos pocos australianos y canadienses. No sigue el debate, por lo demás, un itinerario de argumentación, crítica y refutación, y sucesivas réplicas y dúplicas, pero sí participa de un mismo marco de análisis y de unas preocupaciones comunes y en él coinciden monografías extensas, como las de Sarah T. Roberts (2019) o Tarleton Gillespie (2018) con artículos, comentarios y notas de distinta extensión y empaque.

Los autores que participan en el debate sobre moderación de contenidos en redes sociales recurren con cierta frecuencia a analogías y metáforas para ilustrar, reforzar o justificar sus propuestas. A fin de cuentas, es razonable trazar una relación de semejanza entre cosas distintas (por ejemplo, la televisión por ondas terrestres y el Internet) para defender o criticar un régimen normativo determinado para la más nueva de ellas, o menos regulada. Igual ocurre cuando se pretende hacer una comparación tácita entre un concepto con un sentido recto ya establecido y otro distinto (por ejemplo, la «plaza del pueblo» o el «libre mercado» con el Internet) con la intención de atribuir a uno de los términos de comparación, habitualmente el menos explorado, notas o elementos de la caracterización o de la regulación del otro. En el caso de la analogía, se busca el apoyo para una determinada regulación en el pasado, mientras que en el de la metáfora, se proyecta un cierto presente hacia el futuro. Así, se han buscado analogías de las redes sociales, que son plataformas privadas que ofrecen de manera pública y gratuita servicios y productos a usuarios de todo tipo y a cambio de contraprestación a anunciantes y publicitarios, con entidades como la *company town*, comunidad comercial y residencial creada por una empresa, propietaria además de la mayor parte de sus casas y comercios, para uso público o el *shopping mall*, espacio privado comercial que puede ser ocasionalmente foro de expresión, y ello para argumentar que las redes sociales tienen la consideración de «agentes estatales» y están, en consecuencia, vinculados por la Primera Enmienda, de manera que no pueden afectar con su actividad de moderación la libertad de expresión de los usuarios[49]. Lo mismo ha

[49] Resulta interesante la caracterización que hace el Tribunal Federal de Apelación para el Segundo Circuito en *Knight Institute v. Trump* (2019) de la cuenta gubernamental

ocurrido con otras industrias o negocios, como el agua, la electricidad, los ferrocarriles, las navieras, la radio, la televisión o las telecomunicaciones, para mantener que, al igual que todas ellas, las redes sociales son «canales esenciales de comunicación», a las que se puede aplicar, respectivamente, el régimen del servicio público (*utilities*), la doctrina de las instalaciones esenciales (*essential facilities*), el derecho común del transporte (*common carriage*), la doctrina de la equidad (*fairness doctrine*) del audiovisual o el principio de neutralidad de la red (*net neutrality*)[50].

En cuanto a la metáfora, aparecen en el debate con alguna frecuencia, al igual que ha ocurrido antes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos[51], referencias a conceptos de prestigio, bien asentados en la historia de la filosofía política y jurídica, como «neutralidad», «contrato social», «constitucionalismo», «esfera pública» o «mercado de las ideas», que se usan como apoyo, e incluso fundamento, de propuestas de regulación. Esto no tiene nada de extraño ya que, como señala Oreste Pollicino, «el lenguaje metafórico encaja muy bien con el razonamiento jurídico, pero debe de manejarse con propiedad y cuidado» (2020:14). Así, si la atención se fija en el «mercado de las ideas», una expresión hoy generalizada para aludir a la situación descrita por John Stuart Mill donde los individuos intercambian ideas libremente como mejor forma de separar lo verdadero de lo falso, cuesta concluir que las redes sociales, por

---

del Presidente Trump en Twitter como «foro público limitado».

[50] Sobre este punto, ver Keller (2019:15-17).

[51] Sobre el concepto de «plaza pública», el Tribunal Supremo ha caracterizado en *Packingham v. North Carolina* (2017) a las redes sociales como la «moderna plaza pública»y ha reconocido que «el ciberespacio es el lugar más importante […] para el intercambio de puntos de vista».

Sobre el mercado de ideas, es famoso el disenso del Juez Oliver Wendell Holmes Jr. en *Abrams v. United States* (1919): «…pero cuando los hombres se han dado cuenta de que el tiempo ha trastornado a muchas convicciones en lucha, pueden llegar a creer, incluso más de lo que creen en los fundamentos mismos de su propia conducta, que el deseado bien supremo se alcanza mejor mediante el libre comercio de ideas – que la mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento para lograr la aceptación en la competencia del mercado, y que esa verdad es la única base sobre la cual sus deseos pueden llevarse a cabo con seguridad». Ver también, al respecto, *Gertz v. Welch* (1974), donde se dice que «bajo la Primera Enmienda no existe algo que sea una idea falsa. Por perniciosa que pueda parecer una opinión, dependemos para su corrección, no de la conciencia de jueces y jurados, sino de la competencia de otras ideas».

su vinculación inescindible con la publicidad comercial, la continua recogida de datos personales de sus usuarios, la monitorización de sus interacciones y los complejos algoritmos que filtran, ordenan y priorizan el contenido que en ellas se vierte, sean un «mercado» en el que las ideas compitan libremente[52]. Ocurre que, como dice Vincent Blasi, «los mercados de "bienes y servicios" generan precios y niveles de producción», mientras que «el mercado de las "ideas" genera una serie de creencias individuales y, de alguna forma, […] observaciones y argumentos»; son dos planos tan diferentes que la metáfora que trate de relacionarlos tenderá a ser engañosa (2004:8). Otros argumentos críticos de la capacidad explicativa del «mercado de las ideas» se refieren a la distancia que existe entre el sistema económico vigente cuando el concepto empezó a usarse en la filosofía política y jurídica (el capitalismo liberal de mediados del siglo XIX al primer tercio del siglo XX) y el sistema de las primeras décadas del siglo XXI (neoliberalismo, o capitalismo de vigilancia, o capitalismo de la información), que invalida cualquier propósito de comparación, o a la asimetría de poder y capacidad de influencia que preside la relación entre redes sociales y usuarios. Algo parecido ocurre con el concepto de «esfera pública», que se desarrolló en la posguerra de la Segunda Guerra Mundial, tras la publicación en 1962 del libro *Strukturwandel der* Öffentlichkeit de Jürgen Habermas[53]. Allí, Habermas sostenía que la Edad Moderna había contemplado una transformación estructural de la manera en que «lo público» y «la publicidad» se practicaban, y que la emergencia de la «esfera pública burguesa», coincidente y, en buena medida, constitutiva del proyecto filosófico de la Ilustración, suponía que los individuos privados podían y debían discutir materias de interés común, de manera racional y desinteresada, y así contribuir a conseguir mejores comunidades políticas. La «esfera pública» no solo era un «ideal normativo», una aspiración elevada que perseguir, sino un «hecho histórico», algo que realmente se había producido en una época concreta: la *coffeehouse* inglesa, el salón francés, el club de cena alemán. Pero, como señala Brian Cowan, lo que una vez se pensó

[52] Sobre este punto, ver Lombardi (2019: 209).

[53] La obra fue traducida al inglés como «The Structural Transformation of the Public Sphere» y al español como «Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública».

como un fenómeno producido por una dialéctica histórica inexorable, se entiende ahora como algo que puede encontrarse en tiempos y espacios muy diferentes, cada uno con sus propias complejidades y variaciones locales. Así, los conceptos o formulaciones posteriores a Habermas de la esfera pública, como algunos de los que superficialmente aparecen en el debate sobre la moderación de contenidos, son más pluralistas y están menos enraizados en la narrativa del desarrollo histórico de Europa, y tienden a ver la relación entre «públicos» y «Estados» como mutuamente constitutiva, más que como la relación de dos entidades separadas o incluso antagónicas (Cowan, 2021). Se trata, también aquí, de trasplantar un concepto de prestigio, que ahora se refiere a un lugar donde se produce un debate crítico racional sobre asuntos de interés público, a las redes sociales. Pero si bien es innegable que las redes sirven, entre otras muchas cosas, para la difusión de ideas e información social, económica o política, tampoco se puede afirmar que sea, ni mucho menos, el contenido mayoritario que circula a su través. Las redes sociales no están pensadas ni diseñadas para hacer posible y facilitar la deliberación, y pese a que Facebook diga que la finalidad de sus normas comunitarias es «crear un espacio donde todo el mundo pueda expresarse y dar a conocer su opinión» y Twitter proclame que su objetivo es «servir a la conversación pública», la estrategia de ambas compañías se fija por objetivos comerciales y financieros, por número de usuarios, horas pasadas en la red e ingresos generados por la publicidad: esas son las métricas que determinan para sus directivos el éxito de las redes sociales y no su contribución a la consecución del bien común a través de la participación y la deliberación. Por si hiciera alguna falta, Frances Haugen la antigua empleada de Facebook a quien se ha hecho referencia al principio de este trabajo, lo ha vuelto a recordar recientemente.

Los autores que toman parte en el debate, en fin, no utilizan un mismo concepto de regulación sino que, por lo general, usan el término en un sentido más bien amplio y poco preciso. La regulación, en este contexto, se entiende como una intervención pública en la actividad privada de moderación que realizan las empresas de redes sociales, y que puede ir desde ser su complemento hasta operar como una sustitución plena de aquella. No se trata, pues, de una regulación entendida como «control sostenido y focalizado que ejerce

una agencia pública sobre actividades valoradas por la comunidad», según la definición clásica de Philip Selznick, sino que es vista desde «una perspectiva más amplia de aplicación de normas públicas y privadas dirigidas a la solución de problemas específicos» (Feyck y Werle, 2010: 525).

1. Una cuestión previa: la neutralidad

El primer embate teórico que recibe la moderación, entendida como capacidad de la red social para retirar el contenido que no sea apropiado según sus condiciones de servicio, y priorizar, ordenar, presentar o jerarquizar ese contenido según sus normas comunitarias y políticas de uso, proviene de la neutralidad. En Internet, la idea de neutralidad puede aplicarse en diferentes niveles: así, en el de la infraestructura que despliegan y mantienen los operadores de telecomunicaciones y aseguran la conectividad y el transporte de las señales[54], en el de los terminales que diseñan y producen los fabricantes de *hardware* y permiten disfrutar de servicios y productos en las redes, y, por último, en el de esos mismos servicios y productos que ofrecen las plataformas *online* y todo tipo de diferentes empresas a los usuarios finales. Pues bien, en el ámbito de los contenidos, tercero de los niveles reseñados, la neutralidad supondría permitir la circulación, sin restricciones, preferencias, interferencias ni cualificaciones de ningún tipo, de todo contenido legal por las redes sociales.

En este sentido, Frank Pasquale, crítico de las grandes tecnológicas y autor del libro *The Black Box Society* (2015), uno de los tempranos alegatos escritos contra el control que ejercen Gobiernos y empresas sobre los ciudadanos a través del uso de algoritmos secretos y *big* data, afirma que el objetivo central de la idea de neutralidad es impedir que intermediarios gigantescos distorsionen el comercio privado o la esfera pública, simplemente en virtud de su tamaño, de los efectos de red o de sus capacidades de vigilancia (2016), y se muestra de acuerdo con la apreciación del Consejo Nacional Digital francés (Conseil National du Numérique) de que «el principio de

[54] El concepto de «neutralidad de la red» implica que todas las comunicaciones transmitidas a través de una red han de ser tratadas de igual forma, con independencia de su contenido, aplicación, servicio, terminal, emisor y receptor (Wu, 2003: 141).

neutralidad debe de insertarse en el desarrollo de las plataformas digitales, para que su crecimiento no dificulte el uso de Internet como foro de creación, libre expresión e intercambio de ideas»[55].

Dos especificaciones del principio de neutralidad son la algorítmica y la de las interfaces de programación de las aplicaciones. La neutralidad algorítmica, según Tarleton Gillespie, se justifica porque a medida que nuestro discurso público *online* tiene lugar, cada vez más, en redes sociales, y que las empresas propietarias recurren a algoritmos complejos para gestionar y organizar cantidades masivas de contenido generado por los usuarios, que codifican opciones políticas determinadas, se hace preciso, si queremos que tales algoritmos sean dignos de confianza, que sean neutrales. O, lo que es lo mismo, y dicho así parece que sea tarea sencilla, que realicen un cálculo simple, neutral, sin filtros y sin intervención humana ni necesidad de manipulación que los haga «correctos» según cualquier criterio predeterminado o conformes con los intereses de las empresas que prestan el servicio (Gillespie, 2018). A su vez, la neutralidad en las interfaces de programación de las aplicaciones (*application programming interface* o *API*), que son descripciones técnicas sobre cómo usar o interactuar con determinadas aplicaciones, y que permiten, en última instancia, que aplicaciones sucesivas sean construidas de manera que puedan dialogar, entenderse y ser compatibles entre sí, es defendida por Jonathan Zittrain (2008). Para este autor, la falta de neutralidad en las *API* pone en peligro la creatividad de Internet, limita su desarrollo y conduce a la consolidación de redes cada vez más cerradas y sometidas a tecnologías patentadas, por lo que una manera muy directa y efectiva de evitarlo sería que todas las aplicaciones estuvieran, en el plano lógico, al alcance de todos por igual.

Por el contrario, Jack Balkin considera que la neutralidad solamente debe aplicarse a la provisión de los servicios básicos de Internet, a la conectividad y a la interoperabilidad, mientras que las redes sociales deben comprometerse en la moderación de los

[55] Otra versión de la neutralidad de las plataformas consiste en que estas no deberían poder discriminar entre quienes las utilizan para acceder a los mercados o vender en ellos sus productos o servicios, o que no deberían favorecer los propios productos y servicios de las plataformas frente a terceros que usen estas para acceder y vender en los mercados. Este sería el caso, por ejemplo, de Amazon en el comercio electrónico.

contenidos, algo que pueden hacer bien o mal, pero no eludir si actúan responsablemente. Balkin ve a las empresas de redes sociales como «curadores», organizaciones que tienen que cuidar «cosas valiosas» (como los conservadores de un museo, por ejemplo), y también como editores del discurso público. Para este autor, pues, el objetivo no es tratar de alcanzar una neutralidad ilusoria en cuanto a los contenidos, sino modular la organización y los incentivos de las empresas de redes sociales para orientarlas hacia la consecución de bienes públicos (2020). También se muestra en contra de la idea de neutralidad en los contenidos Daphne Keller, para quien una norma de difusión obligatoria *(must-carry)* aplicable a todo aquello que no fuera estricta e indudablemente ilegal equivaldría a una nacionalización de las redes sociales (2019).

2. Las posiciones en el debate sobre moderación de contenidos

A) El pesimismo radical

Hay autores enormemente críticos con las redes sociales, que las consideran tóxicas para los individuos y absolutamente irrecuperables para las sociedades democráticas. Jaron Lanier, informático, persona muy conocida entre los activistas de Internet y autor de un libro rotundo y provocador (*Ten Arguments for Deleting Your Social Media Accounts*, 2018), es uno de ellos. Lanier sostiene que las redes sociales son «imperios de modificación de las conductas» orientados a la adquisición de la atención de sus usuarios, a la indagación sobre sus vidas, a colmar de contenidos sus mentes, a dirigir interesadamente su comportamiento para ganar dinero con disimulo y engaño, a crear falsas multitudes y, en última instancia, una sociedad falsaria. Por ello, propone abandonar las redes sociales, porque para el individuo suponen, entre otras cosas, la pérdida del libre albedrío, la destrucción de la capacidad de empatizar, la infelicidad, la pérdida de la dignidad económica o la imposibilidad de participar en la política[56]. Ningún sentido tiene, pues, desde esa perspectiva, entrar en los detalles de cómo regular los contenidos en las redes sociales y mejorar la actividad de moderación.

---

[56] En esta línea hipercrítica, conjugando una diversidad de planos en el análisis, ver Peirano (2019).

B) La intervención pública en las redes sociales

En el siguiente escalón de autores críticos con el funcionamiento de las redes sociales, pero ya dentro del marco del debate, están quienes defienden una intervención pública en la moderación de los contenidos, con distintos grados de intensidad. En sus formulaciones más extremas, hay autores que proponen que el Estado se haga cargo y preste el servicio de redes sociales o que estas sean tratadas como servicios públicos que ofrecen acceso y moderación de contenidos a cambio del pago de una suscripción anual.

Rana Foroohar, por ejemplo, cree que es hora de que las empresas de redes sociales admitan que no son la moderna plaza pública, pese a la caracterización en contrario hecha por el Tribunal Supremo en *Packingham v. North Carolina* (2017), sino negocios publicitarios que monetizan contenidos, como cualquier otro negocio de medios, ya sea radio, prensa o televisión. Para Foroohar, las redes sociales tienen capacidad más que suficiente para evitar la difusión de contenidos ilegales y dañinos, y si no invierten lo bastante en ello es porque tal objetivo no está entre sus prioridades. Por consiguiente, esta autora cree que ha llegado el momento de adoptar medidas de largo alcance, como puedan ser la separación estructural de contenidos y comercio, que a su juicio servirá para lograr un panorama cultural más sano y competitivo, la regulación de las redes sociales como servicios públicos, un régimen de tributación riguroso y exigente y la conclusión de un *new deal* digital y una carta de derechos digitales, sin entrar en estos dos últimos puntos en mayores detalles (2019). Por su parte, Frank Pasquale considera que Facebook y Google han alcanzado el papel de reguladores globales de la comunicación, imponiendo de una manera prácticamente irrestricta normas a usuarios y anunciantes, razón por la cual resulta, a su juicio, de crucial importancia una intervención estatal en la esfera pública digital, que no puede quedar en manos de «plutócratas más interesados en los retornos económicos de sus acciones y los avances de la inteligencia artificial que en las instituciones democráticas básicas y en la sociedad civil» (2016). Para Tim Wu, uno de los académicos con trayectoria más extensa y sólida en el estudio de la materia y actual consejero del presidente Biden en política de tecnología y competencia, Facebook, Google o incluso Twitter son monopolios de información, no empresas normales, ya

que «comercian» en expresión individual y resultan claves para el funcionamiento de la democracia, por lo que merecen un tratamiento especial. El éxito de estas empresas y el nivel de concentración que han producido en el mercado ha tenido como efecto la aparición de nuevos cuellos de botella y de un problema de escasez de canales de comunicación, siendo así, según Wu, que si bien ahora resulta más fácil hablar, es más difícil ser escuchado si no se tiene acceso (o se impide el acceso) a los sitios donde está la mayoría de la gente. Wu, al igual que Foroohar, es partidario de medidas de separación estructural que establecerían una saludable distancia entre quienes controlan la red y la infraestructura, por una parte, los terminales y los puntos de acceso, por otra, y, en fin, la creación de los contenidos. Aunque Wu tampoco desciende a detallar cómo se podría implementar este principio de separación, parece bastante claro que el mismo conllevaría una labor de desintegración y reordenación de las redes sociales (2018). Dos autores menos conocidos, Blayne Haggart y Natasha Tusikov, que estudian sobre todo los regímenes de Canadá y Australia, creen también que Facebook o YouTube son monopolios, se manifiestan a favor de su regulación estatal y dicen, entre otras cosas, que la nacionalización de las redes sociales como bienes públicos es una opción a considerar (ponen como ejemplo el caso de la radiotelevisión canadiense), que los Gobiernos deberían implicarse más en la regulación de los algoritmos –para que estos respondan a prioridades determinadas democráticamente, en vez de reflejar los motivos económicamente egoístas de las empresas–, que la intervención gubernamental en las comunicaciones debe ir más allá de maximizar la interconexión y la interoperabilidad, que no toda regulación es un ataque a la libertad de expresión y que, en definitiva, los Gobiernos y las sociedades tienen legítimas razones para regular tanto Internet, en cuanto infraestructura y conjunto de redes, como los monopolios que han crecido en Internet, hasta dominar sectores enteros de actividad, ya se trate de búsquedas, redes sociales o publicidad *online*[57]. Para terminar con este grupo, Cass Sunstein, uno de

[57] B. Haggart y N. Tusikov (2021): «Regulating the Digital Economy in Three Parts: The Conclusion», www.cigionline.org

Ver también B. Haggart (2018): «Why not nationalize Facebook», *The Conversation*, 28 de marzo de 2018.

los constitucionalistas más prestigiosos, citados y prolíficos de los Estados Unidos, enfatiza la necesidad, en su reflexión sobre las redes sociales, de distinguir «ciudadano» de «consumidor» y «libertad» de «elección». Para Sunstein, si se acepta que la libertad de expresión está entre los fundamentos de la ciudadanía democrática y que no puede ceñirse o identificarse con la soberanía en las elecciones del consumidor, entonces la regulación gubernamental de Internet no tiene por qué resultar inaceptable (o al menos, no una regulación que sea neutral desde el punto de vista del contenido). A Sunstein le preocupa, desde el punto de vista democrático, que los ciudadanos no tengan suficiente exposición a contenidos, materiales y opiniones diferentes de las que, por pura preferencia personal, elijan, que como sociedad se llegue a carecer de una base común de experiencias que impida compartir, y que desaparezca la capacidad de atender a cuestiones sustantivas sobre políticas públicas o sobre principios de moralidad que deban inspirar el gobierno de la sociedad. Sunstein cree que se debe aspirar a un «debate público más rico» y defiende la «libertad de los antiguos», entendida como participación activa y comprometida en la «república» y, en consecuencia, propone diversas medidas como crear dominios en Internet dedicados a la deliberación, publicar las conductas relevantes de las empresas que gestionan las redes sociales, fomentar la autorregulación voluntaria, subvencionar públicamente determinadas páginas web, imponer normas de disposición obligatoria *(must-carry)* en temas educativos y de interés público, y usar de forma creativa *links* y otros recursos tecnológicos, para llamar la atención de los ciudadanos sobre puntos de vista distintos a los que, comúnmente y de forma casi exclusiva, tienen acceso (2017).

C) La reforma público-privada de la moderación

Los autores incluidos bajo esta rúbrica mantienen puntos de vista distintos sobre el estado actual de la moderación de contenidos, siendo el de Klonick probablemente el más favorable, y realizan aproximaciones diferentes al objeto de estudio, destacando por su objetividad la del equipo dirigido por De Streel, en su informe para el Parlamento Europeo. Pero un rasgo fundamental que les une a todos es su apoyo a una mezcla de medidas, unas adoptadas en el ámbito de las empresas y otras aprobadas como legislación o regulación de

las mismas, como la opción preferida y más viable para mejorar ese estado de situación.

La contribución de Ben Wagner a la obra colectiva *Digital Dominance. The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple* (2018), que trata precisamente de las implicaciones económicas, sociales y políticas del control que esas grandes empresas ejercen sobre la esfera digital, consiste en un análisis del impacto de los «intermediarios dominantes» en que se han convertido las redes sociales, en la expresión individual y en el discurso social y colectivo. Wagner pide transparencia y mecanismos procesales de salvaguardia de los derechos de los usuarios, similares a los que existen en los ordenamientos jurídicos, ya que el papel dominante de las plataformas hace que estas no sean ya simplemente empresas privadas, sino proveedoras de bienes públicos importantes. Consecuentemente, según este autor, hay que regular para reflejar esa dualidad[58].

Para Nicolas Suzor, profesor e investigador australiano, autor de un libro importante sobre Internet y derecho –*Lawless. The Secret Rules that Govern Our Digital Lives* (2019)– y miembro, además, del Consejo de Supervisión de Facebook, las redes sociales son intermediarios de Internet que, a través del diseño de arquitectura, la capacidad de influir en normas y prácticas sociales y el poder de aplicar sus propias condiciones de servicio, normas comunitarias y políticas de todo tipo, tienen el poder de configurar y conformar la conducta y la comunicación en Internet. Suzor sigue, aquí, el planteamiento precursor de Lessig, para quien «derecho», «mercado», «normas sociales» y «arquitectura» son las cuatro fuerzas que regulan Internet, y el «código» (de programación) equivale a «derecho», ya que determina las posibilidades de uso, identificación, monitorización, o prestación de servicios o acceso a la información en Internet, entre otros extremos (1999). Bajando un nivel mayor de concreción, Suzor considera que el proceso de moderación de contenidos es falible, como lo son las propias leyes, pero, a diferencia de lo que ocurre con estas últimas, no está rodeado de una infraestructura

[58] En el mismo sentido Barack Obama en 2017, al urgir una reflexión de las redes sociales sobre sí mismas, que reconozca que son tanto un bien público como una empresa comercial, citado en V. Dhar (2021) «Nationalize Facebook and Twitter as public goods», *The Hill*, 15 de enero de 2021.

diseñada para disminuir la influencia de las decisiones individuales, la subjetividad de los decisores y la posibilidad de que aparezca el sesgo ideológico. Las normas que rigen el funcionamiento de las redes sociales no se determinan democráticamente ni están sujetas a revisión judicial, a lo que hay que añadir, según este autor, que el proceso de moderación es singularmente opaco. Ante una situación en la que los intermediarios *online* juegan un papel tan fundamental en la forma en la que los usuarios utilizan sus servicios, Suzor cree que hay que encontrar una manera para que las redes sociales tomen sus decisiones legítimamente. Para ello, y puesto que considera el «constitucionalismo», antes que nada, un modelo de limitación de poderes, propone uno de tipo digital que, sobre la base de los derechos humanos, sea capaz de limitar el poder de las plataformas *online*, mejorar y legitimar sus procesos de gobernanza, guiar a los Estados en la aprobación de las leyes necesarias, mejorar la transparencia, ampliar la participación en el proceso de toma de decisiones sobre moderación de contenidos y forzar a las empresas, en fin, a crear sus propios «límites constitucionales». Además de estas medidas, y de forma un tanto genérica y voluntarista, Suzor propone movilizar a las partes interesadas en este propósito reformista, resistir a los esfuerzos gubernamentales dirigidos a introducir mayores restricciones en Internet, crear nuevas colaboraciones entre distintas comunidades, grupos y organizaciones, así como alumbrar nuevas instituciones que sirvan para controlar a las grandes empresas tecnológicas y obligarlas a que rindan cuentas de su gestión, todo orientado al fin de alcanzar un Internet vibrante, diverso y responsable.

Por su parte, Kate Klonick, en un artículo muy influyente publicado en 2018 califica a las redes sociales como los «nuevos gobernadores» de la libertad de expresión, propone abandonar las tradicionales doctrinas y analogías regulatorias al uso para justificar su regulación y, en cambio, cree que hay que ver a las plataformas que prestan servicios de contenidos como «sistemas de gobernanza», responsables de dar forma y permitir la participación en una nueva cultura democrática, pero con una responsabilidad muy limitada hacia sus usuarios. Para Klonick, las empresas de redes sociales son entidades privadas que se autorregulan y que están económica y normativamente motivadas para reflejar la cultura democrática y las

expectativas de sus usuarios sobre la libertad de expresión. La autora opina que los mayores problemas que plantea este sistema privado de gobernanza a la cultura democrática radican en una doble ausencia de igualdad de oportunidades efectiva en cuanto al acceso y a la participación en las redes y de responsabilidad frente a sus usuarios, así como en la inexistencia de rendición de cuentas. La solución de estos problemas no va a llegar, según Klonick, por la vía de modificaciones parciales o de una redacción alternativa de la sección 230 CDA, o a través nuevas interpretaciones judiciales de la Primera Enmienda, sino mediante simples cambios en la arquitectura y en los sistemas de gobernanza de las plataformas. Klonick es optimista respecto a la capacidad de las redes sociales para evolucionar de una manera positiva, y cita como ejemplo el tránsito desde unas normas de decisión y conducta basadas sobre «criterios vagos, caprichosos y formulados *ad hoc*» a normas precisas y en constante proceso de mejora. En fin, si las empresas fallan en implementar esos cambios de diseño y gobierno propio que Klonick considera necesarios, habrá que abrir la puerta a la regulación, que tendrá que ser equilibrada , pragmática y realista, y partir, por ende, de lo que las plataformas hacen en sus operaciones cotidianas.

Gillespie, en su monografía sobre las redes sociales (2018: 197 y ss.), afirma que hay muchas cosas que las redes pueden hacer para mejorar la moderación de contenidos, como contratar más moderadores humanos, ofrecer más transparencia sobre sus actuaciones, contar con software de detección de contenidos inapropiados más preciso… Pero, en última instancia, tales medidas serían arreglos menores, una especie de parches, porque lo fundamental del mecanismo de las redes sociales seguiría averiado. Gillespie piensa en medidas más ambiciosas, de un mayor alcance, aunque reconoce, con una sinceridad que desarma, que las mismas pueden resultar «políticamente insostenibles, económicamente extravagantes y que, con toda seguridad, no van a ocurrir nunca», como el diseño de una transparencia «deliberada y accionable», la distribución colectiva de la moderación (para que sea una responsabilidad compartida por los usuarios de las redes), la protección de los usuarios cuando cambian de plataforma (algo que, por cierto, es norma habitual

en las empresas de telecomunicaciones desde hace años)[59], el rechazo del fundamento económico de la popularidad o la incorporación de diversidad real a las redes sociales. Gillespie propone, además, que las redes realicen una labor de recolección de las contribuciones de valor cívico que publican, así como que identifiquen y den visibilidad a los temas que preocupan a los usuarios, utilizando a tal efecto datos e inteligencia artificial. Este autor cree, a fin de cuentas, que las redes sociales deberían ser «custodios de Internet», esto es, organizaciones capaces de identificar asuntos de interés, apoyar un debate sobre los mismos enriquecido con datos y constituirse, así, como una especie de facilitador de la discusión pública.

Más claro y concreto como ejemplo de propuesta orientada a la reforma público-privada de la moderación de contenidos en las redes sociales es el informe preparado por Alexandre de Streel y una serie de colaboradores, de la Universidad de Namur y otras instituciones, a solicitud de la Comisión sobre Mercado Interior y Protección de los Consumidores del Parlamento Europeo (2020). En particular, en el informe se recomienda fortalecer la responsabilidad procesal de las plataformas *online*, incrementar el papel que juegan en cuanto a los contenidos los usuarios y los denominados «alertadores fiables» (*trusted flaggers*) para identificar los que resulten cuestionables, alinear responsabilidades con riesgos, mejorar la efectividad de la monitorización y de la aplicación de las normas en el cumplimiento de la ley y adoptar medidas complementarias de transparencia, de apoyo a periodistas y prensa, y de colaboración entre redes sociales, sociedad civil, academia y organizaciones no gubernamentales y demás partes interesadas. También en Europa, en una línea parecida, pero con un acento algo más crítico, Teresa Quintel y Carsten Ulrich (2020) ven a las redes sociales como importantes habilitadores de la libertad de expresión, con poderes casi-públicos, como «guardianes de acceso» (*gatekeepers*) a Internet y destacan que sus decisiones sobre contenidos están profundamente ensambladas en sus arquitecturas y afectadas, en la misma medida, por intereses comerciales. Por ello, creen que la autorregulación ya no resulta suficiente, siendo

[59] MacCarthy propone que el Congreso apruebe leyes procesales, de defensa de los consumidores, para regular prácticas de moderación de contenidos por las plataformas (2020).

precisa una mayor supervisión regulatoria. Para estos autores, hay que transitar hacia un régimen de corregulación, para ganar, no solamente en eficacia y mejora de resultados, sino también en términos de legitimidad democrática. Propugnan Quintel y Ulrich, en definitiva, la imposición a las redes sociales de una obligación general de cuidado (*duty of care*) definida conforme a principios de interés público y garantía de derechos fundamentales, y con inclusión de medidas de transparencia, rendición de cuentas y análisis de riesgos.

D) Los incentivos públicos para la reforma de las empresas

¿Pero, por qué hay que moderar el contenido?

Para responder a esta pregunta hay que entender bien, dice Jack Balkin, qué son las redes sociales y qué funciones cumplen (2020). Según este autor, las redes sociales son instituciones clave en la esfera pública digital del siglo XXI y, desde esta perspectiva, tienen las funciones de facilitar la participación, organizar la conversación y editar y asegurar la calidad de su contenido. Para Balkin, la esfera pública es el «hogar de la libertad de expresión», el lugar donde se realizan los valores de participación, cultura democrática y creación y difusión del conocimiento, que para él equivale al libre «mercado de las ideas»[60]. Pero una esfera pública no funciona sin instituciones dignas de confianza, dirigidas por profesionales y guiadas por normas de interés público, siendo así que, para Balkin, en la esfera pública del siglo XXI, ni existe el tejido conectivo de las instituciones necesarias para salvaguardar los valores de la libertad de expresión, ni las redes sociales cumplen sus funciones públicas, porque están guiadas por imperativos de mercado. Los modelos competitivos, sin intervención pública, no producirán por sí solos la clase de cultura y el conocimiento necesario para la realización de los valores de la libertad de expresión; o, por decirlo en otras palabras, producirán demasiados daños y muy pocos beneficios en términos de libertad de expresión, con independencia de que se financien a través de la publicidad o del

[60] Balkin parece seguir aquí el planteamiento de Thomas I. Emerson en su clásico *The System of Freedom of Expression* (1970), donde considera la libertad de expresión como un medio para conseguir la autorrealización individual, un proceso esencial para avanzar en el conocimiento y descubrir la verdad y un elemento esencial para que todos los miembros de una sociedad participen en el proceso de toma de decisiones que les afecten.

pago de suscriptores. Para Balkin, la conclusión es que hay que regular las redes sociales, porque nos interesa y preocupa la esfera pública digital, y el objetivo de tal regulación no puede ser otro que el de crear incentivos para que las redes sean instituciones responsables y dignas de confianza, capaces de promover una «sana y vibrante» esfera pública digital. ¿Cómo se consigue, pues, que empresas cuyo modelo de negocio está basado sobre la recolección masiva de datos y una publicidad fundamentada en comportamientos y pautas de conducta previamente observados, lleguen a ser ese tipo de instituciones? Pues Balkin responde que ofreciéndoles incentivos para que adopten normas profesionales y orientadas al bien público, y haciéndoles internalizar los costes que imponen a la sociedad, a través de medidas de derecho de la competencia (como incrementar el número de actores en el mercado, proceder a la separación estructural de las redes sociales de mayor tamaño…), privacidad (imposición de deberes de confidencialidad, cuidado de los datos y lealtad hacia los usuarios…) y de protección de consumidores (como una mayor inversión en moderación).

En una línea que guarda semejanzas con el planteamiento de Balkin, Dypayan Ghosh (2020) sostiene que lo fundamental para regular correctamente las redes sociales es centrarse en medidas que tengan impacto económico real sobre su modelo de negocio, en los ámbitos de la privacidad, la transparencia y la competencia. Este autor, que como otros tantos (e igualmente sin mayor detalle) propone también un nuevo contrato social digital, sostiene que Facebook está encantada con el debate sobre los contenidos, porque distrae la atención de otro debate más sustancial para la empresa, que es el relativo a la regulación económica. Ghosh cree que el tema de los contenidos es de carácter administrativo y no intelectual, (aunque añade, de forma que parece incongruente con lo anterior, que ha de abordarse para «salvar vidas, evitar la discriminación y proteger las elecciones»), y ha de plantearse atendiendo a políticas regionales y culturas diversas.

Siva Vaidhyanathan, quien en la parte positiva apunta que Facebook se ha convertido en el medio a través del cual más de dos mil millones de personas conducen sus vidas políticas, se conectan con quienes comparten intereses, pasiones, identidades y afiliaciones, se entretienen e informan, añade, en la negativa, que ha amplificado alguno de los peores hábitos de las personas y, sobre todo, ha perju-

dicado la capacidad para pensar colectivamente sobre los problemas sociales y políticos, y ha empobrecido instituciones de confianza para filtrar la calidad de la información, como la prensa (2018). Vaidhyanathan es escéptico ante las medidas regulatorias inspiradas por el derecho de la competencia, que califica como una «molestia menor» para las empresas, o relativas a los contenidos, que en su opinión suponen una vía aún más complicada e inefectiva, y apoya, sin embargo, una regulación de la privacidad como la de la Unión Europea. Su propuesta, en definitiva, consiste en limitar la capacidad de Facebook de rastrear todo lo que los individuos hacen y dicen en la red, así como las maneras en que puede usar los datos personales para influenciar conexiones sociales y actividades políticas. O dicho de una manera más sintética, hacer que Facebook importe menos[61].

E) Las propuestas participativas y comunitarias

En este epígrafe se consideran autores que enfatizan la participación y el compromiso de usuarios –en su condición de tales y como ciudadanos–, comunidades, asociaciones y organizaciones no gubernamentales como elemento capital para la reforma y mejora de la moderación de contenidos en las redes sociales.

Shannon Vallor, filósofa de la tecnología, constata que empresas como Facebook, YouTube o Twitter han transformado prácticas sociales, políticas e informativas, a nivel individual e institucional, por lo que cabe preguntarse si fomentan el ejercicio de la razón deliberativa, a la manera de Habermas, si fragmentan la esfera pública mediante la formación de «cámaras de resonancia» (*echo chambers*) y «filtros burbuja» (*filter bubbles)* y si facilitan actitudes políticas como el activismo o la desobediencia civil, entre otras cosas. Vallor estima, en cualquier caso que, si las redes sociales van a promover el fortalecimiento de la esfera pública «habermasiana» y las virtudes de un discurso público razonado (y ese es, en su propio análisis, un gran «si» de carácter condicional), los usuarios tendrán que movilizarse para explotar esa oportunidad y cultivar nuevas normas, valores y virtudes de cultura

[61] S. Vaidhyanathan (2021), «What if regulating Facebook fails», *Wired*, 2 de julio de 2021.

cívica, o por el contrario preparase para la llegada de la autodestrucción o de la tiranía impuesta por una masa ignorante (2015).

Daphne Keller (2019), por su parte, propone modelos híbridos de reforma, como atemperar la intervención de las plataformas de redes sociales, de manera que solo actúen contra contenidos que puedan considerarse muy ofensivos, así como aplicar leyes de moderación solo en el caso de que sean justas, transparentes y no discriminatorias, dejar siempre espacio en las redes para discursos minoritarios y de colectivos desfavorecidos, o abrir los servicios de la redes a terceros, para que estos puedan, a su vez, desagregar, introducir novedades y más competencia en el mercado, al igual que se hizo a finales del siglo pasado en las telecomunicaciones, y en línea con la propuesta de neutralidad en las interfaces de programación de las aplicaciones (Zittrain), antes mencionada. También autores como Kyle Langvardt (2019), que defiende la intervención gubernamental en las redes sociales y Harold Feld (2019), igualmente partidario de una profunda reforma del actual marco legal, hacen propuestas que implican una mayor participación social o comunitaria, como la entrega del control de la moderación de los contenidos a los usuarios, el primero, o la obtención de una diversidad de opiniones y contenidos representativos de amplios sectores de la sociedad, como resultado del uso de algoritmos más flexibles e «imperfectos» (*wobbly*), el segundo.

Por último, Sarah T. Roberts, en su obra *Behind the Screen. Content Moderation in the Shadows of Social Media* (2019: 201-202, 2017), probablemente el estudio más completo, detallado e incisivo sobre la cuestión, afirma que entender la moderación y a las personas que realizan ese trabajo es crucial para hacerse una idea cabal de Internet tal cual es. Y añade que si hoy esa actividad ha ganado prominencia en la conciencia pública y a los ojos de legisladores y reguladores en todo el mundo ha sido, en buena parte, porque una serie de investigadores interesados en el impacto social de Internet han hecho de ello un área de estudio propia, a menudo con poco apoyo y, en ocasiones, hasta con la hostilidad activa de la academia y de las empresas tecnológicas. Roberts se pregunta si la moderación de contenidos, realizada en nombre de las redes sociales más grandes del mundo, puede constituir un baluarte efectivo contra la manipulación, la explotación y la propaganda (que a veces tiene efectos mortíferos) o si todo lo negativo asociado a las

redes viene incluido en ellas por defecto, como algo inescindible de la operación de una industria que se basa en contenidos generados por usuarios y que, en consecuencia, puede instrumentalizarse fácilmente para producir resultados nefastos. Roberts, tras descartar la posibilidad de limitar la cantidad de contenido publicable en las redes sociales, por no considerarla realista y factible, ya que los contenidos son extremadamente valiosos para aquellas, propone implicar a las bibliotecas y a los bibliotecarios en la solución de los problemas de moderación, ya que son profesionales con buena formación y naturalmente orientados hacia el servicio público, que pueden asistir a los usuarios en sus necesidades de información, sin incurrir en los conflictos de interés que afectan a los empleados o contratados por las redes sociales.

F) Los defensores de la autorregulación

Aunque nadie llegue a defender, por ideal, inmejorable o simplemente bueno, el estado actual de la regulación de contenidos en las redes sociales, hay autores que consideran que mantener la autorregulación de las empresas, con las menores cortapisas, junto al interés que estas tienen en rebajar críticas de usuarios y partes interesadas y frenar amenazas de intervención de los poderes públicos, es la mejor de las alternativas posibles.

Así, Jeff Kosseff (2019) afirma que ni los jueces, que no responden lógicamente ante los usuarios de redes sociales por las sentencias que dicten imponiendo obligaciones o responsabilidades a las redes, ni los legisladores, que no tienen la capacidad ni están situados en la mejor posición para hacer juicios editoriales, ni tampoco el Gobierno, que carece de incentivos claros y precisos al respecto, deben ser guardianes de acceso (*gatekeepers*) del discurso *online*. Kosseff estima que esa función la tienen que cumplir las empresas de redes sociales, porque tienen la relación directa con los usuarios, quienes de alguna forma son sus «clientes», de manera que si no cumplen con sus expectativas podrán llegar a verse fuera del mercado, como les ocurrió a precursores como Friendster o MySpace, de los que ya pocos se acuerdan.

En la misma línea, John Samples (2019), que publica en el Instituto Cato, una entidad de simpatías «libertarias» (término equivalente, en la cultura política norteamericana, a ultra liberalismo o liberalismo conservador) sostiene que, pese a que lo pidan demócratas y republi-

canos al mismo tiempo, el Gobierno no debería regular la moderación de contenidos en las redes sociales, ni siquiera para alcanzar objetivos de equidad, equilibrio o de otro tipo. Primero, y sobre todo, porque la Primera Enmienda y la sección 230 de la CDA limitan enormemente la capacidad gubernamental para regular el discurso en Internet. Y luego, porque a este autor no le parecen convincentes ninguno de los argumentos que se dan a favor de la intervención: ni el del poder de mercado –ya que las redes sociales hoy populares y dominantes podrían dejar de serlo mañana y existen, además, alternativas para quienes no tengan acceso o hayan sido excluidos de una determinada red–, ni el de la creación de «filtros burbuja» (*filter bubbles*) que impiden la deliberación democrática –ya que su evidencia empírica no es sólida, y si lo fuera habría pocos remedios para ese problema que fuesen compatibles con la Constitución–, ni el de la lucha contra el discurso violento –que puede ser efectivamente regulado por el Gobierno, pero limitado a terrorismo y casos severos–, ni el de la preocupación por la interferencia extranjera en la elecciones –que a juicio de Samples se ha exagerado indebidamente, más allá de que los extranjeros pueden expresarse en términos constitucionalmente admisibles con ciertas condiciones–, ni el de la prevención de los daños causados por la desinformación o el discurso del odio –que excede la jurisdicción del Gobierno–. Para Samples, las redes sociales tienen una presunción de legitimidad para retirar de sus espacios contenidos que resulten indeseables o dañinos y les corresponde, dice, impedir que intervengan funcionarios públicos deseosos de suprimir o restringir la libertad de expresión en nombre del «bien público». Samples afirma que a los líderes de esas empresas les puede resultar incómodo o penoso tener que tomar ese tipo de decisiones, que son complejas y peligrosas; pero, a fin de cuentas, es su trabajo y nadie más puede hacerlo por ellos.

V. Conclusión

En el debate sobre la moderación de contenidos en las redes sociales es frecuente el recurso a analogías con regímenes como los del transporte, la prensa, la televisión o las telecomunicaciones así como a categorías como las de «servicio público», «instalaciones esenciales» o «neutralidad de la red». También lo es la invocación de conceptos

con tradición en la historia de la filosofía política y jurídica, como «contrato social», «constitucionalismo», «esfera pública» o «mercado de las ideas», de forma metafórica y, en general, eufemística. Unas y otras, analogías y metáforas, sirven de apoyo, e incluso basamento, a muchas de las propuestas examinadas. Pero sin negarles por completo cualquier tipo de utilidad o valor explicativo, su uso, en particular en el caso de las metáforas, que tienen un mayor componente de sugestión o de proyección hacia el futuro, entorpece más que aclara la cuestión debatida y, en definitiva, no ayuda especialmente a encontrar vías plausibles para su solución. El recurso a analogías y metáforas en este debate hace que, en ocasiones, se puedan dar por supuestas ciertas afirmaciones sin estar suficientemente justificadas (por ejemplo, ¿quién ha atribuido funciones públicas a las redes sociales?), y se idealicen rasgos de los conceptos que se comparan o proponen como respuesta para un problema determinado, sin suficiente concreción (así, ¿qué supone hablar de un «contrato social digital», o un «constitucionalismo digital», aparte de que suene bien y garantice, de entrada, una aceptación casi unánime?).

Una buena respuesta del Estado democrático al problema de la moderación de los contenidos por las redes sociales no debe fundamentarse en propuestas que nieguen a las empresas realizar esta actividad, como puedan ser las de nacionalización, imposición de obligaciones de servicio público, o exigencia de neutralidad respecto a todos los contenidos que no sean abiertamente ilegales. En un plano normativo, el Estado no debe interferir en la libertad de las empresas que ofrecen servicios de redes sociales y ha de mantenerse neutral tanto respecto al estilo, orientación, normas de conducta y valores que una red social proponga como en cuanto a las preferencias, opiniones y gustos que sus usuarios expresen en un marco de libertad y respeto a la ley. No parece que el establecimiento y gestión de redes sociales públicas (alternativas o sustitutivas de las redes privadas actuales) deba ser considerada una función esencial del Estado democrático, o al menos es algo que no ha quedado convincentemente demostrado en el debate, y, como cuestión de hecho, no existe seguridad alguna de que el Estado sea capaz de gestionar eficazmente tales servicios. Tampoco son plausibles, en términos prácticos, las propuestas que pretenden, creativa y novedosamente, encomendar la moderación a una hipotética comunidad de actores públicos y privados, vagamente

descrita en el mejor de los casos, o socializar, dispersar o «distribuir» esta actividad, para intentar la superación, de esta forma, del conflicto de intereses ínsito en el modelo de negocio de las redes (negocio de publicidad versus «bien público»). La evanescencia o la falta de concreción de muchas de ellas contrastan frontalmente con la realidad y las magnitudes de las redes sociales, que nos dan cuenta de las dificultades y limitaciones con que se topan las iniciativas individuales y la indiferencia o pasividad generalizada de los usuarios frente a las demandas de mayor participación y compromiso en la gestión de las redes. Pero la solución no puede ser, desde luego, seguir confiando, sin más y frente a casi todas las evidencias, en las bondades, al menos comparativas, de la auto-regulación, así como en la capacidad de regeneración de las grandes empresas tecnológicas, o en el cumplimiento de sus compromisos, frecuentemente ignorados. El Estado democrático debe, por el contrario, exigir mediante ley, e incluso normas constitucionales, mayores responsabilidades a las empresas de redes sociales. Esa es la línea que siguen, en lo principal, las iniciativas de reforma del marco legal de la moderación de contenidos que aquí se han considerado, y también un buen número de las aportaciones al debate sobre la cuestión. El Estado tiene que permitir a las empresas como Facebook, YouTube o Twitter tomar decisiones legales, con todas las consecuencias, sobre el tipo de servicios y productos que quieran ofrecer a sus usuarios. Pero también ha de sancionar sus incumplimientos, tratarlas sin la deferencia con que lo ha hecho hasta bien recientemente , y recuperar un espacio público para la participación y la deliberación social, no interviniendo foros ya existentes, como puedan ser las propias redes, ni planteando la creación de otros nuevos, sino fortaleciendo las instituciones y los procesos de la democracia representativa.

Bibliografía

Balkin, J. (2014). Old School/New School Speech Regulation. *Harvard Law Review*, 127, pp. 2296-2342.

—(2020). How to Regulate (and Not Regulate) Social Media. *Knight First Amendment Institute at Columbia University*. https://knightcolumbia.org/content/how-to-regulate-and-not-regulate-social-media

Baldwin, R., Cave, M. y Lodge, M. (2012). *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press.

Blasi, V. (2004). Holmes and the Marketplace of Ideas. *Supreme Court Review*, 2004, pp. 1-46.

Bradford, A. (2020). *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*. Oxford University Press.

Cohen, J.E. (2019). *Between Truth and Power. The Legal Constructions of Informational Capitalism*. Oxford University Press.

Cowan, B. (2021). Public Sphere. En A. Blair, P. Duguid, A.J. Goeing y A. Grafton (eds.), *Information: A Historical Companion*. Princeton University Press.

Daskal, J. (2019). Speech Across Borders. *Virginia Law Review*, 105 (8), pp. 1605-1666.

De Streel, A. *et al.* (2020). *Online Platforms' Moderation of Illegal Content Online*. Study for the committee on Internal Market and Consumer Protection, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament. doi:10.2861/831734

Feick, J. y Werle, R. (2010). Regulation of Cyberspace. En R. Baldwin, M. Cave y M. Lodge (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation* (pp. 523-547). Oxford University Press.

Feld, H. (2019). *The Case for the Digital Platform Act: Market Structure and Regulation of Digital Platforms*. Roosevelt Institute.

Foroohar, R. (2019). *Don't be evil. How Big Tech Betrayed its Founding Principles and All of Us*. Currency.

Ghosh, D. (2020). *Terms of Disservice. A New Digital Social Contract for Our Technological Future*. Brookings Institution Press.

Gillespie, T. (2018). *Custodians of the Internet. Platforms, Content Moderation and the Hidden Decisions that Shape Social Media*. Yale University Press.

Keller, D. (2019). Who Do You Sue? State and Platform Hybrid Power over Online Speech. *Aegis Series Paper*, 1902. https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/who-do-you-sue-state-and-platform-hybrid-power-over-online-speech_0.pdf

Klonick, K. (2018). The New Governors: The People, Rules and Processes Governing Online Speech. *Harvard Law Review*, 131, pp. 1598-1670.

Kosseff, J. (2019). *The twenty-six words that created the Internet*. Cornell University Press.

Langvardt, K. (2019). A New Deal for the Online Public Sphere. *George Mason Law Review*, 26, pp. 341-394.

Lanier, J. (2018). *Ten Arguments for Deleting Your Social Media Accounts Right Now*. Macmillan.

Lessig, L. (1999). *Code and other Values of Cyberspace*. Basic Books.

Lombardi, C. (2019). The Illusion of a "Marketplace of Ideas" and the Right to Truth, *American Affairs*, 3 (1), pp. 198-209.

MacCarthy, M. (2020). A consumer protection approach to platform content moderation in the United States. En B. Petkova y T. Ojanen (eds.), *Fundamental Rights Protection Online .The Future Regulation of Intermediaries* (pp. 115-139). Elgar.

Pasquale, F. (2016). Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power. *DigitalCommons@UM Carey Law*, 1603.

Peirano, M. (2019). *El enemigo conoce el sistema*. Debate.

Pinkus, B. M. (2021). The Limits of Free Speech in Social Media. *Accessible Law*, Spring 2021 Issue. https://accessiblelaw.untdallas.edu/limits-free-speech-social-media

Pollicino, O. (2020). Metaphors and judicial frame: why legal imagination (also) matters in the protection of fundamental rights in the digital age. En B. Petkova y T. Ojanen (eds.), *Fundamental Rights Protection Online. The Future Regulation of Intermediaries* (pp. 2-15). Elgar.

Quintel, T. y Ulrich, C. (2020). Self-regulation of fundamental rights? The EU Code of Conduct on Hate Speech, related initiatives and beyond. En B. Petkova y T. Ojanen (eds.), *Fundamental Rights Protection Online. The Future Regulation of Intermediaries* (pp. 197-229). Elgar.

Roberts, S. T. (2017). Content moderation. En L. Schintler y C. McNeely (eds.), *Encyclopedia of Big Data*, Springer.

—(2019). *Behind the Screen. Content Moderation in the Shadows of Social Media*. Yale University Press.

Samples, J. (2019). Why the Government Should Not Regulate Content Moderation of Social Media. Cato Institute.

Sunstein, C. (2017). *#Republic: divided democracy in the age of social media*. Princeton University Press.

Suzor, N. (2019). *Lawless. The Secret Rules that Govern Our Digital Lives*. Cambridge University Press.

VAIDHYANATHAN, S. (2018). *Anti-social media. How Facebook Disconnects Us and Undermines Democracy*. Oxford University Press.

VALLOR, S. (2015). Social Networking and Ethics. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. https://www.researchgate.net/publication/335970815_The_impact_of_social_networking_on_business_and_business_ethics

VOLOKH, E. y FALK, D. (2012). Google: First Amendment Protection for Search Engine Search Results. *Journal of Law, Economics and Policy*, 8 (4), pp. 883-900.

WAGNER, B. (2018). Free Expression? Dominant Information Intermediaries as Arbiters of Internet Speech. En M. MOORE y D. TAMBINI (eds.), *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple* (pp. 219-240). Oxford University Press.

WU, T. (2003). Network Neutrality, Broadband Discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, p. 2, p. 141.

—(2018). Is the First Amendment Obsolete? *Michigan Law Review*, 117 (3), pp. 547-581.

ZITTRAIN, J. (2008). *The future of the Internet– and How to Stop It*. Yale University Press.

ZUBOFF, S. (2019). *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. Public Affairs.

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 313-344
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1615

LIBERTAD PERSONAL VERSUS PRISIÓN PROVISIONAL: UN DERECHO MINUSVALORADO POR RAZONES ANACRÓNICAS

PERSONAL LIBERTY VERSUS PRE-TRIAL DETENTION: AN UNDERVALUED RIGHT FOR ANACHRONISTIC REASONS

Sara Turturro Pérez de los Cobos
Investigadora Postdoctoral
Universidad de Alcalá de Henares
https://orcid.org/0000-0002-3814-8954

Fecha de recepción del artículo: mayo 2021
Fecha de aceptación y versión final: julio 2021

RESUMEN

En la primera parte del artículo, se analizan las razones por las que urge llevar a cabo una reforma del régimen de la prisión provisional en España para adecuarlo a las exigencias constitucionales. En la segunda, se examinan una serie de ideas para reducir el uso excesivo que se hace de esta medida en nuestro país. Algunas de estas ideas ya están previstas en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Otras medidas se han extraído de las reformas iniciadas recientemente en diversos Estados miembros del Consejo de Europa para reducir el número de presos preventivos. La mayoría de estos cambios se abordaron para dar cumplimiento a varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: prisión provisional, presos preventivos, Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 17 de la Constitución española, Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

The first part of the article analyses a number of reasons why pre-trial detention regime needs to be reformed in order to adapt to the constitutional requirements in Spain. The second part examines a series of ideas to reduce

the use of pre-trial detention in Spain. Some of these ideas are already provided for the 2020 Draft law to reform Criminal Procedure Code. Other measures have been taken from other member States of the Council of Europe which need to reduce the number of their pre-trial prisoners. Most of these reforms were addressed to comply with several judgements of the European Court of Human Rights.

Keywords: pre-trial detention, pre-trial prisoners, Draft law to reform Criminal Procedure Code, article 17 of the Spanish Constitution, Constitutional Court, European Court of Human Rights.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PRISIÓN PROVISIONAL DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. III. RAZONES PARA LA REFORMA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN ESPAÑA. *1. No es una medida eficaz para la reinserción de los encausados. 2. Es una de las principales causas de la sobrepoblación carcelaria en Europa. 3. No es la mejor opción en tiempos de pandemia. 4. No es rentable en términos económicos.* IV. IDEAS PARA LA REFORMA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL: EL ANTEPROYECTO DE LA LECRIM Y UNA MIRADA DESDE EUROPA. *1. Limitar el tipo de delitos que pueden conllevar su adopción. 2. Definir de forma más clara sus fines. 3. Ampliar el abanico de medidas alternativas. 4. Fomentar la aplicación de medidas alternativas. 5. Crear un juez especial que decida sobre su conveniencia. 6. Acortar los plazos de la instrucción. 7. Reducir su duración. 8. Revisar periódicamente la decisión por la que se impone. 9. Introducir un recurso contra la decisión que la impone. 10. Introducir nuevas reglas sobre la forma de descontar el tiempo que el preso ha pasado en prisión provisional.* V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

En la primera parte del artículo, se analizan una serie de razones por las que urge llevar a cabo una reforma del régimen de la prisión provisional en España. La prisión provisional es admitida en todos los ordenamientos jurídicos como un mal necesario. Sin embargo, para evitar que esta medida vulnere el derecho a la libertad personal de los encausados[1], establecido en el artículo 17 de la Constitución española (a partir de ahora CE), el Tribunal Constitucional viene exigiendo que la decisión de la prisión provisional respete una serie de principios. Así, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, la prisión provisional debe ser una medida excepcional, subsidiaria, provisional y proporcional. El problema es que, tal y como se analizará en este artículo, estos principios no se respetan en la realidad de las cosas, a pesar de que sí se encuentran reconocidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en mayor o menor medida.

Además, es importante señalar que el abuso de la prisión provisional conlleva innumerables consecuencias negativas. La prisión provisional no parece ser una medida eficaz a la hora de cumplir con el principio de reeducación y reinserción social establecido en el artículo 25.2 de la CE. Por otro lado, los presos preventivos no pueden acceder a ningún tipo de tratamiento resocializador ni gozan de ningún tipo de beneficio penitenciario, como, por ejemplo, permisos o salidas de fin de semana.

La prisión provisional conlleva muchas otras desventajas. El excesivo número de presos preventivos es una de las principales causas de la sobrepoblación carcelaria en Europa. Es cierto que el hacinamiento en las prisiones no es algo nuevo para muchos sistemas penitenciarios europeos. Sin embargo, la crisis sanitaria de la covid-19 ha hecho más evidente que nunca la necesidad de reducir el número de presos, y de presos preventivos, en particular.

---

[1] En este artículo se usa el término *encausado*, que es el vocablo que se usa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) en sustitución del anterior término *imputado* conforme establece el número 2 del apartado veintiuno del artículo único de la Ley Orgánica (LO) 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica («BOE» de 6 de octubre).

Por último, aunque no por ello menos importante, la prisión provisional supone un gran desembolso para las arcas del Estado. No solo por el tiempo que el encausado pasa en prisión, sino también por la posible indemnización que tendrá derecho a obtener en el caso de que se demuestre su inocencia. En este sentido, cabe destacar que la «factura» que debe pagar el Estado en estos casos se ha visto incrementada considerablemente tras la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 85/2019, de 19 de junio, que ha facilitado la obtención de una indemnización por prisión preventiva indebida seguida de una absolución.

En la segunda parte del artículo, se examinan una serie de ideas para reducir el uso excesivo que se hace de esta medida en nuestro país. Algunas de estas ideas ya están previstas en el Anteproyecto de reforma de la Ley del Enjuiciamiento Criminal de 2020. En esta nueva norma se apuesta por regular la prisión provisional desde una perspectiva más garantista de los derechos fundamentales en juego, al tiempo que se aprovechan las posibilidades que hoy ofrece el uso de medios tecnológicos. Otras medidas se han extraído de las reformas iniciadas recientemente en varios países europeos para reducir el número de presos preventivos. La mayoría de estos cambios se abordaron para dar cumplimiento a varias sentencias del Tribunal de Estrasburgo. En concreto, las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles han impulsado decididamente la modernización de las normas que regulan esta medida cautelar en varios Estados miembros del Consejo de Europa.

II. La prisión provisional desde una perspectiva constitucional

La prisión provisional representa la injerencia más grave que puede ejercer el poder estatal en la libertad individual, garantizada por el artículo 17 de la CE, contra un ciudadano que aún goza de la presunción de inocencia (Sanguiné, 2003: 23). No en vano, Concepción Arenal afirmaba que «si se escribiese la historia de las víctimas de la prisión preventiva se leería en ella una de las más temibles acusaciones contra la sociedad». La misma autora también afirmaba en sus escritos que la prisión provisional era «anacrónica» y «el mayor

obstáculo, tanto en la teoría como en la práctica, para la reforma de las prisiones» (Arenal, 1877: 6).

Como puede observarse, a pesar de que ya han pasado más de cien años desde la muerte de Arenal, su pensamiento sigue siendo absolutamente actual. Hoy en día la prisión provisional sigue siendo una de las instituciones más polémicas del sistema penal, y no es de extrañar, pues esta medida se inscribe en el campo de tensión entre el deber estatal de perseguir el delito y el deber estatal superior de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos (Moreno Catena, 2003: 15). No en vano Beccaria (1764: 46) afirmaba que «la estrechez de la cárcel no puede ser más que la necesaria, o para impedir la fuga, o para que no se oculten las pruebas de los delitos».

Teniendo en cuenta lo anterior, sorprende que la Constitución tan solo mencione la prisión provisional en un breve inciso del artículo 17.4 en el que se establece que «[…] por ley se regulará el plazo máximo de la prisión provisional». El Tribunal Constitucional, ya desde sus inicios, se vio obligado a compensar esta falta de regulación con una jurisprudencia bastante extensa y detallada. De hecho, desde su creación en el año 1980 hasta la actualidad, el Alto Tribunal ha dictado más de cien sentencias con incidencia en la prisión provisional, configurando con ellas un importante cuerpo de doctrina jurisprudencial en la materia (Alonso Fernández, 2019: 247).

En una primera etapa, el Tribunal Constitucional simplemente se planteaba si el supuesto por el que se dictaba el auto de prisión provisional cumplía con los requisitos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora.* En una segunda etapa, el Alto Tribunal ya exigía que la prisión provisional se adecuara al cumplimiento de determinados fines no solo legales sino también constitucionales por cuanto, por definición, esta medida comporta una limitación del derecho consagrado en el artículo 17 CE (Hernández Gómez, 2011: 51).

Por último, cabe señalar que el Tribunal Constitucional, en la importante STC 47/2000, de 17 de febrero, recopila toda su doctrina y resuelve una cuestión de inconstitucionalidad contra los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (a partir de ahora, LECrim), en los que se regula la prisión provisional, por no resultar conformes con el derecho fundamental a la libertad personal. Esta sentencia impulsó la última gran reforma de la LECrim en materia

de prisión provisional a través de la LO 13/2013, de 24 de octubre, que aún sigue vigente.

En la exposición de motivos de la mencionada Ley, se explica que la reforma obedece fundamentalmente a la necesidad de adecuar la prisión provisional a las exigencias constitucionales de excepcionalidad y proporcionalidad (Morillas Cueva, 2016: 25). La excepcionalidad implica que el internamiento preventivo de la persona sospechosa de haber cometido un delito no será la norma, sino la excepción (SSTC 62/1996, 67/1997 y 156/1997, entre otras[2]).

Además, la prisión provisional tiene que ser estrictamente necesaria para asegurar el buen fin del proceso. Por lo tanto, esta medida no puede tener carácter retributivo, ni puede servir para impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones (SSTC 128/1995, 67/1997 y 156/1997, entre otras[3]). Por último, cabe señalar que, cuando la situación de privación de libertad se prolonga en el tiempo, solo puede encontrar justificación en datos personales del imputado y del caso concreto (SSTC 128/1995 y 66/1997, entre otras[4]).

Tras la reforma, el principio de excepcionalidad quedó plasmado en el artículo 502.2 LECrim, que establece que la prisión provisional solo se adoptará cuando sea objetivamente necesaria. Además, en el artículo 503 LECrim se establece que la prisión provisional tan solo será legítima cuando con ella se busque evitar el peligro de fuga, la alteración o destrucción de pruebas, proteger los bienes jurídicos de la víctima o evitar el riesgo de reiteración delictiva.

Asimismo, en la ya citada exposición de motivos de la Ley 13/2003, se establece que la prisión provisional debe cumplir con el principio de proporcionalidad. Este principio implica que la limitación de los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia que comporta la prisión provisional debe ser proporcional a los fines que con ella se pretenden alcanzar. En concreto, la prisión provisional, al igual que el resto de normas legales restrictivas de derechos fundamentales, debe respetar los siguientes presupuestos para cumplir

---

[2] SSTC 62/1996, de 23 de abril (FJ 5); 67/1997, de 13 de mayo (FJ 2), y 156/1997, de 30 de octubre (FJ 4).

[3] SSTC 128/1995, de 26 de julio (FJ 3); 67/1997, de 13 mayo (FJ 2), y 156/1997, de 30 de octubre (FJ 2).

[4] SSTC 128/1995, de 26 de julio (FJ 4), y 66/1997, de 13 de mayo (FJ 1).

con el mencionado principio: a) idoneidad o adecuación; b) necesidad, y c) proporcionalidad en sentido estricto (Ull Salcedo, 2005: 427).

La aplicación del principio de proporcionalidad a la prisión provisional conlleva la exigencia de que los fines que la justifiquen sean estrictamente cautelares y no punitivos (Hernández Gómez, 2011: 62). De ahí que con la reforma de 2003 se eliminara la alarma social como fin legítimo para decretar la prisión provisional (STS 156/1997, STC 14/2000, STS 8/2002 y STS 191/2004, entre otras[5]). Sin embargo, el riesgo de reiteración delictiva se mantuvo como supuesto habilitante de la prisión provisional, a pesar de que parte de la doctrina pone en tela de juicio que este criterio sea válido desde un prisma constitucional (Fernández Alonso, 2019: 249).

Tras la reforma, el principio de proporcionalidad quedó plasmado en el artículo 502.2 LECrim, en el que se establece que la prisión provisional solo se adoptará cuando sea objetivamente necesaria y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad personal. En el siguiente apartado (art. 502.3 LECrim), se establece que el juez o tribunal tendrá en cuenta, para adoptar la prisión provisional, la repercusión que esta medida pueda tener en el imputado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta.

Sin embargo, este principio de proporcionalidad parece contradecirse justo en el artículo siguiente. En el artículo 503 LECrim se establece que la prisión provisional podrá decretarse cuando los hechos perseguidos presenten caracteres de delito sancionado con pena igual o superior a dos años de prisión (o de duración inferior si el encausado tuviera antecedentes penales no cancelados). Es decir, se puede decretar –y de hecho se decreta– prisión provisional para delitos que no son realmente graves. Los datos hablan por sí solos: a diciembre de 2019 los presos preventivos sumaban el 16 % de la población reclusa en España (Simón Castellano, 2021: 182). Los supuestos más frecuentes de prisión provisional se dictan en delitos contra el patrimonio, reiteración delictiva y tráfico de drogas, donde la condición nacional del imputado opera con cierto tinte discriminatorio (Gudín Rodríguez-Magariños, 2009: 254).

---

[5] STS 156/1997, de 30 de octubre (FJ 5); STC 14/2000, de 18 de febrero (FJ 6); STS 8/2002, de 8 de febrero (FJ 6), y STS 191/2004, de 2 de diciembre (FJ 4).

Por desgracia, la excepcionalidad de la prisión provisional en España sigue siendo un espejismo y a esto hay que añadirle otros problemas. El Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia que la prisión provisional, además de ser excepcional y proporcional, también debe cumplir con los requisitos de subsidiariedad y provisionalidad (SSTC 128/1995 y 37/1996, entre otras[6]). Sin embargo, estos dos últimos principios no se tuvieron suficientemente en cuenta en la reforma del 2003.

El principio de subsidiariedad formalmente quedó plasmado en el artículo 502.2 LECrim, en el que se establece que solo se podrá acordar la prisión provisional cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad personal a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con esta medida. Sin embargo, tal y como se analizará más adelante, esta norma ha quedado vacía de contenido en la práctica. El problema es que, en la actual Ley de Enjuiciamiento, no se establece un abanico suficientemente amplio de medidas alternativas que puedan aplicarse con preferencia a la prisión provisional.

En cuanto al principio de provisionalidad, quedó plasmado en el artículo 504.1 LECrim, en el que se establece que la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo 503 y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción. En ese mismo artículo, se establece que la duración de la prisión provisional no podrá exceder de: a) un año para delitos señalados con una pena privativa de libertad igual o inferior a tres años; y b) dos años si la pena privativa señalada para el delito es superior a tres años. En el primer supuesto, se puede acordar una prórroga excepcional de seis meses; en el segundo, una prórroga excepcional de hasta dos años.

La duración de la prisión provisional es una cuestión de la máxima importancia, pues muchas veces su excesiva duración se debe a dilaciones indebidas en la instrucción. Unas dilaciones que no responden a la complejidad de los hechos o de los delitos, sino a la falta de recursos personales o materiales en los juzgados. La jurisprudencia constitucional es muy prolija a este respecto. El Tribunal

[6] SSTC 128/1995, de 26 de julio (FJ 3), y 37/1996, de 28 de marzo (FJ4).

Constitucional ha establecido, entre otras cuestiones, que la prisión provisional vulnerará el derecho a la libertad personal si se mantiene una vez que se ha conseguido el objetivo que la justificó, y aunque no se haya agotado el plazo máximo (STC 40/1987[7]). Todo ello redunda en que la medida de prisión provisional no puede en ningún caso ser mantenida cuando ya no sea necesaria, es decir, cuando desaparece la causa por la que se impone la medida, esta debe ser levantada, y ello porque la prisión provisional solo puede ser acordada como medida cautelar y no como medida punitiva (Dotú i Guri, 2013: 211).

El Alto Tribunal también ha establecido que, si se vulnera el plazo máximo de la prisión provisional, hay vulneración del derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17 CE (STC 32/1987[8]). En cuanto a lo que ha de entenderse por «plazo razonable» (STC 2/1994[9]), el Tribunal Constitucional ha incorporado la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora, Tribunal Europeo)[10] (Cuenca Miranda, 2004: 65). En cualquier caso, la corta duración de la prisión provisional no es condición suficiente para considerar aquella como razonable (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [STEDH] Shishkov contra Bulgaria, de 9 de enero de 2003).

En cuanto a la posible prórroga, el Tribunal Constitucional ha establecido que se debe decretar antes de que transcurra el plazo máximo (STC 98/1998[11]); que la prórroga decretada con posterioridad al transcurso del plazo máximo no subsana la violación del derecho fundamental (STC 234/1998, STC 304/2000, STC 22/20004, STC 122/2009[12]), y que el derecho a la libertad personal se lesiona cuando se mantiene la prisión provisional una vez expirado el plazo (STC 28/2001[13]).

---

[7] STC 40/1987, de 3 de abril (FJ 2).

[8] STC 32/1987, de 24 de marzo (FJ 3).

[9] STC 2/1994, de 17 de febrero (FJ 3).

[10] STEDH Wemhoff contra Alemania, de 27 de junio de 1968; Neumeister contra Alemania, de 27 de junio de 1968; Stögmüller contra Austria, de 10 de noviembre de 1969; Matznetter contra Austria, de 10 de noviembre de 1969; B contra Austria, de 28 de marzo de 1990; Tomasi contra Francia, de 17 de agosto de 1992; W contra Suiza, de 26 de enero de 1993; Van der Tang contra España, de 13 de julio de 1995; Scott contra España, de 18 de diciembre de 1996.

[11] STC 98/1998, de 9 de junio (FJ 4).

[12] STC 234/1998, de 30 de diciembre (FJ 2); STC 304/2000, de 16 de enero (FJ 2); STC 22/20004, de 26 de marzo (FJ 2), y STC 122/2009, de 20 de junio (FJ 2).

[13] STC 28/2001, de 1 de marzo (FJ 4).

Debe ponerse el acento en que ya han pasado casi veinte años desde la última gran reforma de la prisión provisional en España. Veinte años en los que tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Europeo han seguido estableciendo nuevas garantías, para evitar que la prisión provisional conlleve la vulneración de los derechos fundamentales de los encausados. Todo ello, junto a otras razones que se expondrán en las siguientes páginas, justifica la necesidad de revisar esta institución para adecuarla a las exigencias del siglo XXI.

III. Razones para la reforma de la prisión provisional en España

Gudín Rodríguez-Magariños (2009: 237) afirma que «la prisión provisional reúne todos los inconvenientes de la pena y ninguna de sus supuestas ventajas». Esta afirmación es muy acertada, pues, a pesar de que la prisión provisional es una medida cautelar, lleva asociada los mismos efectos nocivos, perniciosos y estigmatizantes que la pena de prisión. A continuación, se enumeran algunas de las razones por las que parece necesario reformar esta institución:

1. No es una medida eficaz para la reinserción de los encausados

La prisión provisional no parece ser una medida eficaz a la hora de conseguir la reeducación y reinserción social de los encausados. Los presos preventivos no pueden acceder a ningún tipo de tratamiento resocializador ni gozan de ningún tipo de beneficio penitenciario. Esto, en teoría, no debería suponer un problema: la prisión provisional es una medida cautelar de carácter excepcional y, en principio, no tiene por qué cumplir las finalidades adscritas a la pena. El problema surge a raíz de la excesiva duración de esta medida en algunos casos.

La mayoría de los reclusos entran en la cárcel contando con pocos recursos económicos y se empobrecen aún más durante su estancia en la misma. Las oportunidades laborales también se reducen una vez que salen al exterior. Ya en el siglo XVIII Manuel de Lardizábal (1782: 84 y 85) escribía que:

> La enmienda del delincuente es un objeto tan importante, que jamás debe perderle de vista el legislador en el establecimiento de las penas. [Sin embargo] La experiencia nos enseña, que la

> mayor parte de los que son condenados a los presidios y arsenales, vuelven siempre con más vicios que fueron, y tal vez, si se les hubiera impuesto otra pena, hubiera ganado la sociedad otros tantos ciudadanos útiles y provechosos.

Entre el 50 y el 80 % de los reclusos tiene algún problema psíquico y entre el 40 y el 80 % sufre de algún tipo de adicción (Atabay, 2013: 11). La salud mental y la drogodependencia de algunos de estos presos empeoran dentro de la prisión en gran medida por la falta de tratamientos médicos adecuados. Cabe preguntarse seriamente si la prisión es un lugar adecuado para ellos.

El fomento de las medidas alternativas a la pena de prisión es una de las tendencias actuales de la política penitenciaria europea (Zyl Smit y Snacken, 2013: 123). Según varias recomendaciones[14] del Comité de Ministros del Consejo de Europa, una de las principales finalidades de las medidas alternativas es la de facilitar la reinserción del penado. A través de estas medidas se consigue desarrollar el sentido de responsabilidad del individuo con respecto a la comunidad, lo que a largo plazo puede redundar en la protección de la sociedad.

En la Recomendación Rec(2006)13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la utilización de la prisión preventiva, se establece que se deberá fomentar el uso de medidas alternativas siempre que sea posible. En esta recomendación también se incluye una larga lista de posibles medidas alternativas a la prisión preventiva que pueden conllevar ciertas obligaciones para el encausado.

2. *Es una de las principales causas de la sobrepoblación carcelaria en Europa*

Hace ciento cincuenta años, Concepción Arenal (1877: 36) ya tenía claro lo que más tarde se demostraría: existe un claro nexo entre el abuso de la prisión preventiva y el hacinamiento carcelario y/o las malas condiciones de reclusión. A este respecto la pensadora

---

[14] Recommendation Rec(2003)22 of the Committee of Ministers to member states on conditional release (parole) on 24 September 2003; Recommendation CM/Rec(2014)4 of the Committee of Ministers to member States on electronic monitoring on 19 February 2014, y Recommendation CM/Rec(2017)4 of the Committee of Ministers to member States on youth work (Adopted by the Committee of Ministers on 31 May 2017 at the 1287th meeting of the Ministers' Deputies).

gallega escribía: «[…] el abuso de la prisión preventiva, […] da, entre otros resultados, el de un gran número de presos, hace insoluble el problema de tenerlos en las condiciones debidas ni en las cárceles ni en los depósitos».

España plantea, en materia de población penitenciaria, una paradoja: a pesar de tener una tasa de encarcelamiento superior a la media europea, no tiene un problema de sobrepoblación carcelaria. Esta paradoja se explica, al menos en parte, por la llamada *burbuja inmobiliaria* (Nieto Martín *et al.*, 2017: 2). En España, en la primera década del 2000, se crearon grandes infraestructuras públicas, como autopistas, líneas de ferrocarril o aeropuertos, que hoy en día han sido abandonadas por falta de uso. Con los centros penitenciarios ha pasado algo parecido.

En la primera década del siglo XXI la población penitenciaria aumentó en 16 000 reclusos. Sin embargo, esta espectacular subida en el número de presos vino acompañada de un aumento aún más espectacular en el número de plazas (32 000). Por lo tanto, a pesar de que hay un elevado número de presos (tasa de encarcelamiento), no hay un problema de sobrepoblación carcelaria o densidad carcelaria. Sin embargo, estos datos no dejan de ser preocupantes, pues, a diferencia de lo que ocurre con carreteras o aeropuertos, cada vez que se crean nuevas plazas penitenciarias, tienden a ocuparse.

En algunos países de Europa, la situación es bastante más alarmante. Siguiendo las últimas estadísticas SPACE[15], al menos quince países del Consejo de Europa sufren graves problemas de sobrepoblación carcelaria (Aebi y Tiago, 2020a: 9). La situación es tan grave que el Tribunal Europeo ya ha dictado siete sentencias piloto para tratar de poner fin a este problema.

El Tribunal Europeo creó en 2004 el procedimiento de las sentencias piloto para hacer frente a problemas sistémicos o estructurales. A través de este procedimiento, el Tribunal selecciona una

[15] Las estadísticas SPACE (Statistiques *Pénales* Annuelles du Conseil de l'Europe) incluyen dos proyectos relacionados en los que colabora la Universidad de Lausana. SPACE I proporciona datos sobre el encarcelamiento y las instituciones penitenciarias de los Estados miembros del Consejo de Europa. SPACE II proporciona información sobre las penas y las medidas alternativas a la pena de prisión. Los datos se recopilan mediante dos cuestionarios enviados cada año a las Administraciones penitenciarias de los Estados miembros: http://wp.unil.ch/space/space-i/annual-reports/

única demanda de entre varias demandas repetitivas para que esta sirva como modelo para la resolución de un gran número de casos idénticos (Abrisketa Uriarte, 2013: 80). A través del procedimiento de las sentencias piloto, el Tribunal Europeo selecciona un caso o un grupo de casos, con el fin de que la solución pueda extenderse más allá del caso o casos estudiados, de modo que abarque todos los asuntos repetitivos que tienen su origen en el mismo problema estructural (Queralt Jiménez, 2018: 406).

El mal estado de las cárceles es uno de los problemas estructurales sobre los que más sentencias piloto se han dictado hasta el momento (Turturro Pérez de los Cobos, 2020: 130-137). Ya son siete las sentencias piloto sobre este tema: Ananyev y otros contra Rusia, de 10 de enero de 2012; Torreggiani y otros contra Italia, de 8 de enero de 2013; Neshkov y otros contra Bulgaria, de 27 de enero de 2015; Varga y otros contra Hungría, de 10 de marzo de 2015; W.D. contra Bélgica, de 6 de septiembre de 2016; Rezmives *y otros contra Rumania*, de 25 de abril de 2017, y Sukachov contra Ucrania, de 30 de enero de 2020.

En todas las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles, el Tribunal Europeo impone algunas medidas generales para tratar de poner fin al problema estructural de la sobrepoblación carcelaria[16]. Dos de las medidas que el Tribunal siempre impone en este tipo de sentencias consisten en reducir el número de presos (especialmente de los presos preventivos) y en ampliar el uso de las medidas alternativas a la pena de prisión. Más adelante, se analizarán algunas de las medidas que los países condenados han adoptado para reducir el uso de la prisión preventiva.

3. No es la mejor opción en tiempos de pandemia

La necesidad de reducir el número de presos, y en especial de presos preventivos, en Europa se ha hecho más evidente que nunca con la crisis sanitaria de la covid-19. El hacinamiento carcelario no es algo nuevo, pues muchos sistemas penitenciarios europeos han sufrido este problema desde sus inicios. Sin embargo, la pandemia ha conse-

[16] En todas estas sentencias el problema principal es el hacinamiento carcelario y las malas condiciones de reclusión, salvo en el caso W.D. contra Bélgica, donde el problema principal es la falta de tratamientos médicos adecuados para los presos con trastornos mentales.

guido en muy poco tiempo lo que las organizaciones internacionales y europeas y las ONG llevan décadas reclamando: que los Estados adopten ciertas medidas para reducir su población penitenciaria de forma inmediata. La pandemia ha tenido un curioso efecto acelerador de las soluciones.

Las cárceles pueden ser un foco de contagio por varias razones: en ellas es difícil respetar las distancias mínimas de seguridad (con mayor razón si están sobrepobladas) y se produce un continuo flujo de entradas y salidas. Por si esto fuera poco, los presos suelen sufrir, en proporción, más patologías previas y problemas psiquiátricos y de drogodependencia que la población libre. A esto se añade la desinformación, los bulos que corren por las cárceles y el miedo de los internos a quedar, si cabe, todavía más aislados del resto de la sociedad.

En este contexto tan alarmante, varios países europeos han adoptado una serie de medidas encaminadas a reducir su población penitenciaria durante la pandemia. Estas medidas han consistido, principalmente, en decretar arresto domiciliario para aquellos presos a los que ya les quedara poco tiempo en la cárcel. Tal y como muestran los últimos informes de SPACE (Aebi y Tiago, 2020b; Aebi y Tiago, 2020c)[17], en los que se estudia el impacto de la pandemia en la población penitenciaria de los países del Consejo de Europa, el efecto de estas medidas ha sido muy claro.

En España (García, 2020), entre marzo y abril de 2020, unos 3000 presos en tercer grado pasaron a cumplir sus penas en su casa. Entre marzo y abril de 2020, la población penitenciaria en Francia pasó de ser de más de 70 000 presos a unos 61 000. En ese mismo período, la población penitenciaria en Italia pasó de 61 000 presos a 53 000. Según el informe, otros países que han reducido su población penitenciaria para prevenir la propagación del virus han sido Chipre (que ha liberado sobre el 23 % de su población penitenciaria), Portugal (17 %), Eslovenia (16 %) y Noruega (15 %).

Ahora bien, en el ámbito del Consejo de Europa, el caso de Turquía es seguramente el más llamativo. En este país, decenas de miles de reclusos fueron excarcelados al inicio de la pandemia.

[17] Los informes SPACE sobre el impacto de la pandemia en la población penitenciaria pueden consultarse en la siguiente página web: https://wp.unil.ch/space/publications/2199-2/

Sin embargo, los presos preventivos y los presos condenados por terrorismo, entre los que se incluye a presos políticos, periodistas y activistas de derechos humanos, no se beneficiaron de la medida (Comisión Europea, 2020). Se calcula que la espectacular excarcelación ha afectado a un tercio de los presos turcos, es decir, a alrededor de 100 000 internos.

Debido a la urgencia de la situación, las medidas aplicadas por todos estos países han consistido sobre todo (si no exclusivamente) en la excarcelación de presos condenados. Sin embargo, a corto y medio plazo, estos mismos países deberían plantearse la posibilidad de reducir el uso de la prisión provisional. Esta medida es más beneficiosa desde el punto de vista de los derechos fundamentales (no olvidemos que los presos preventivos son presuntamente inocentes), es más económica y evita muchos de los efectos perniciosos que conlleva para el encausado la entrada en prisión.

4. No es rentable en términos económicos

Un excesivo uso de la prisión provisional supone un gran desembolso para las arcas del Estado. No solo por el tiempo que el encausado pasa en prisión, sino también por la posible indemnización que tendrá derecho a obtener en el caso de que se demuestre su inocencia. Según datos del Ministerio de Justicia, entre el 2000 y el 2019 el Estado indemnizó con más de dos millones de euros a personas que estuvieron en prisión preventiva y que fueron finalmente absueltas[18]. Esta «factura» podría incrementarse considerablemente tras la STC 85/2019, de 19 de junio, que ha facilitado enormemente la obtención de una indemnización en estos casos. Antes de tratar el contenido de esta sentencia, analizaré brevemente cuál ha sido la evolución de esta cuestión a lo largo del tiempo en España.

La responsabilidad directa del Estado por los daños causados por los servicios públicos se reguló por primera vez en el artículo 106 CE. Además, en nuestra Norma Suprema se reserva un artículo específico para regular la responsabilidad directa del Estado por los

[18] Datos facilitados por el Ministerio de Justicia a Maldito Dato tras una solicitud de información pública al amparo de la Ley de Transparencia: https://es.scribd.com/document/478271692/Indemnizaciones-prision-preventiva-2000-2019#from_embed

daños causados por la actuación de los órganos integrantes de la Administración de Justicia (artículo 121 CE). En este precepto se establece que: «Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley». El mandato constitucional se especifica en los artículos 292 y 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (a partir de ahora LOPJ).

En estos artículos, además del error judicial y del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, también se regula otro supuesto específico, que es el que aquí nos interesa: la prisión preventiva seguida de absolución. Ahora bien, antes de examinar el contenido de dicho precepto vale la pena hacer un pequeño inciso. Comparto la tesis de Saz Cordero (2014: 68) cuando señala que, desde un punto de vista constitucional, sorprende que la indemnización por prisión preventiva indebida seguida de absolución constituya un supuesto específico de error judicial. La privación de libertad indebida supone para el encausado una vulneración del contenido esencial del artículo 17 CE, aunque con ella se preserve el interés colectivo. En este caso, la limitación del derecho a la libertad personal es especialmente intensa y no conlleva un beneficio para el particular, sino para la colectividad. Por lo tanto, es la colectividad la que debería soportar el daño, al igual que ocurre con el derecho de propiedad y el pago del justiprecio reconocido por el artículo 33 CE. De hecho, la protección otorgada al derecho a la libertad personal debe ser más intensa que la otorgada al derecho a la propiedad, ya que el primero, a diferencia del segundo, forma parte del núcleo duro de nuestra Norma Suprema.

En cualquier caso, dejando atrás este inciso, cabe señalar que, en la redacción original del artículo 294 de la LOPJ, se establecía que: «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se hayan irrogado perjuicios». Como puede observarse, el precepto no cubría todos los casos de prisión preventiva seguida de absolución. Tan solo tenían derecho a indemnización quienes hubieran recibido una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre que reconociera la inexistencia del hecho. Ahora bien, es importante

señalar que el Tribunal Supremo, desde muy temprano, declaró que la inexistencia del hecho tenía una doble vertiente: tanto la inexistencia objetiva –el hecho delictivo no se produjo– como la inexistencia subjetiva –el sujeto no participó en el hecho, y pudo demostrarlo, por ejemplo, porque tenía una coartada–.

Esta línea jurisprudencial comenzó con la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 27 de enero de 1989 y se mantuvo inalterada durante más de veinte años. Sin embargo, en el año 2010 se produjo un cambio jurisprudencial debido, principalmente, a dos condenas contra España por parte del Tribunal Europeo (Puig Panella contra España, de 25 de abril de 2006, y Tendam contra España, de 13 de julio de 2010[19]). En ambos casos, los encausados habían solicitado una indemnización por prisión preventiva seguida de una absolución por falta de pruebas. Sin embargo, los tribunales nacionales, siguiendo la jurisprudencia ya consolidada del Tribunal Supremo, denegaron sendas indemnizaciones por no tratarse de ninguno de los dos supuestos aceptados: inexistencia objetiva o subjetiva de los hechos.

Finalmente, los demandantes acudieron a Estrasburgo, donde alegaron que las decisiones de los tribunales nacionales habían violado su presunción de inocencia, reconocida en el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora, CEDH). El Tribunal Europeo estimó la demanda y señaló que, aunque ninguna cláusula del Convenio da derecho a una indemnización por prisión preventiva en caso de absolución, en virtud del artículo 6.2 CEDH la expresión de sospechas sobre la inocencia de un imputado no es admisible tras una absolución firme. En otras palabras, en virtud de la presunción de inocencia no caben absueltos «de primera o de segunda» clase dependiendo de los motivos de la absolución. A partir de estas condenas, el Tribunal Supremo cambió su jurisprudencia y limitó los supuestos en los que cabía derecho a indemnización. En concreto, a partir de dos sentencias de 23 de noviembre de 2010[20], el Tribunal Supremo pasó a ceñirse a la literalidad del artículo 294 LOPJ y estableció que solo cabría derecho a indemnización en los casos de inexistencia objetiva del hecho.

---

[19] Y, más adelante, en la sentencia Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni contra España, de 16 de febrero de 2016.

[20] STS 1908/2006 y STS 4299/2006, de 23 de noviembre de 2010.

Este giro jurisprudencial del Tribunal Supremo fue sorprendente por varias razones. En primer lugar, porque el Tribunal Europeo en sus sentencias se refiere a la presunción de inocencia y no al derecho a recibir una indemnización por prisión preventiva. También llama la atención que el Tribunal Supremo solo cambiara su jurisprudencia a partir del año 2010, aunque la primera condena de Estrasburgo fuera del año 2006. La nueva jurisprudencia hizo casi imposible la obtención de una indemnización en la práctica, pues los supuestos de inexistencia objetiva del hecho son realmente escasos. Tal y como señala Tapia Fernández (2014: 145), tal vez la decisión de eliminar el derecho a la indemnización de los supuestos de inexistencia subjetiva del hecho (los más frecuentes) tuviera algo que ver con los recortes sufridos en aquella época.

Esta nueva jurisprudencia volvió a sufrir un giro de ciento ochenta grados tras la STC 85/2019, de 19 de junio. La sentencia tiene origen en una cuestión interna de constitucionalidad planteada por el Pleno del Tribunal a partir de un recurso de amparo. La recurrente alegaba que eliminar el derecho a la indemnización en los casos de inexistencia subjetiva del hecho infringía los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14, 17 y 24.1 y 2 CE, así como los artículos 5.5, 6.2 y 14 CEDH. El Tribunal Constitucional, siguiendo su propia doctrina establecida en sentencias anteriores (SSTC 8 y 10/2017), señala que llevar a cabo una interpretación tan restrictiva del artículo 294 LOPJ establece una diferencia de trato injustificada y desproporcionada respecto de los absueltos por no ser autores del hecho, al tiempo que menoscaba el derecho a la presunción de inocencia de los absueltos por falta de prueba.

Por lo tanto, el Alto Tribunal decide excluir de la redacción del artículo 294.1 LOPJ, por inconstitucionales, los incisos «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa», quedando el precepto redactado de la siguiente manera: «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios». Esta nueva redacción abriría la puerta a la obtención de la indemnización por prisión preventiva seguida de absolución en casos «extremos» que antes no se contemplaban. Por ejemplo, cuando la absolución se haya debido a

la prescripción de la acción o cuando la falta de pruebas se deba a que las mismas fueron declaradas nulas durante el proceso judicial por vulneración de derechos fundamentales (Cobreros Mendazona, 2019: 38 y ss.).

Este es un tema muy complejo, y delimitar los supuestos en los que debe proceder indemnización por prisión preventiva seguida de absolución escapa del objeto de este artículo. En cualquier caso, llama la atención que las soluciones a este problema se hayan abarcado desde posiciones tan polarizadas. Se ha pasado de una regulación en la que era casi imposible que el demandante obtuviera una indemnización a obtenerla de forma cuasi automática. El problema es que no parecen existir zonas grises ni matizaciones: o hay indemnización o no hay indemnización, y quizás no se haya reflexionado suficientemente sobre el auténtico problema (el excesivo uso de la prisión provisional) ni su posible solución (una mayor aplicación de medidas alternativas). Especialmente, si se tiene en cuenta que la obtención de una indemnización tampoco es un gran consuelo para quien es encarcelado injustamente: los daños patrimoniales se cuantifican entre 17 y 52 euros diarios (Herrera, 2019). Los daños morales quizás sean incuantificables y este es el verdadero problema.

IV. Ideas para la reforma de la prisión provisional: el anteproyecto de la Lecrim y una mirada desde Europa

En noviembre de 2020, se publicó el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[21]. Uno de los objetivos del Anteproyecto es reformar el régimen de la prisión provisional en España con el objetivo de adaptar la legislación española a la doctrina del Tribunal Europeo. Igualmente, se busca incluir las últimas novedades jurisprudenciales del Tribunal Constitucional (entre las que se incluye la STC 85/2019, de 19 de junio, con relación a la indemnización por prisión preventiva indebida a la que me he referido antes). A continuación, se analizarán algunas de las propuestas que se formulan en el nuevo texto.

[21] Este documento puede consultarse en la página web del Ministerio de Justicia: www.mjusticia.gob.es

Ahora bien, España no es el único país que necesita actualizar su regulación sobre la prisión provisional para adecuarla a los estándares europeos. Tal y como se ha señalado antes, el Tribunal Europeo ha dictado varias sentencias piloto para tratar de poner fin a la sobrepoblación carcelaria que sufren muchos países europeos. Un problema que, en la mayoría de casos, está estrechamente relacionado con el excesivo número de presos preventivos. En las siguientes páginas se compararán las reformas sobre la prisión provisional previstas en el Anteproyecto de la LECrim con las reformas ya emprendidas por los países condenados por una sentencia piloto. Esta comparación es útil para determinar si la reforma de la prisión provisional prevista en España es suficientemente ambiciosa o si, por el contrario, aún hay margen para la adopción de nuevas medidas.

A continuación, se exponen algunas ideas para la reforma del régimen de la prisión provisional en España:

1. Limitar el tipo de delitos que pueden conllevar su adopción

Una de las reformas que se podrían plantear en España consiste en limitar el tipo de delitos que pueden llevar aparejada la prisión provisional. Tal y como se ha señalado antes, actualmente el límite que se establece en el artículo 503 LECrim es muy bajo, lo que va en contra del principio de excepcionalidad establecido en la jurisprudencia constitucional. Este tipo de reforma ya se ha llevado a cabo en otros países europeos. Por ejemplo, en Italia, tras la sentencia piloto Torreggiani, se limitó la posibilidad de imponer prisión preventiva en los casos de personas acusadas de haber cometido un delito con una pena máxima de cinco años (antes, cuatro años), con algunas excepciones[22].

2. Definir de forma más clara sus fines

En el artículo 503 LECrim se establece cuáles son los fines que debe perseguir la prisión provisional. A saber: evitar el riesgo de fuga del encausado; la ocultación, alteración o destrucción de prueba, o que

[22] Con el Decreto-ley n.º 78/2013, que más tarde se convirtió en la Ley n.º 94 de 9 de agosto de 2013 (artículo 280 del Código Procesal Penal). Plan de acción del Gobierno italiano con relación al caso Torreggiani y otros contra Italia, de 27 de noviembre de 2013, p. 3.

el encausado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima. Finalmente, también se establece que se podrá decretar la prisión provisional para evitar el riesgo de que el encausado cometa otros hechos delictivos. Según buena parte de la doctrina, estos fines han sido redactados de una forma demasiado ambigua (Alonso Fernández, 2019: 248; Carnero Fernández, 2019: 57).

Así, por poner un ejemplo, no queda claro qué delitos o qué situaciones concretas puedan suponer un mayor riesgo de ocultación, alteración o destrucción de pruebas por su propia naturaleza. Asimismo, el riesgo de reiteración delictiva es demasiado amplio e inespecífico. En el Anteproyecto de la LECrim se mantienen los mismos criterios, pero se simplifica la regulación sobre la materia (artículo 247). Además, se añade un nuevo precepto (artículo 248) en el que se establece cuáles son los criterios que se tienen que valorar para determinar si concurre alguno de los fines que justifican la adopción de esta medida.

3. Ampliar el abanico de medidas alternativas

En España las medidas alternativas a la prisión provisional pueden consistir en: la obligación de comparecer ante el juez (art. 530 LECrim); la libertad bajo fianza (art. 529 LECrim); la prisión preventiva realizada en el domicilio o en centro de desintoxicación (art. 508.1 LECrim); la prohibición de acercarse a las víctimas y prohibición de residencia (art. 544 bis LECrim), o la expulsión judicial de los extranjeros inculpados o procesados[23]. Tal y como se ha señalado antes, el Tribunal Constitucional ha establecido que la prisión provisional debe cumplir el principio de subsidiariedad. Este principio implica que solo puede acordarse la prisión provisional cuando no existan otras medidas menos gravosas a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines.

Sin embargo, las medidas alternativas actuales parecen claramente insuficientes, por lo que esta norma ha quedado vacía de contenido en la práctica. Llama la atención que no existan medidas específicas para evitar la destrucción de pruebas o la obstaculización

[23] Prevista en los artículos 57.5 a 11 y 58 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

del proceso. Sobre todo, en la legislación actual se desconoce en gran medida los adelantos tecnológicos que evitarían la aplicación de esta institución tan arcaica (Gudín Rodríguez-Magariños, 2009: 254).

Con el nuevo Anteproyecto LECrim, se pretende incluir en la legislación española varias de las medidas alternativas que ya estaban previstas en la Recomendación (2006)13 del Comité de Ministros sobre prisión preventiva. Se trata de medidas encaminadas al cumplimiento de determinadas obligaciones, como son estar localizable mediante dispositivos electrónicos, comunicar inmediatamente los cambios de residencia o de lugar de trabajo, seguir tratamiento médico externo o participar en determinados programas. También se prevén nuevas medidas alternativas encaminadas a establecer ciertas prohibiciones, como son las de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella; acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos; residir en un lugar concreto, o desempeñar ciertas actividades. Asimismo, también está prevista la suspensión de cargo, profesión u oficio público o la posibilidad de que el encausado pueda prestar caución suficiente para evitar la prisión provisional (artículo 217 del Anteproyecto). Finalmente, se incluyen medidas específicamente orientadas a ofrecer una protección eficaz a los bienes jurídicos de las víctimas o de terceras personas.

4. Fomentar la aplicación de medidas alternativas

En Hungría, tras la sentencia piloto Varga se llevó a cabo una reforma legislativa para fomentar el uso del arresto domiciliario como alternativa a la prisión provisional. En Italia, tras la sentencia piloto Torreggiani, también se fomentó la aplicación de medidas alternativas a la prisión provisional sin la necesidad de que los encausados hubieran pasado previamente un período en la cárcel[24]. Por ejemplo, se amplió la posibilidad de aplicar directamente el arresto domiciliario –en vez de la prisión provisional– para los presos más vulnerables, como mayores de 70 años, embarazadas, no reincidentes, etcétera[25].

---

[24] Con el Decreto-ley n.º 146/2013, convertido en la Ley n.º 10 de 21 de febrero de 2014. Plan de acción del Gobierno italiano con relación al caso Torreggiani y otros contra Italia, de 9 de noviembre de 2015, p. 5.

[25] Plan de acción del Gobierno italiano con relación al caso Torreggiani y otros contra Italia, de 27 de noviembre de 2013, p. 2.

Actualmente, en España la prisión provisional en el domicilio solo está prevista en casos realmente excepcionales: en concreto cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe un grave peligro para la salud del imputado. Sin embargo, en el Anteproyecto de la LECrim se amplía esta posibilidad para el caso de mujeres embarazadas o en período de lactancia, personas gravemente enfermas, así como cuando la persona encausada deba necesariamente ser sometida a un tratamiento curativo o de rehabilitación. Este nuevo régimen ha sido denominado *prisión provisional atenuada* (artículos 255 y ss. del Anteproyecto).

Ahora bien, llama la atención que ni en la legislación actual ni en el Anteproyecto de la LECrim se contemple de forma expresa la posibilidad de aplicar este régimen atenuado para aquellos infractores que tengan la responsabilidad principal de niños a su cargo (Alonso Fernández, 2019: 247 y ss.). Especialmente, teniendo en cuenta que esta situación sí está prevista en la Recomendación 2006 del Comité de Ministros sobre prisión preventiva. Este vacío en la norma española es grave, pues la pérdida de recursos económicos y de salidas profesionales que se produce con la entrada en la cárcel no solo repercute en el preso, sino en toda su familia, incluidos sus hijos. A este respecto, cabe mencionar que en la actualidad hay un elevado número de familias monoparentales y que más de dos millones de niños europeos tienen a sus padres en prisión[26].

5. *Crear un juez especial que decida sobre su conveniencia*

Dos de las novedades más destacables del Anteproyecto de la LECrim consisten en traspasar la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal y en trasformar los jueces de instrucción en jueces de garantías. Si la reforma sale finalmente adelante, una de las principales funciones del juez de garantías será la de ejercer como garante de los derechos fundamentales del investigado durante el proceso. Asimismo, será el encargado de autorizar, a petición del fiscal, la adopción de medidas cautelares como la prisión provisional.

---

[26] Así se señala en la Recommendation CM/Rec(2018)5 of the Committee of Ministers to member States concerning children with imprisoned parents on 4 April 2018.

Durante la fase de ejecución de la sentencia piloto Ananyev, el Comité de Ministros recomendó a Rusia introducir ciertos cambios en la práctica judicial para añadir un juez especial. En la recomendación, se citaron como ejemplo las reformas emprendidas por Francia y Letonia para añadir a su legislación un nuevo juez especial que decidiera sobre la aplicación, duración y ejecución de ciertas medidas como la prisión provisional. Además, el nuevo juez sería el encargado de velar por el respeto de los derechos fundamentales durante los procesos penales.

6. Acortar los plazos de la instrucción

Otro modo de luchar contra el abuso de la prisión provisional pasa por acortar los plazos de la instrucción, lo que, a su vez, reducirá la estancia en la cárcel de los presos preventivos. Por ejemplo, en Rusia, tras la sentencia piloto Ananyev, se trató de reducir al máximo la fase de instrucción en los procedimientos penales a través de la reforma de algunos artículos del Código Penal y del Código Procesal Penal[27]. Con la Ley Federal número 543-FZ, de 27 de diciembre de 2018, se impuso a los instructores del caso la obligación de dar explicaciones sobre por qué la duración de la prisión provisional debía extenderse en un determinado caso. Asimismo, se obligó a los jueces a imponer una fecha concreta en la que poner fin a la prisión provisional.

7. Reducir su duración

Tal y como se ha señalado antes, el Tribunal Constitucional ha establecido que la prisión preventiva tiene que respetar el principio de provisionalidad. Actualmente, uno de los problemas de la prisión provisional es su excesiva duración en ciertos casos. Es por ello que en

[27] Con la Ley número 33012-6, de 18 de mayo de 2012, se han reformado los artículos 62 del Código Penal y 303 del Código Procesal Penal para garantizar que la fase de instrucción en el procedimiento penal solo pueda durar más de seis meses de forma excepcional y justificada. Con esta medida se pretende que la prisión preventiva no dure más de lo estrictamente necesario. Más tarde la Ley Federal número 23-FZ, de 4 de marzo de 2013, ha reducido el tiempo de investigación en ciertos supuestos como, por ejemplo, cuando el acusado se declare culpable, lo que a su vez permite reducir la duración de la prisión preventiva. Plan de acción del Gobierno ruso con relación al grupo de casos de Kalashnikov y Ananyev y otros contra Rusia, de 29 de abril de 2019, pp. 22 y ss.

el Anteproyecto de reforma de la LECrim se reduce la duración máxima de esta medida cautelar (artículo 504 LECrim). En concreto, en el artículo 249 del Anteproyecto, se establece que la prisión provisional no podrá exceder de: a) un año para delitos señalados con una pena privativa de libertad igual o inferior a cinco años; y b) dos años si la pena privativa señalada para el delito es superior a cinco años. Además, en el artículo 250 también se modifican las prórrogas previstas: en el primer supuesto se puede acordar una prórroga excepcional de seis meses, en el segundo; una prórroga excepcional de hasta un año.

8. Revisar periódicamente la decisión por la que se impone

Una de las novedades previstas en el Anteproyecto consiste en introducir un control periódico de la prisión provisional, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo (Reinprecht contra Austria, de 15 de noviembre de 2005; Jurjevs contra Letonia, de 15 de junio de 2006, y Abdulkhakov contra Rusia, de 2 de octubre de 2012, entre otras). En virtud de lo establecido por el artículo 270 del Anteproyecto de la LECrim, será el órgano judicial el que revisará con carácter trimestral las razones que justifican la privación de libertad, acordando su mantenimiento, modificación, sustitución o revocación.

9. Introducir un recurso contra la decisión que la impone

En el artículo 274 del Anteproyecto de la LECrim, se prevé la posibilidad de recurrir ante la sección correspondiente del Tribunal de Instancia la decisión por la que se adopte la prisión provisional. Este recurso de reforma tendrá un carácter preferente y se resolverá en el plazo máximo de diez días. De acuerdo con lo establecido por la STC 29/2019, de 28 de febrero (FJ 5), se establecen ciertos supuestos en que será necesaria la celebración de la vista con audiencia de la persona privada de libertad. De esta forma, se sigue, de nuevo, la doctrina elaborada al respecto por el Tribunal Europeo[28].

[28] El Tribunal Europeo ha señalado a través de su jurisprudencia que la presencia del individuo privado de libertad, en la revisión judicial de la adopción de una medida cautelar penal, puede ser necesaria en determinados casos. En concreto cuando: a) el interesado no fue escuchado en el trámite inicial de control judicial de la privación de libertad que es objeto de revisión (Farhad Aliyev contra Azerbayán, de 9 de noviembre de 2010); b) existe una gran distancia temporal entre el momento en que se adopta la decisión inicial de prisión

10. Introducir nuevas reglas sobre la forma de descontar el tiempo que el preso ha pasado en prisión provisional

En Rusia, tras la sentencia piloto Ananyev, se promulgó la Ley Federal número 186-FZ, de 3 de julio de 2018, para introducir nuevas reglas sobre la forma de descontar el tiempo que el preso ha pasado en prisión provisional del tiempo total que tiene que permanecer en prisión en el caso de que se confirme su condena. Las nuevas reglas establecen ratios diferentes dependiendo del tipo de centro en que ha permanecido recluido el preso. Por ejemplo, un día en los centros SIZO (para presos preventivos) equivale a un día y medio en una prisión normal. La Ley es aplicable de forma retroactiva y ya ha supuesto la reducción del tiempo de condena de 81 000 presos y la excarcelación de 10 000 internos.

Hasta el momento, los tribunales españoles han aplicado la regla según la cual cada día que un encausado pasa en prisión provisional debe compensarse descontando un día de la pena de prisión impuesta en la posterior sentencia acusatoria. Ragués i Vallès (2020: 112-136) ha planteado la posibilidad de que se lleve a cabo una revisión de esta regla a partir de una nueva interpretación de lo dispuesto por el artículo 58 del Código Penal. El argumento principal que este autor esgrime es que, a pesar de que los tribunales hayan subrayado en numerosas ocasiones que la prisión provisional no se trata de un castigo, sino de una medida cautelar, sus efectos son idénticos a los de la pena de prisión o incluso peores. Por lo tanto, un día de prisión provisional debería «valer» más que un día de pena de prisión. El problema es que, aunque formalmente la prisión provisional constituya una medida cautelar, a nivel social se vive como una auténtica condena. Cuando se decreta la prisión provisional, el encausado pasa a ser culpable a ojos de la opinión pública; y una vez que entra en la

---

(con comparecencia personal) y el trámite de apelación (Farhad Aliyev contra Azerbayán, de 9 de noviembre de 2010); c) las alegaciones del recurrente se refieran estrechamente a su personalidad o carácter (Korneykova contra Ucrania, de 19 de enero de 2012); d) si el recurrente discute *ex novo* las condiciones en las que se desarrolla la privación de libertad, y que en el momento de acordarse la medida cautelar aún no había llegado a experimentar (Mamedova contra Rusia, de 1 de junio de 2006), o e) si el órgano judicial que realiza la revisión modifica los motivos o fundamentos en los que esta se basa (Grauzinis contra Lituania, de 10 de octubre de 2000).

cárcel se interrumpen abruptamente sus obligaciones laborales y sus lazos familiares y sociales.

A través de esta reforma, quizás se consiga que algunos jueces valoren más detenidamente la adopción excepcional de la prisión provisional y su duración, teniendo en cuenta que una prisión provisional prolongada puede reducir considerablemente el tiempo que el preso condenado tenga que pasar finalmente en prisión. Por otro lado, esta reforma también ayudaría indirectamente a reducir la población carcelaria en España. Porque, si los días pasados en prisión provisional valen más que los días de pena de prisión, indirectamente se estaría reduciendo la duración de las penas. Lo que a su vez sería algo positivo, pues España se sitúa en el cuartil más alto entre los países europeos en lo que respecta a la duración del encarcelamiento (Cid, 2020: 25), llegando a triplicar la media europea algún año (Rodríguez Yagüe, 2018: 60).

V. Conclusiones

Sobran los motivos para reducir el uso de la prisión provisional en vez de dar esta medida excepcional como habitual por inercias tradicionales. La prisión provisional se sigue adoptando con frecuencia como medida habitual sin ponderar adecuadamente la libertad personal como derecho fundamental cuyo objeto es preciado y cuya violación es prácticamente de imposible reparación. Se trata de una medida extrema, es cara, no favorece la reinserción de los encausados e incrementa el problema de la sobrepoblación carcelaria. Un asunto especialmente delicado en tiempos de pandemia. Hace más de veinte años que se llevó a cabo la última gran reforma de la prisión provisional en España y convendría actualizar su regulación. Ya que, en estos años, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo –especialmente a través de las sentencias piloto– han seguido avanzando en su jurisprudencia para tratar de garantizar que esta medida sea realmente excepcional en la práctica.

Buena parte de estos avances jurisprudenciales se incluyen en el Anteproyecto de reforma de la LECrim, con el que se pretende elevar esta medida procesal al universo de los derechos fundamentales en juego –libertad personal y presunción de inocencia– de manera real y

efectiva. En el nuevo texto se proponen varias reformas que, de salir adelante, serían muy positivas de cara a reducir el abuso de la prisión provisional en nuestro país. En primer lugar, se define de una forma más clara cuáles deben ser los fines de la prisión provisional. En concreto, se incluye un nuevo precepto (artículo 248) en el que se establece cuáles son los criterios que se tienen que valorar para determinar si concurre alguno de los fines que justifican la adopción de esta medida.

Además, en el Anteproyecto también se prevé ampliar el abanico de medidas alternativas a la prisión provisional aprovechando las posibilidades que hoy ofrece el uso de medios tecnológicos. Esta es la perspectiva más interesante. Con esta nueva batería de medidas alternativas se podría lograr que la prisión provisional realmente fuera una medida excepcional. Es decir, que tal solo se aplicara cuando no existiera otra medida menos gravosa para la libertad personal del encausado con la que se pudiera lograr el mismo resultado. En particular, en el Anteproyecto se incluyen varias de las medidas alternativas que ya estaban previstas en la Recomendación (2006)13 del Comité de Ministros sobre prisión preventiva. Se trata de medidas encaminadas al cumplimiento de determinadas obligaciones, a establecer ciertas prohibiciones y/o a ofrecer una protección eficaz a los bienes jurídicos de las víctimas o de terceras personas.

Asimismo, se introduce una prisión provisional en el domicilio para mujeres embarazadas o en período de lactancia, personas gravemente enfermas o que deban necesariamente ser sometidas a un tratamiento curativo o de rehabilitación. Este nuevo régimen se llama *prisión provisional atenuada* y está regulado en los artículos 255 y ss. del Anteproyecto. En Italia, ya se ha introducido una reforma similar para ampliar la posibilidad de aplicar directamente el arresto domiciliario en vez de la prisión provisional para los presos más vulnerables, como mayores de 70 años, embarazadas, no reincidentes, etcétera.

Una de las novedades más destacables del Anteproyecto de la LECrim consiste en traspasar la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal y en trasformar los jueces de instrucción en jueces de garantías. Esta nueva figura judicial –que ya existe en otros países europeos como Francia o Letonia– deberá actuar como garante de los derechos fundamentales del investigado y también será la encargada de autorizar la adopción de ciertas medidas cautelares como es la

prisión provisional. Por último, en el Anteproyecto se introduce un control periódico de la prisión provisional (artículo 270 del Anteproyecto) y un recurso de reforma contra la decisión por la que se adopta esta medida (artículo 274 del Anteproyecto). Tal y como se ha examinado, ambas cuestiones venían siendo exigidas por la doctrina del Tribunal de Estrasburgo.

Todas las reformas analizadas hasta el momento parecen bastante útiles y beneficiosas de cara a limitar el uso desproporcionado que se hace de la prisión provisional en España. Sin embargo, sorprende que en el Anteproyecto se siga manteniendo la posibilidad de decretar esta medida tan restrictiva para perseguir delitos que llevan aparejada una pena igual o superior a dos años, o inferior si el encausado tuviere antecedentes penales. Habría que elevar este límite para reservar la prisión provisional exclusivamente para los casos más graves.

También llama la atención que ni en la legislación actual ni en el Anteproyecto de reforma de la LECrim se contemple de forma expresa la posibilidad de aplicar la prisión provisional atenuada para aquellos infractores que tengan la responsabilidad principal de menores a su cargo. Especialmente, teniendo en cuenta que en la actualidad hay un elevado número de familias monoparentales y que más de dos millones de niños europeos tienen a sus padres en prisión.

Por último, en este artículo se analiza una reforma que se ha llevado a cabo con éxito en Rusia y que sería interesante introducir en España. Consiste en establecer nuevas reglas sobre la forma de descontar el tiempo que el preso ha pasado en prisión provisional del tiempo total que tiene que permanecer en prisión en el caso de que se confirme su condena. Las nuevas reglas establecen que un día bajo el régimen de prisión provisional equivale a un día y medio en una prisión normal. Con esta reforma se ha conseguido reducir la duración de las penas de prisión y también la población carcelaria. De hecho, la aplicación de la nueva Ley en Rusia ya ha supuesto la reducción del tiempo de condena de 81 000 presos y la excarcelación de 10 000 internos. Además, otro posible efecto positivo de esta reforma es que quizás consiga que algunos jueces valoren más detenidamente la adopción de la prisión provisional (y su duración), teniendo en cuenta que una prisión provisional prolongada puede reducir considerablemente el tiempo que finalmente el preso pase en prisión.

Bibliografía

Abrisketa Uriarte, J. (2013). Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador. *Revista Española de Derecho Internacional*, 65 (1), pp. 73-99.

Aebi, M. F. y Tiago, M. M. (2020a). *Prisons and Prisoners in Europe 2019: Key Findings of the SPACE I report*. Consejo de Europa.

Aebi, M. F. y Tiago, M. M. (2020b). *Prisons and Prisoners in Europe in Pandemic Times: An evaluation of the shortterm impact of the COVID-19 on prison populations*. Consejo de Europa.

Aebi, M. F. y Tiago, M. M. (2020c). *Prisons and Prisoners in Europe in Pandemic Times: An evaluation of the medium-term impact of the COVID-19 on prison populations*. Consejo de Europa.

Alonso Fernández, J. A. (2019). *Tribunal Constitucional y fines de la prisión provisional. Evolución de la prisión provisional en España*. JM Bosch.

Arenal, C. (1877). *Estudios penitenciarios*. Biblioteca Virtual Universal.

Atabay, T. (2013). *Handbook on strategies to reduce overcrowding in prisons, United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC)*. Naciones Unidas.

Beccaria, C. (1764). *Dei delitti e delle pene*. Las frases y párrafos del libro de Beccaria reproducidos en este artículo proceden de la edición española de Martínez Neira, M. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Universidad Carlos III de Madrid.

Carnero Fernández, L. (2019). *Prisión provisional: ¿Excepción o regla?* (Trabajo de Fin de Grado). Universidad Autónoma de Barcelona.

Cid, J. (2020). El futuro de la prisión en España. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 18, pp. 1-32.

Cobreros Mendazona, E. (2019). El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada. *Revista de Administración Pública*, 209, pp. 13-44.

Comisión Europea. (2020). *EU Enlargement Policy, Turkey 2020 Report.* Comisión Europea.

Cuenca Miranda, A. (2004). La prisión provisional en el derecho comparado y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En A. Dorrego de Carlos (coord.), *Régimen jurídico de la prisión provisional* (pp.33-68). Sepin.

Del Saz Cordero, S. (2014). La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado. *Revista de Administración Pública*, 195, pp. 55-98.

Dotú y Guri, M. M. (2013). *Los derechos fundamentales: derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales*. JM Bosch.

García, B. (27 de julio, 2020). La pandemia abre la puerta al futuro de las cárceles: Las alternativas a la prisión en España después de la covid-19: enviar a presos a casa y facilitar un regreso escalonado a la comunidad. *El País*. https://elpais.com/espana/2020-07-26/la-pandemia-abre-la-puerta-al-futuro-de-las-carceles.htmln

García Ramírez, S. (2014). *Los reformadores. Beccaria, Howard y el Derecho penal ilustrado.* Tirant lo Blanch.

Gudín Rodríguez-Magariños, F. (2009). La paulatina erradicación de la prisión preventiva: un análisis progresivo bajo las potencialidades de las nuevas tecnologías. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 63 (2078), pp. 227-254.

Hernández Gómez, I. (2011). Prisión provisional y garantías. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, 16/17, pp. 37-82.

Herrera, E. (29 de noviembre, 2019). Hasta 52 euros por cada día en prisión de un inocente: «insuficiente» para el daño «irreparable» que produce la cárcel. *elDiario.es*. https://www.eldiario.es/politica/reparacion-economica-prision-provisional-indebida_1_1236197.html

Lardizabal y Uribe, M. (1782). *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

Moreno Catena, V. (2003). Prólogo. En O. Sanguiné, *Prisión provisional y derechos fundamentales* (pp. 13-18). Tirant lo Blanch.

Morillas Cueva, L. (2016). Reflexiones sobre la prisión preventiva. *Anales de Derecho,* 34 (1), pp. 1-38.

Nieto Martín, A., Muñoz de Morales Romero, M., y Rodríguez Yagüe, C. (2017). Alternativas a la prisión: Una evaluación sobre su impacto en la población penitenciaria española. *Revista General de Derecho Penal*, 28, pp. 1-100.

Queralt Jiménez, A. (2018). Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, pp. 395-424.

Ragués i Vallès, R. (2020). ¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión? *InDret*, 3, pp. 112-136.

Rodríguez Yagüe, C. (2018). Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-05, pp. 1-68.

Sanguiné, O. (2003). *Prisión provisional y derechos fundamentales.* Tirant lo Blanch.

Simón Castellano, P. (2021). El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional en España. *Revista Penal México,* 18, pp. 171-182.

Tapia Fernández, I. (2014). La responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación de la Administración de Justicia. *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 15, pp.129-148.

Turturro Pérez de Los Cobos, S. (2020). Las sentencias piloto del TEDH sobre los tratos inhumanos y degradantes en las cárceles europeas. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp.130-147.

Ull Salcedo, M. V. (2005). La prisión provisional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Boletín de la Facultad de Derecho,* 26, pp. 419-452.

Zyl Smit, D. y Snacken, S. (2013). *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea: penología y derechos humanos*. Tirant lo Blanch.

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 345-370
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1616

ENTRE LA VALIDEZ Y LA EFICACIA. NOTAS SOBRE LA RECIENTE DISOLUCIÓN (Y MOCIONES DE CENSURA) DE LA ASAMBLEA DE MADRID

BETWEEN VALIDITY AND EFFECTIVENESS. NOTES ON THE RECENT DISSOLUTION (AND VOTES OF NO CONFIDENCE) OF THE MADRID REGIONAL PARLIAMENT

David Delgado Ramos
Profesor Contratado Doctor
de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos
https://orcid.org/0000-0002-4656-3269

Fecha de recepción del artículo: abril 2021
Fecha de aceptación y versión final: septiembre 2021

RESUMEN

El 10 de marzo de 2021, la presidenta de la Comunidad de Madrid, Isabel Díaz Ayuso, decidió disolver anticipadamente la Asamblea regional, ante la sospecha de que su entonces socio de la coalición de gobierno quería plantear una moción de censura con el principal partido de la oposición regional.

La disolución, que aún no había sido publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, fue seguida de la presentación de dos mociones de censura al objeto de paralizar la disolución, puesto que esta no había cobrado eficacia al no estar publicada.

Surgió así un conflicto jurídico-constitucional que, resuelto en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad, determinó la prevalencia de la disolución frente a las mociones de censura.

Palabras clave: disolución, censura, Parlamento, validez, eficacia.

ABSTRACT

On 10 March 2021, the President of the Autonomous Region of Madrid, Isabel Díaz Ayuso, decided to dissolve the Regional Parliament in advance,

on suspicion that her then member of the governing coalition wanted to raise a vote of no confidence with the main regional opposition party.

The dissolution, which had not been yet published in the Official Gazette of the Autonomous Region of Madrid, was followed by the submission of two votes of no confidence in order to paralyze the dissolution, since it had not become effective in not being published.

Thus a legal-constitutional conflict arose which, resolved in the High Court of Justice of the Region, determined the prevalence of dissolution over votes of no confidence.

Keywords: dissolution, vote of no confidence, parliament, validity, effectiveness.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL MARCO JURÍDICO DE LA DISOLUCIÓN PARLAMENTARIA EN LA COMUNIDAD DE MADRID. III. LA DISOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA DE MARZO DE 2021. *1. Antecedentes. 2. La disolución de la Asamblea. 3. La presentación de las mociones de censura y la actuación de la Mesa.* IV. EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA (TSJ) DE 14 DE MARZO. V. CONCLUSIONES: ¿DISOLUCIÓN O MOCIÓN DE CENSURA? BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

El 10 de marzo de 2021, la presidenta de la Comunidad Autónoma de Madrid, Isabel Díaz Ayuso, tras reunir al Consejo de Gobierno y, ante la sospecha de que su entonces socio gubernamental, –Ciudadanos–, estaba planeando una moción de censura con el principal partido de la oposición, –el Partido Socialista Obrero Español (PSOE)–, decide disolver anticipadamente la Asamblea de Madrid y convocar elecciones autonómicas para el 4 de mayo.

La decisión, tomada de forma improvisada, fue anunciada inmediatamente después de la celebración del Consejo de Gobierno, pero el decreto de disolución fue remitido horas después al presidente de la Asamblea, propiciando que varios grupos de la Cámara presentasen en el ínterin hasta dos mociones de censura al objeto de paralizar la disolución, dado que esta aún no había sido publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, siéndolo al día siguiente.

La reunión de urgencia de la Mesa esa misma tarde y la admisión a trámite de las iniciativas condujo a la interposición por la propia Mesa, el viernes 12, de un recurso contencioso-administrativo solicitando medidas cautelares al Tribunal Superior de Justicia de Madrid al objeto de paralizar la disolución y la convocatoria electoral y con ello, indirectamente, hacer prevalecer las mociones de censura. El recurso, resuelto dos días después, denegó la medida cautelar solicitada y reconoció la validez jurídica de la disolución de la Asamblea, decayendo las mociones.

La falta de publicación «inmediata» del decreto constituye el aspecto jurídico más controvertido, habiendo propiciado un hondo debate jurídico-constitucional en torno a la eficacia del acto de disolución. ¿Era, pues, válido, –y, por lo tanto, efectivo y operativo–, el decreto de disolución de la Asamblea de Madrid desde que fue dictado, o solo lo fue cuando se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad?

En este trabajo pretendemos analizar la cuestión suscitada partiendo de la normativa electoral vigente en la comunidad, para estudiar después el íter político-normativo que, iniciándose con la disolución y continuando con la presentación de las mociones de censura, concluye mediante el Auto 48/2021, de 14 de marzo, de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

II. El marco jurídico de la disolución parlamentaria en la Comunidad de Madrid

El marco jurídico de la disolución de la Asamblea de Madrid se encuentra regulado en la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid y la Ley 5/1990, de 17 de mayo, reguladora de la facultad de disolución de la Asamblea de Madrid por el presidente de la Comunidad[1].

En relación con el Estatuto de Autonomía, el artículo 21.1, declara que «El Presidente de la Comunidad de Madrid, previa deliberación del Gobierno y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá acordar la disolución de la Asamblea con anticipación al término natural de la legislatura. La disolución se formalizará por Decreto, en el que se convocarán a su vez elecciones, conteniéndose en el mismo los requisitos que exija la legislación electoral aplicable». Un precepto que se complementa con lo expuesto en el artículo 21.2, donde sostiene que «El Presidente no podrá acordar la disolución de la Asamblea durante el primer período de sesiones de la legislatura, cuando reste menos de un año para la terminación de la legislatura, cuando se encuentre en tramitación una moción de censura o cuando esté convocado un proceso electoral estatal. No procederá nueva disolución de la Asamblea antes de que transcurra un año desde la anterior».

Por otro lado, la ley electoral de la comunidad establece, en su artículo 8.1, que «La convocatoria de elecciones se realiza por Decreto

---

[1] Resulta curioso, como apunta Arnaldo, que, si bien los Parlamentos de las comunidades autónomas nacieron como indisolubles, introdujeron, mediante una interpretación discutible del artículo 148.1.1ª de la Constitución, dicha posibilidad. En ese sentido, recuerda que «El silencio de la Constitución no cierra la vía a que la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma integre este mecanismo; el silencio estatutario, sin embargo, cierra el camino al legislador autonómico por cuanto la previsión de la disolución, como elemento característico del régimen parlamentario, es jurídicamente necesaria en la norma fundante». (Arnaldo, 1998: 110). En la misma línea se manifiesta Bar, para quien el mecanismo de disolución «debería haber sido regulado previamente en los propios Estatutos, y su no exclusión de manera expresa en estos no significa necesariamente la posibilidad de su introducción por vía de ley autonómica ordinaria, como de hecho se ha realizado en la práctica, sino más bien todo lo contrario».

(Bar, 1989: 292-293). Garrido, sobre esta cuestión, añade que «la vía legislativa no es la idónea para conferir facultades no previstas en el Estatuto, y que no cabe inferir de la genérica competencia en relación con la autoorganización de las instituciones de gobierno». (Garrido, 2010: 167).

del Presidente de la Comunidad, que se expedirá en la forma requerida para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, el día quincuagésimo quinto anterior a la fecha de la celebración de las elecciones», para continuar en el artículo 8.2 señalando que «El Decreto de convocatoria, que será publicado al día siguiente de su expedición en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid», fecha en la que entrará en vigor, señalará la fecha de las elecciones, que habrán de celebrarse el cuarto domingo de mayo del año que corresponda, o el día quincuagésimo cuarto posterior a la convocatoria en el supuesto de disolución anticipada».

Por último, la Ley 5/1990, de 17 de mayo, reguladora de la facultad de disolución de la Asamblea de Madrid por el presidente de la Comunidad[2], recoge en su artículo 1.1 que «El Presidente de la Comunidad de Madrid, previa deliberación del Consejo de Gobierno, y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá acordar la disolución anticipada de la Asamblea de Madrid», mientras que en su apartado segundo afirma que «No podrá acordarse, en ningún caso, la disolución anticipada de la Asamblea de Madrid cuando se encuentre en tramitación una moción de censura». Esto se complementa con lo expuesto en su artículo 2, según el cual «El Decreto de disolución se publicará en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y entrará en vigor en el momento de su publicación».

Este precepto se complementa con lo dispuesto en el artículo 42.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, que afirma que «En los supuestos de elecciones a Cortes Generales o de Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en las que el Presidente del Gobierno o los respectivos Presidentes de los Ejecutivos autonómicos hagan uso de su facultad de disolución anticipada expresamente prevista en el ordenamiento jurídico, los decretos de convocatoria se publican, al día siguiente de su expedición, en el "Boletín Oficial del Estado", o, en su caso, en el "Boletín Oficial" de la Comunidad Autónoma correspondiente. Entran

[2] Esta ley, para algún autor, se encuentra *de facto* derogada al incluirse sus previsiones en la reforma del Estatuto operada mediante la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. (Marazuela, 2008: 344).

en vigor el mismo día de su publicación. Los decretos de convocatoria señalan la fecha de las elecciones que habrán de celebrarse el día quincuagésimo cuarto posterior a la convocatoria».

Del análisis de este conjunto de normas podemos inferir que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y sus normas complementarias optaron por importar y replicar el modelo de parlamentarismo racionalizado –con ribetes presidencialistas cada vez mayores en el Estado autonómico[3]– que la Constitución atribuye a las relaciones Gobierno-Parlamento y, en consecuencia, otorgar la potestad exclusiva de disolución de la Cámara al presidente de la Comunidad[4], con un matiz relevante que se contiene en el artículo 21.3 del Estatuto: pese a incorporar, mediante la Ley 5/1990, la facultad de disolver la Asamblea anticipadamente, «la nueva Cámara que resulte de la convocatoria electoral tendrá un mandato limitado por el término natural de la legislatura originaria». Un matiz de calado porque conlleva que una eventual disolución y convocatoria electoral subsiguiente va a tener siempre y en todo caso una hipotética duración máxima de tres años que, en el caso que nos ocupa, y tras las elecciones autonómicas celebradas el 4 de mayo de 2021, se reduce a un máximo de dos años, hasta mayo de 2023[5].

---

[3] Morales plantea, en relación con este asunto, que las sucesivas reformas estatutarias han tenido como consecuencia la progresiva «presidencialización» de los otrora claros modelos parlamentarios autonómicos, aunque este reforzamiento del Ejecutivo no ha «abordado una flexibilización de los elementos del sistema que permitirían a la institución parlamentaria hacer efectiva la exigencia de responsabilidad política. Por ejemplo, en los trámites de las reformas no se ha introducido con seriedad el debate sobre la posibilidad de reducir los obstáculos injustificados que convierten en testimonial la presentación y, en su caso, el triunfo de la moción de censura; o de ampliar, más allá de la excepcionalidad que supone el modelo del País Vasco, la regulación del mecanismo de reprobación parlamentaria individualizada de los miembros del gobierno, que hiciera posible la responsabilidad de cada uno de ellos en la parcela departamental que gestionan». (Morales, 2016: 74).

[4] En este punto conviene aportar el matiz de enorme importancia que apunta Arce: «sería necesario diferenciar entre: "disolver y, en consecuencia, convocar elecciones" y "convocar elecciones y, en consecuencia, disolver". El primer supuesto abarca los casos en que, libremente, el Presidente decide disolver la Cámara antes de la terminación natural de su mandato, y el segundo supuesto es aquel en el que el Presidente convoca elecciones por mandato de la ley electoral en la fecha que ésta tenga fijada». (Arce, 1999: 1701).

[5] Esta cuestión, como explica Herráiz, implica que «el escenario actual se caracteriza por la existencia de tres grupos diferenciados de Comunidades Autónomas, con vocación de pasar a ser dos: por un lado, aquellas con plena autonomía teórica sobre el calendario electoral desde el momento en que, al tener atribuida la facultad de disolución anticipada

III. La disolución de la Asamblea de Madrid de marzo de 2021

1. Antecedentes

El martes 10 de marzo, a primera hora de la mañana, se hace pública la noticia de que Ciudadanos, con el apoyo del PSOE, planeaba presentar una moción de censura contra el gobierno autonómico de la Región de Murcia, presidida por el Partido Popular con el apoyo parlamentario de Ciudadanos.

La noticia, además, confirma que Ciudadanos se plantea extender este pacto con el PSOE a algunas de las comunidades autónomas donde gobierna el Partido Popular con su apoyo, como Castilla y León o la Comunidad de Madrid, pero no a otra comunidad en la que comparten gobierno de coalición, como Andalucía.

En ese contexto, y tras la reunión ordinaria del Consejo de Gobierno, la presidenta de la Comunidad de Madrid, Isabel Díaz Ayuso, decide comunicar a sus consejeros la decisión de disolver inmediatamente la Asamblea de Madrid y convocar elecciones para el martes 4 de mayo.

La decisión, desconocida por el Consejo, provoca que Ciudadanos se apreste a desmentir la noticia de la posible moción de censura en la Comunidad, criticando la iniciativa de la presidenta y la ruptura unilateral del pacto de gobierno al que llegaron en junio de 2019 al considerarla inoportuna e irresponsable.

En rueda de prensa posterior, la propia presidenta de la Comunidad explicará en profundidad sus razones, manifestando que

---

de su Asamblea, han podido desde hace años (País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía) o van a poder, en un futuro, tras las últimas reformas estatutarias, independizar la celebración de sus elecciones autonómicas de las del resto de Comunidades (en ese caso, se encuentran Comunidad Valenciana, Baleares, Aragón, Castilla y León, Extremadura y Navarra). En un segundo grupo, encontramos aquellas en las que, a pesar de que su Presidente puede disolver anticipadamente la Asamblea, se trata de una facultad limitada pues el calendario electoral se encuentra condicionado estatutariamente para hacer coincidir las elecciones autonómicas con las locales, lo que aboca a una convocatoria armonizada en Asturias, Cantabria, Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Madrid y Murcia. En tercer lugar, Canarias se halla a punto de incorporarse al primer grupo de Comunidades citado, pero a día de hoy ni siquiera se encuentra en el segundo al no haber completado la caracterización de su sistema de gobierno parlamentario con la atribución al presidente de la Comunidad de la potestad de disolución del Parlamento con anticipación del término de la legislatura, ni siquiera en términos relativos». (Herráiz, 2015: 83-84).

«Me he visto obligada a tomar esta decisión por el bien de Madrid y de España y contra mi voluntad repetida de agotar la legislatura (...). Si no tomo esta decisión Ciudadanos y el PSOE hubieran presentado una moción de censura, algo que ya habían hablado en reiteradas ocasiones, y causar el desastre»[6].

Poco después, tomará también la decisión de cesar a todos los consejeros de Ciudadanos[7], manteniendo no obstante en el cargo a los provenientes del Partido Popular, atribuyéndoles las competencias de los consejeros cesados hasta la investidura del próximo gobierno autonómico.

2. *La disolución de la Asamblea*

A tenor del marco jurídico analizado, la presidenta procedió, mediante el Decreto 15/2021, de 10 de marzo, a la disolución de conformidad con las competencias legales y estatutarias atribuidas, que exigen, *ex* artículo 21.1 del Estatuto, la previa deliberación del Consejo de Gobierno para otorgar validez al acuerdo de disolución. El decreto fue publicado, de acuerdo con lo señalado en el artículo 8.2 de la Ley 11/1986, al día siguiente en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, entrando inmediatamente en vigor con su publicación.

Sin embargo, es en este último tracto administrativo donde se encuentra, en el caso que nos ocupa, el aspecto más controvertido y problemático del proceso de disolución, dado que esta se sustancia en dos momentos distintos que, de consuno, perfeccionan, otorgándole eficacia, al acto de la disolución. Estos momentos son el acuerdo de disolución y su publicación.

Respecto al primero, el acuerdo de disolución exige, a su vez, dos requisitos básicos y fundamentales, que son la previa deliberación del Consejo de Gobierno y el acuerdo propiamente dicho. En ese sentido, y en consonancia con el principio de responsabilidad

---

[6] «Díaz Ayuso rompe con Ciudadanos y convoca elecciones anticipadas en Madrid ante la posibilidad de una moción de censura». *El Mundo*, 10 de marzo de 2021. Disponible en: https://www.elmundo.es/madrid/2021/03/10/6048af17fc6c83fb298b480c.html

[7] Son destituidos los consejeros de Transportes, Movilidad e Infraestructuras, Ángel Garrido; Economía, Empleo y Competitividad, Manuel Giménez; Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad, Javier Luengo; Ciencia, Universidades e Innovación, Eduardo Sicilia; y Cultura y Turismo, Marta Rivera de la Cruz.

solidaria que preside la relación interna y externa del Ejecutivo en un régimen parlamentario[8], la deliberación es preceptiva y, en caso de no producirse, podría invalidar el acuerdo aunque la competencia de disolución es propia, exclusiva e indisponible por parte del presidente de la Comunidad de Madrid[9]. Por ello, en el seno de la celebración de un Consejo ordinario el miércoles 10 de marzo, la presidenta decidió comunicar su decisión y escuchar el parecer del equipo de gobierno. Una vez realizado este trámite, el acuerdo de disolución podía firmarse y remitirse al Boletín Oficial de la Comunidad[10].

El «Acuerdo», por su parte, es, sin embargo el aspecto sustantivo de este primer momento, y el elemento nuclear que determina la validez del acto y, en consecuencia, su plena funcionalidad, porque supone, *ex* artículo 21.2 del Estatuto de la Comunidad, –«el Presidente no podrá acordar la disolución de la Asamblea (…), cuando se encuentre en tramitación una moción de censura»–, el límite infranqueable a cualquier moción de censura de un modo «bidireccional», al constatar que la tramitación de la moción queda frenada con el acuerdo de disolución, también a *sensu contrario*. Y el «Acuerdo» se había producido antes de la presentación de las mociones de censura, previa deliberación del Consejo de Gobierno.

Por otro lado, en directa conexión con lo anterior, y desde la perspectiva de las relaciones Gobierno-Parlamento, los términos «acuerdo» y «en tramitación» que usa el artículo 21.2 presentan una concepción del parlamentarismo que trata de equilibrar las relaciones de tensión-colaboración entre ambos poderes. Así, «acuerdo» refiere al acto formal de disolver que se materializa «posteriormente» en

---

[8] El artículo 23 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad dispone que «El Gobierno responde políticamente ante la Asamblea de forma solidaria, sin perjuicio de la responsabilidad directa de cada Consejero por su gestión».

[9] El término «previa deliberación del Gobierno y bajo su exclusiva responsabilidad» que el Estatuto, en su artículo 21.1, atribuye al presidente de la Comunidad, es una traslación literal de la potestad que la propia Constitución, en su artículo 115.1, otorga al presidente del Gobierno: «El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá proponer la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales, que será decretada por el Rey. El decreto de disolución fijará la fecha de las elecciones».

[10] A tenor de la información difundida por la Presidencia de la Comunidad, la reunión del Consejo de Gobierno finalizó a las 11.45 horas, siendo firmado el decreto sobre las 12:25 y remitido al Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid a las 12:50.

un acto jurídico-administrativo, mientras que «en tramitación» hace referencia a la admisión a trámite que realiza la Mesa, pero que no se concreta con la mera presentación de la moción, esto es, su registro, sino con su calificación[11], dado que la moción de censura podría incumplir algún requisito formal que impidiese su aceptación.

En relación con el segundo momento, la publicación, a nuestro juicio constituye un acto reglado, debido, consecuencia natural del principio de publicidad de las normas, que no puede ser ni suspendido ni dilatado en el tiempo más allá de lo expresamente previsto en la propia norma. Un acto sobre el que no cabe voluntariedad alguna, por lo que no está sujeto a ninguna discrecionalidad. Ello explica, por ejemplo, que pese a la notable controversia generada, se cumpliese estrictamente la formalidad requerida por el artículo 8.2 de la Ley 11/1986 y no se «acelerase» la publicación del decreto, siendo publicado al día siguiente en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid. El decreto, en suma, «no pudo» haberse publicado antes.

Por ello, se debe entender que el carácter preceptivo y necesario de la publicación no afecta a su validez, sino a su eficacia, y si bien es cierto que la publicación es un elemento constitutivo del acto de disolución, no menos cierto es que es así porque lo perfecciona normativamente, permitiéndole desplegar los efectos que la validez del acto posee desde que ha sido acordado y, por lo tanto, dictado[12].

---

[11] Es el criterio, al que nos adherimos, de Vírgala, para quien en el caso de la eventual presentación de una moción de censura en el Congreso de los Diputados «El comienzo de la prohibición de disolver debe entenderse referido al momento de la admisión a trámite de la moción de censura por la Mesa del Congreso, ya que pensamos que eso es lo que quiere decir el artículo 115.2 CE cuando se refiere a "en trámite". En caso contrario, se aumentaría el riesgo mencionado de mociones de censura continuas para evitar la disolución, ya que bastaría presentar una moción de censura sin los requisitos del art. 113 CE para que entrara en juego el art. 115.2 CE. Dicha moción sería posteriormente rechazada por la Mesa, pero habría conseguido su objetivo de evitar la disolución». (Vírgala, 1988: 248).

[12] Opinión contraria manifiesta Arbós, para quien «La Constitución garantiza dos principios que serían vulnerados si se aceptara la validez de un decreto no publicado de modo oficial: el de publicación de las normas y el de seguridad jurídica. Están en el artículo 9.3 de la Constitución, y el primero está estrechamente vinculado al segundo. No puede haber seguridad jurídica si no existen fuentes seguras de conocimiento de las normas, como lo son únicamente los boletines oficiales. Ni los medios de comunicación ni las redes sociales son la fuente de publicación de las normas». Arbós, Xavier. «Una disolución imposible». *El Periódico*, 11 de marzo de 2021. Disponible en: https://www.elperiodico.com/es/opinion/20210311/disolucion-imposible-11573201. Similar opinión manifiesta Presno, quien

Por ese motivo, el artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa». Ese, «salvo que en ellos se disponga otra cosa» no permite inferir, en directa conexión con el caso que nos ocupa, una interpretación formalista que aleje el sentido teleológico del tenor literal y que, por ende, concluya por afirmar que el artículo 42 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) no admite que el acuerdo de disolución dictado y firmado carece de eficacia sino desde su publicación[13]. Por ello, el apartado segundo del mismo artículo 39 permite demorar la eficacia del acto administrativo «cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior». La evidente conexión de ambos preceptos al caso es clara y concluyente: la disolución era válida desde que se acordó aunque su eficacia se demorase *ex lege* hasta su publicación porque no pudo haberse publicado antes.

---

considera que «Esa publicidad exigida por la Constitución no consiste en que el contenido de una norma (aquí, el Decreto por el que se acuerda la disolución de una Cámara) sea transmitido al público de cualquier forma o mediante cualquier procedimiento más o menos transparente (nota o rueda de prensa, comunicado institucional…), sino en que se haga de una forma fehaciente para que su contenido sea incuestionable; y esa publicidad sólo se consigue, cuando de una norma se trata, con la publicación en el Boletín Oficial correspondiente». «Sobre la validez de la convocatoria de elecciones a la Comunidad de Madrid». PRESNO LINERA, Miguel Ángel. *Agenda Pública*, 11 de marzo de 2021. Disponible en: https://agendapublica.es/sobre-la-validez-de-la-convocatoria-de-elecciones-a-la-comunidad-de-madrid/

[13] Presno incide también en otro aspecto jurídico sustantivo, y es la no consideración del acto de disolución como un «acto administrativo», sino «político».Presno Linera, Miguel Ángel. «La decisión política de disolver anticipadamente un Parlamento no es un acto administrativo». Disponible en: https://presnolinera.wordpress.com/2021/03/13/la-decision-politica-de-disolver-anticipadamente-un-parlamento-no-es-un-acto-administrativo/. Curiosamente, el Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 6247/2019, de 27 de mayo, en relación con un recurso interpuesto contra el Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, señaló expresamente en su inadmisión que «El acto impugnado no ha sido dictado en el ejercicio de una actuación administrativa que pueda ser controlada por los Tribunales de este orden contencioso-administrativo y se encuentra fuera del ámbito de control que nos reserva el artículo 106.1 de la Constitución y más allá de los límites de conocimiento que nos asignan los artículos 1 y 2 de la LJCA, por lo que carecemos de jurisdicción para enjuiciarlo».

La facultad de la Presidencia de la Comunidad constituye un acto personalísimo cuya eficacia opera desde el instante en el que se acuerda y se firma, previa reunión del Consejo de Gobierno. El acto de publicación, por lo tanto, y en consonancia con el principio de publicidad de las normas, es un acto imprescindible pero meramente declarativo, siendo el acto constitutivo el del acuerdo el que determina la disolución de la Asamblea. Por ello, el mismo acuerdo produjo la disolución de la Asamblea de Madrid, y no su publicación posterior en el Boletín Oficial de la Comunidad al día siguiente. Su validez jurídica, en definitiva, deriva del acuerdo, no de su publicación, ya que el acuerdo es un acto disponible por quien lo acuerda, siendo su publicación un acto debido.

La consideración de la plena e inmediata ejecutividad del acto de disolución deriva del ejercicio indisponible y discrecional de las potestades públicas atribuidas a la Presidencia de la Comunidad, ya que, como recuerda algún autor, «Sin el carácter vinculante inmediato, sin los efectos desde que se firma, no cabe imaginar la idea de potestad ni menos aún de potestad soberana»[14]. En caso contrario, las potestades del titular del ejecutivo regional quedarían anuladas a la espera de un acto meramente administrativo –la publicación oficial– que se situaría por encima de un acto jurídico-político como es la disolución. Lo relevante, lo nuclear del acto de disolución es el acto mismo, cuya efectividad no pueda quedar demorada a su publicación porque este segundo acto es imperativo y administrativo, no discrecional y político.

Un argumento que se refuerza con lo afirmado en el artículo 51.1 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid: «Los actos y acuerdos de las autoridades y órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid serán inmediatamente ejecutivos, con los límites señalados en los artículos 101 y 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo».

Cierto es que, teóricamente, un conflicto como el que sucedió se podría haber evitado obligando a guardar secreto de las delibera-

[14] Fernández-Fontecha Torres, Manuel. «La disolución de la Asamblea de Madrid». *Elderecho.com*, 15 de marzo de 2021. Disponible en: https://elderecho.com/la-disolucion-de-la-asamblea-de-madrid.

ciones del Consejo de Gobierno como establece el artículo 25.1 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid[15], pero dicha eventualidad, si bien reforzaría la conexión «jurídica» entre el acuerdo y su publicación, carecería de sentido *político*, toda vez que el acuerdo ya opera desde que el presidente de la Comunidad lo signa, por lo que resultaría un tanto absurdo que la Cámara, desconocedora de su propia disolución, siguiese funcionando con normalidad parlamentaria hasta que, al día siguiente, se encontrase con la sorpresa de su fin en el Boletín Oficial. Esta posibilidad rompería el necesario equilibrio entre poderes que debe presidir las relaciones de cooperación y colaboración en un régimen democrático. La Cámara, por lo tanto, se encuentra disuelta desde que el presidente de la Comunidad firma la disolución. En caso contrario, se rompería el equilibrio de poderes en el caso de que fuese posible una disolución operada sin la consecuente –e imprescindible– convocatoria electoral.

En ese sentido, lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LOREG al afirmar que «En los supuestos de elecciones a Cortes Generales o de Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en las que el Presidente del Gobierno o los respectivos Presidentes de los Ejecutivos autonómicos hagan uso de su facultad de disolución anticipada expresamente prevista en el ordenamiento jurídico, los decretos de convocatoria se publican, al día siguiente de su expedición, en el "Boletín Oficial del Estado", o, en su caso, en el "Boletín Oficial" de la Comunidad Autónoma correspondiente. Entran en vigor el mismo día de su publicación. Los decretos de convocatoria señalan la fecha de las elecciones que habrán de celebrarse el día quincuagésimo cuarto posterior a la convocatoria», no afecta a la ejecutividad del acto político de disolución, sino a su eficacia jurídica, esto es, al inicio operativo de sus efectos, la convocatoria electoral y la Diputación Permanente. Resultaría jurídicamente absurdo que, conocida pública

[15] Artículo 25.1 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid:

«Las deliberaciones del Consejo tienen carácter reservado. Sus miembros están obligados a guardar secreto sobre las opiniones y votos emitidos en el transcurso de las reuniones, así como de la documentación a que hayan podido tener acceso por razón de su cargo, mientras no se hayan hecho públicas oficialmente».

y políticamente la disolución de una Cámara, esta siguiera operando con plena normalidad hasta el día siguiente, cuando se publicase en el diario oficial el acto de disolución.

Es más, no considero en este punto que una modificación normativa tendente a establecer la inmediata publicación oficial tras la reunión del Consejo de Gobierno sirviese para evitar, «pro futuro», una crisis como la suscitada, porque la controversia podría volver a suceder en el caso de que transcurriese un razonable periodo de tiempo, bien que limitado, para poder presentar una moción de censura hasta la publicación de la disolución de la Cámara. La eficacia demorada con la publicación, en suma, no supone una pérdida de ejecutividad del acto de disolución, sino tan solo publicidad legal para el público conocimiento.

A nuestro juicio, el régimen parlamentario diseñado por el legislador para el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid no permite otra interpretación que la formulada, dado que la potestad de disolución anticipada atribuida al presidente busca reequilibrar el sistema de relaciones Ejecutivo-Legislativo que, desde la óptica de este, tiene en la moción de censura el instrumento de exigencia de responsabilidad-control más poderoso y eficaz[16]. La disolución anticipada o voluntaria constituye, en ese sentido, uno de los elementos más característicos de la forma parlamentaria de gobierno[17] al configurarse como una «contraarma» que equilibra la moción de censura en el terreno jurídico-constitucional[18] desde la conciliación del principio de soberanía nacional con el de la voluntad de las asambleas[19].

---

[16] Algún autor, como Pérez Royo, basa su argumentación contraria a la prevalencia de la disolución sobre la moción de censura con base «en la mayor proximidad de la Asamblea al principio de legitimidad democrática que la que tiene la presidenta». Un argumento endeble y equívoco por cuanto la presidenta tiene, mediante la investidura de la que fue objeto, una clara legitimidad democrática de la misma entidad que la propia Cámara. Pérez Royo, Javier. «¿Disolución o moción de censura?». *Eldiario.es*, 10 de marzo de 2021. Disponible en: https://www.eldiario.es/contracorriente/disolucion-mocion-censura_132_7294880.html

[17] Como explica Bar, «la previsión de la disolución voluntaria, si bien no es absolutamente imprescindible para la existencia de la forma parlamentaria de gobierno, sí puede decirse que es uno de sus elementos más característicos». (Bar, 1992: 151-152). Loewenstein, por el contrario, la convierte en «el núcleo de la dinámica del poder en el Estado parlamentario. Su mera existencia fortalece al gabinete, su ausencia lo debilita». (Loewenstein, 2018: 280)

[18] (Navarro, 2002: 118).

[19] (Lucas, 1985: 18).

Una interpretación en sentido contrario conduciría indefectiblemente a una interpretación tan absurda como perversa: a un anuncio de disolución «aún no publicado» se le podría obstaculizar con la mera presentación de una moción de censura[20], haciendo así inviable cualquier disolución de la cámara no deseada por cualquiera de los grupos parlamentarios de la oposición. El equilibrio-tensión entre poderes quedaría con ello desequilibrado en favor de un Legislativo que auparía su preeminencia a lomos de la inestabilidad del Ejecutivo, minando así la gobernabilidad.

Por otro lado, conviene resaltar un aspecto que se planteó jurídicamente entonces, conexo con el debate jurídico-constitucional evocado, y es si cabría la posibilidad de disolver la Cámara sin convocar elecciones. En nuestra opinión, esta opción no es constitucionalmente viable, dado que conllevaría una supeditación absoluta del Poder Legislativo al Ejecutivo, que tendría en sus manos, como acto propio e indisponible, la facultad libérrima y arbitraria de disolver el parlamento sin convocar uno nuevo mediante el trámite democrático del proceso electoral. El parlamentarismo, su sentido y naturaleza, se quebraría, y con él el Estado constitucional y democrático, por la total conexión entre el parlamento y la democracia. La disolución parlamentaria constituye el mecanismo «político» último de resolución de conflictos entre poderes devolviendo la voz al único que puede resolver el mismo: el cuerpo electoral. Por lo tanto, el mismo acto de disolución, el mismo acuerdo, conlleva indefectiblemente la convocatoria de elecciones.

3. *La presentación de las mociones de censura y la actuación de la Mesa*

Conocida por los medios de comunicación la decisión de la presidenta de la Comunidad, dos grupos parlamentarios, Más Madrid y PSOE, –dos de los tres partidos que conformaban la oposición parlamentaria en la Asamblea de Madrid–, deciden presentar cada

[20] La praxis parlamentaria desde 2018 ha demostrado que la realidad supera la ficción jurídica y que, el tradicional aserto, según el cual, como expresase acertadamente González, «Una moción de este tipo sólo es útil como medio para desgastar al equipo gubernamental o para descalificarle ante la opinión pública», se ha demostrado certero solo entre 1978 y 2018. La moción puede triunfar, con efectos perversos fruto de una coalición negativa que alce a la Presidencia a un candidato carente de la mayoría en la Cámara. (González, 2003: 542).

uno una moción de censura. Mociones que serían registradas a las 13.03 horas y 13:07 horas, respectivamente, poco antes del cierre del registro de la Cámara a las 14:00 horas.

Para los grupos proponentes, la necesidad de las mociones se fundamentaba, en el caso de Más Madrid, en que «Tras dos años de legislatura el actual Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid no ha podido presentar unos presupuestos a la Asamblea» y «El desastrosos balance económico y sanitario de la COVID-19 de la Comunidad de Madrid», mientras que, para el PSOE, la moción de censura se presentaba «Ante la crisis institucional generada por la Presidenta de la Comunidad de Madrid, se debe responder a los retos de la pandemia y sus secuelas sociales, económicas y políticas, y con el objetivo de dar estabilidad a la región y a las instituciones madrileñas».

La Mesa, convocada a petición del presidente de urgencia tras el cierre del registro, comenzó a las 14.30 horas[21], concluyendo a las 15:40 horas, admitiendo a trámite las mociones de censura, siendo con posterioridad comunicados a la Presidencia y a la Consejería de Presidencia de la Comunidad. La Consejería, por su parte, a las 16:10 horas remitió un escrito al registro de la Asamblea comunicando el acuerdo de disolución, mientras que el presidente de la misma informará a las 16:14 horas de su admisión a trámite. A las 19:30 se reúne la Junta de Portavoces donde se da cuenta tanto de las mociones presentadas como de los acuerdos de la Mesa con su admisión a trámite. La Junta fue sucedida a las 20:00 horas por una nueva reunión de la Mesa para calificar el escrito recibido de la Consejería de Presidencia, tomando conocimiento del mismo. Poco después, a las 20:18 horas es remitida a la Asamblea certificación del secretario general del Consejo de Gobierno[22] de que el mismo ha finalizado a las 11:45 horas y que, inmediatamente después, la presidenta ha firmado el decreto de disolución a las 12:25 horas, siendo enviado a las 12:50 horas al Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

---

[21] De su urgencia da buena prueba el hecho de que fue convocada a las 14:30 horas por correo electrónico remitido a las 14:05 horas, esto es, menos de media hora antes.

[22] Según la certificación remitida a las 20:03 horas por el secretario general del Consejo de Gobierno de la Comunidad: «el Consejo de Gobierno, en su sesión de 10 de marzo de 2021 a propuesta de la presidenta y según se desprende del acta provisional correspondiente, ha informado a los consejeros de que, una vez oída la deliberación del Consejo, ha acordado proceder a la disolución de la Asamblea de Madrid y convocar elecciones».

Todo este detallado íter permite apreciar el panóptico jurídico de acuerdos, mociones de censura, escritos y comunicaciones que, en un breve lapso de tiempo, da lugar a la controversia planteada en torno a la validez y la eficacia de la disolución acordada por la presidenta de la Comunidad de Madrid.

Las mociones de censura presentadas, en nuestra opinión, no debieron admitirse por la Mesa[23], porque, más allá de la comunicación oficial remitida y comunicada a la Asamblea y a su presidente, era un hecho «público y notorio» que la Cámara se encontraba «formalmente» disuelta porque así lo había comunicado la presidenta de la Comunidad tras la reunión del Consejo de Gobierno a las 12:30 horas, aunque el trámite «material» con la publicación se perfeccionase al día siguiente[24].

Pero, además, y como revela el escrito de solicitud de anulación del acuerdo de la Mesa por los que se califican y admiten a trámite las mociones de censura de Más Madrid y PSOE presentado por el Grupo Parlamentario Popular el 11 de marzo, la Mesa, pese a que lo negó el presidente de la Asamblea, «sí tenía conocimiento» de la disolución realizada por la presidenta de la Comunidad en la reunión convocada *ex profeso* para admitir a trámite las mociones de censura, por lo que su actuación puede ser calificada de incorrecta[25].

A nuestro juicio, los actos de la Mesa son nulos por tres motivos de orden jurídico-formal. En primer lugar, la reunión de la

---

[23] Idéntico parecer manifiesta Ruiz Robledo, para quien la actitud de los grupos proponentes de las sendas mociones de censura solo puede calificarse de «abuso de derecho y la Mesa hubiera actuado impecablemente desde un punto de vista jurídico si no las hubiera admitido a trámite».Ruiz Robledo, Agustín. «La disolución anticipada de Ayuso». *El País*, 11 de marzo de 2021. Disponible en: https://elpais.com/opinion/2021-03-10/la-disolucion-anticipada-de-ayuso.html

[24] En síntesis de Tudela, «Al igual que el Ejecutivo no puede impedir que el Parlamento ejerza su facultad constitucional/estatutaria de censura, el Legislativo no puede impedir que el Ejecutivo ejerza la facultad de disolución. Lo contrario supondría una profunda alteración del equilibrio de poderes que caracteriza a la forma parlamentaria. El argumento formal de que la calificación es anterior a la publicación de la disolución no parece suficiente para sustentar semejante consecuencia. En este caso, la interpretación teleológica es esencial. La finalidad de la disposición que impide disolver cuando una moción de censura se encuentra en tramitación es preservar la capacidad de iniciativa del Parlamento para alterar la mayoría de gobierno preexistente. Nunca puede entenderse que esa norma pueda servir para impedir el ejercicio de la también constitucional facultad de disolución». Tudela Aranda, José. «Madrid, caso práctico». *Agenda Pública*, 11 de marzo de 2021. Disponible en: https://agendapublica.es/madrid-caso-practico/

[25] «Durante la celebración de la reunión, como consecuencia de la insistencia del vicepresidente primero, la secretaria general de la Asamblea, Dª Raquel Marañón, procedió

Mesa fue convocada según un procedimiento inválido, dado que el Reglamento de la Asamblea exige que la convocatoria «de urgencia»[26] de la Mesa sea, a tenor de lo dispuesto en el artículo 50.1 de su Reglamento, motivada[27]; en segundo lugar, porque de lo señalado en el artículo 111 del mismo Reglamento se desprende que no había unanimidad de los miembros de la Mesa para comenzar la reunión sin la distribución, con al menos veinticuatro horas de antelación, de la documentación correspondiente[28]; y, en tercer lugar, porque el Acuerdo de 17 de septiembre de 2019, de la Mesa de la Asamblea, sobre programación de las líneas generales de actuación de la Asamblea de Madrid para la XI Legislatura, en su punto tercero, establece que «En el Orden del Día de la correspondiente sesión de la Mesa y de la Junta de Portavoces podrán incluirse aquellos asuntos que hubieran tenido entrada en la Asamblea antes de las 12:00 horas del jueves precedente a la correspondiente sesión», por lo que, en consecuencia,

---

a la lectura del texto, que contenía el decreto que recogía el acuerdo de disolución de la Asamblea de Madrid y la convocatoria de elecciones para el 4 de mayo de 2021».

Disponible en: https://www.asambleamadrid.es/static/docs/registro-ep/RGEP6506-21.pdf

[26] Según el punto primero del Acuerdo de 17 de septiembre de 2019, de la Mesa de la Asamblea, sobre programación de las líneas generales de actuación de la Asamblea de Madrid para la XI Legislatura, las reuniones ordinarias de la Mesa tendrán lugar, «Con carácter general y salvo circunstancias imprevistas», los lunes a las 11:00 horas y la Junta de Portavoces el martes a las 10:15 horas. Disponible en: http://www.madrid.org/wleg_pub/secure/normativas/contenidoNormativa.jsf?opcion=VerHtml&nmnorma=10895&cdestado=P#no-back-button

[27] Artículo 50.1 del Reglamento de la Asamblea de Madrid:

«1. La Mesa de la Asamblea se reunirá a convocatoria de la Presidencia, por propia iniciativa o a petición motivada de cualquiera de sus miembros, de conformidad con lo dispuesto en las Líneas Generales de Actuación de la Cámara aprobadas por la Mesa.

Los miembros de la Mesa podrán solicitar, de forma motivada, la celebración urgente de una reunión del Órgano Rector. La Presidencia procederá a la convocatoria de dicha reunión antes del día fijado en las Líneas Generales de Actuación para la celebración de la siguiente sesión ordinaria de la Mesa».

[28] Artículo 111 del Reglamento de la Asamblea de Madrid:

«Salvo autorización, por unanimidad, de la Mesa de la Asamblea o de la Mesa de la Comisión competente, ningún debate podrá comenzar sin la previa distribución, al menos con veinticuatro horas de antelación, del informe, dictamen o documentación que haya de servir de base al mismo.

Cuando un Grupo Parlamentario considerase necesaria la distribución de cualquier documentación o elemento de naturaleza audiovisual, que pueda servir de base al debate, deberá solicitarlo a la Mesa de la Asamblea o a la Mesa de la Comisión competente, con un plazo mínimo de setenta y dos horas de antelación al inicio de la sesión, aportando junto a la solicitud el correspondiente documento o elemento audiovisual».

las mociones no debieron haberse incluido en los asuntos de la reunión de la Mesa del 10 de marzo. Es decir, se convocó la reunión del Mesa sin motivar la urgencia, sin unanimidad para celebrar la misma sin la documentación necesaria y sin respetar el orden de tramitación de asuntos que impedía incluir en el Orden del Día lo no registrado con mucha anterioridad. La calificación de las mociones de censura por la Mesa de la Asamblea, en suma, nunca debió producirse[29].

IV. El auto del TSJ de 14 de marzo

La Mesa de la Diputación Permanente de la Asamblea decidió presentar el jueves 11 de marzo, tras publicarse el decreto de disolución de la Cámara, recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid contra el decreto, solicitando la suspensión cautelar de sus efectos y, consecuentemente, la paralización de la misma disolución y la subsiguiente convocatoria electoral.

Para la Mesa, en su recurso, junto con la declaración de que la disolución había suspendido el *ius in officium* de los diputados, vulnerando el artículo 23.2 de la Constitución[30], sostiene que «la obligatoriedad de la publicación del Decreto de disolución y convocatoria se justifica también en que su destinatario es, precisamente, el cuerpo electoral, motivo este que abunda en la imposibilidad de pretender la autonomía de una decisión con la mera adopción y firma de la misma sin la obligada

[29] Opinión contraria manifiesta Carmona, para quien «la Mesa de la Asamblea actuó conforme a derecho al admitir a trámite las iniciativas de censura planteadas el 10 de marzo. En dicho momento, si bien la presidenta ya había anunciado (una hora antes) su decisión de disolver la Cámara y convocar elecciones, tal iniciativa carecía de vigencia, dado que su entrada en vigor quedaba preceptivamente pospuesta al momento de la publicación del decreto (un día después de la expedición). Jurídicamente, por lo tanto, lo pertinente hubiera sido seguir adelante con las mociones de censura». Carmona Contreras, Ana. «La validez jurídica de las mociones de Madrid». *El País*, 12 de marzo de 2021. Disponible en: https://elpais.com/opinion/2021-03-11/seguir-adelante-con-las-mociones.html

[30] «Sin duda alguna la disolución de la Cámara impide el ejercicio de las funciones que, como institución ostenta la propia Asamblea de Madrid (artículos 9 y siguientes del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid), incluyendo el ejercicio de la función de control y exigencia de responsabilidad política al Gobierno mediante la presentación de dos mociones de censura en tramitación en el momento de la publicación del referido decreto, así como del *ius in officium* de los diputados integrantes de la misma, que está viendo suspendido su derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad (artículo 23.2 de la Constitución)».

convocatoria electoral y publicación oficial», de lo que se deduce, para los recurrentes, que «la pretensión de que el decreto de disolución surta efectos con su mera firma o expedición, como acto de voluntad de la presidenta de la Comunidad de Madrid, antes de su publicación oficial implicaría la vulneración del principio de publicidad de las normas, con el correlativo de seguridad jurídica así como el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la CE)».

Todo ello le lleva a afirmar que el 10 de marzo, cuando se firma la disolución la presidenta de la Comunidad, no se recibió en la Asamblea ninguna comunicación oficial, mientras que sí se presentaron dos mociones de censura que fueron calificadas y admitidas a trámite por la Mesa. Un acto «liminar de calificación y verificación del cumplimiento de los requisitos formales (…) por lo que no está sujeta a la obligatoriedad de distribución de documentación objeto de debate establecida por el artículo 111 del Reglamento de la Asamblea de Madrid. Tras la verificación del cumplimiento de los requisitos formales, la Mesa ha de admitir a trámite la moción de censura, como acto debido, en función de lo establecido en el artículo 188.2 del Reglamento de la Asamblea».

Concluyen los recurrentes tres cosas: primero, que «la presentación de las mociones de censura el 10 de marzo de 2021 se realizó en el pleno ejercicio de las funciones parlamentarias», actuando la Mesa «en el ejercicio de las funciones de calificación y admisión a trámite de naturaleza jurídico-técnica que le atribuye el artículo 49 del Reglamento de la Asamblea»; segundo, que «la comunicación remitida a la Asamblea de Madrid por parte de la consejera de Presidencia de la Comunidad de Madrid informando de la decisión de la presidenta de la Comunidad de disolver la Asamblea tuvo entrada en el Registro General de la Cámara a las 16:10 horas, además de haberse presentado con posterioridad a la calificación y admisión a trámite de las mociones de censura»; y tercero, que el decreto de disolución y convocatoria es nulo de pleno derecho porque «La publicación y entrada en vigor el 11 de marzo del Decreto 15/2021, de 10 de marzo, de la presidenta de la Comunidad de Madrid ha determinado que en el momento de su entrada en vigor ya se hayan presentado y admitido a trámite dos mociones de censura. Ello implica que la facultad de disolución de la presidenta de la Comunidad se ha hecho efectiva con posterioridad».

El recurso contencioso-administrativo, resuelto el domingo 14 de marzo, denegó la medida cautelar de suspensión del decreto de disolución –y consecuentemente, de convocatoria electoral– solicitada por los recurrentes.

En ese sentido, el tribunal realiza en su auto una «interpretación sistemática, literal y lógica de los preceptos estatutario y legal», reconociendo que, aunque la potestad de disolución establecida mediante la Ley 5/1990, de 17 de mayo, reguladora de la facultad de disolución de la Asamblea de Madrid por el presidente de la Comunidad, es anterior a la modificación del Estatuto efectuada por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, es coherente con la misma, por lo que una interpretación literal del artículo 21 del Estatuto y del artículo 1.1 de la Ley 5/1990 permite afirmar que la facultad concedida a la Presidencia de la Comunidad de Madrid es «sin paliativos y por más que esté obligada a hacerlo mediante un decreto y con los demás requisitos, "acordar" la disolución anticipada de la Asamblea de Madrid. Por tanto, debe entenderse que tal facultad queda válidamente ejercitada desde el momento en que firma el decreto de disolución y convocatoria de elecciones y sin perjuicio de que la eficacia de esta convocatoria electoral se despliegue una vez publicado el repetido decreto en el Boletín Oficial»[31].

---

[31] Rodríguez-Vergara, en una cuidada interpretación que, sin embargo, no compartimos, entiende que la disolución y la censura no gozan en nuestro ordenamiento constitucional del mismo valor, debiendo preferirse la posibilidad de exigencia de responsabilidad política mediante la censura que la posibilidad de recurrir al cuerpo electoral a través de la disolución. En nuestra opinión, ambos institutos gozan del mismo valor y semejanza dado que el equilibrio de poderes en un régimen parlamentario, pese a la teórica y funcional prevalencia del Legislativo, exige que existan controles recíprocos en caso de conflictos irresolubles. En caso contrario, se favorecería la debilidad del Ejecutivo, sometido a la «amenaza prevalente» de la moción de censura. En ese sentido, para este autor, «la facultad de un presidente de una comunidad autónoma de disolver anticipadamente el Parlamento autonómico y la de ese Parlamento de exigir responsabilidad política al Gobierno mediante la presentación de una moción de censura no tienen en nuestro ordenamiento constitucional una posición equiparable. Por el contrario, siempre que fuera posible, debiéramos interpretar las normas que resultaran de aplicación de manera que se prefiriera la presentación de una moción de censura si con ello se evita una disolución anticipada», ya que «la censura se limita para dificultar el cese de los gobiernos, la disolución anticipada para dificultar el acortamiento de las legislaturas. Las restricciones de una y de otra no producen una suma cero sino que se encaminan, siempre, al mismo objetivo de alcanzar la mayor estabilidad institucional posible. En esa lógica, la permanencia de la legislatura, aunque sea al coste de un recambio en el Gobierno mediante una censura, debe preferirse frente a una disolución anticipada, en la que cesan tanto el Gobierno como el Parlamento». Rodríguez-Vergara Díaz, Ángel. «TSJM: había una interpretación alternativa». *Agenda Pública*, 15 de marzo de 2021. Disponible en: https://agendapublica.es/tsjm-habia-una-interpretacion-alternativa/

Bajo este prisma, la expresa prohibición de no disolución en trámite de moción de censura contenida en el artículo 1.2 de la Ley 5/1990 «ha de interpretarse del modo ya expuesto, desplegando sus efectos si, cuando en el momento de firmar el decreto, se encuentra en tramitación una moción de censura. Una interpretación meramente literal que, permite concluir que, en el caso que aquí nos ocupa, firmado el decreto por la presidenta de la Comunidad de Madrid, conteniendo todos los requisitos exigibles por la normativa electoral autonómica, a las doce horas y veinticinco minutos (12:25) del día 10 de marzo de 2021, ninguna prohibición podría concurrir no solo porque en esa fecha y hora no estaba en trámite ninguna moción de censura sino, más aún, porque las dos que se presentaron lo fueron posteriormente, a las trece horas y tres minutos (13:03), la primera, y a las trece horas y siete minutos (13:07), la segunda».

Por ello, a juicio del Tribunal, «la validez y eficacia del correspondiente decreto no pueden verse comprometidas por la presentación ulterior de una o varias mociones de censura. Sostener lo contario dejaría, eventualmente, a la mera voluntad del número de diputados que ostentaran la representación exigida para presentar una moción de censura –15 por 100– el eficaz ejercicio de aquella potestad, bastando con presentarla con posterioridad a la adopción del acuerdo de disolución para privarle de virtualidad alguna».

Cuestión que le permite afirmar a continuación, y en relación con la polémica de la publicación y publicidad del decreto, que este sustancia en un mismo acto con claridad dos decisiones distintas en una misma resolución, de las que solo la convocatoria electoral ve demorada su eficacia hasta el día de su publicación, la primera con un claro contenido político y esta última de carácter reglado». En definitiva, la convocatoria, previa disolución, es, en suma, un acto que, a diferencia de la disolución, resulta indisponible por quien detenta la facultad primaria de disolución, por lo que resulta debido y la publicación del mismo, obligada.

Por último, concluye el tribunal, en relación con la invocada vulneración del artículo 23.2 CE de los diputados de la Cámara disuelta, remitiendo a la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional 89/2019, de 2 de julio, que expresamente señala que por la disolución de una Cámara no resultan dañados los derechos de los parlamentarios[32].

[32] «los derechos de los miembros de la Cámara cuya disolución anticipada se previó y los de la ciudadanía por ellos representada (art. 23.1 y 2 CE) no resultaron dañados, como

V. Conclusiones: ¿disolución o moción de censura?

La disolución de la Asamblea de Madrid el 10 de marzo de 2021 ha supuesto un auténtico terremoto que, más allá de afectar a la concreta situación política del Consejo de Gobierno y al primer gobierno de coalición de la Comunidad de Madrid en toda su historia, ha afectado a las costuras jurídicas e institucionales del régimen parlamentario regional, con consecuencias fácilmente extrapolables a las Cortes Generales.

En ese sentido, el hasta entonces pacífico tránsito entre la disolución de la Cámara y la convocatoria electoral se ha resquebrajado por la tentativa de frenar la disolución anticipada de la Cámara con la simple presentación de sendas mociones de censura en el tiempo que media entre el acuerdo de disolución de la Asamblea y su publicación, al día siguiente, en el Boletín Oficial de la Comunidad.

Esa posibilidad, inédita en nuestro modelo parlamentario autonómico o nacional, surge de la equívoca interpretación del sentido y alcance de la potestad de disolución anticipada del jefe del ejecutivo, que no es otra que, por un criterio de oportunidad asumido individualmente, pero fruto de una deliberación en el seno de su equipo de gobierno, decidir libremente devolver la voz al cuerpo electoral para que manifieste su voluntad política en la configuración de la Cámara.

Esa potestad exclusiva se manifiesta en un acto político, –la disolución y convocatoria electoral–, que reviste la naturaleza de un acto administrativo que, en nuestra opinión, es válido desde que se dicta, –esto es, desde que se acuerda–, no desde su efectiva publicación como acto reglado y no sujeto a la libre discrecionalidad de su publicación.

Por ello, las mociones de censura que se presentaron en el tránsito entre el acuerdo de disolución y la publicación carecen de validez jurídica, al buscar sortear la disolución desde la limitación de la potestad exclusiva de la que goza la presidenta de la Comunidad de Madrid, segando con ello el equilibrio de poderes autonómico en detrimento del ejecutivo.

La Mesa de la Asamblea, en ese sentido, actuó de forma incorrecta desde una perspectiva formal y material. Formal, porque su convocatoria no se ajustó a Derecho, incumpliendo los requisitos establecidos en el propio Reglamento de la Cámara para su convocatoria en

---

no lo son nunca por la aplicación de las reglas, constitucionales y estatutarias, que apoderan para la convocatoria de elecciones antes de que llegue a término una legislatura» (FJ 13).

lo relativo al *tempus* y al procedimiento. Y material, porque habiendo conocido la disolución efectuada por la presidenta con anterioridad, no debió haber admitido a trámite las mociones de censura.

El acto de disolución, en suma, era válido desde que se adoptó y ejecutivo desde que se dictó, aunque su eficacia se demorase, *ex lege* y sin facultad discrecional anticipada, a un día posterior, dado que la ejecutividad del mismo acto operaba desde el acuerdo, no desde su publicación. La Asamblea se encontraba disuelta desde que la presidenta de la Comunidad de Madrid lo firma, constituyendo la publicación la consecuencia natural conexa y última de un acto personalísimo previo dotado *per se* de eficacia.

Lo señalado en el artículo 42.1 de la LOREG en el sentido de que la entrada en vigor del acto de disolución se difiere a la publicación oficial hace a nuestro juicio referencia a los efectos jurídicos derivados y conexos a la disolución, como la convocatoria electoral. Por ello, la norma afirma inmediatamente después que «Los decretos de convocatoria señalan la fecha de las elecciones que habrán de celebrarse el día quincuagésimo cuarto posterior a la convocatoria», lo que conecta con la idea de que la disolución y la convocatoria electoral son indisolubles como actos políticos y administrativos. En caso contrario, las potestades de uno de los poderes quedarían completamente anuladas.

Las mociones de censura, en definitiva, no fueron presentadas como instrumento de racionalización del sistema o como medio de exigencia de responsabilidad política, sino como técnica de obstaculización o impedimento de una facultad propia y libre de otro poder, desvirtuando su sentido y naturaleza en un régimen parlamentario. Si, al igual que una moción de censura no puede ser paralizada por una disolución *ex post*, tampoco, en lógica jurídica y parlamentaria, puede una moción de censura frenar e imposibilitar una disolución *ex ante*. La perversa consecuencia de la admisión de esta posibilidad conduciría a que cualquier eventual disolución anticipada fuese siempre imposibilitada con la simple presentación de una moción, sin que fuese siquiera necesaria su admisión a trámite por la Mesa.

Bibliografía

Arbós, X. (2021). «Una disolución imposible». *El Periódico*, 11 de marzo. https://www.elperiodico.com/es/opinion/20210311/disolucion-imposible-11573201.

Arce Janáriz, A. (1999). Disolución parlamentaria y convocatoria de elecciones autonómicas. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2, pp. 1697-1710.

Arnaldo Alcubilla, E. (1998). La disolución del Parlamento y el Parlamento indisoluble. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 6, pp. 101-112.

Bar Cendón, A. (1992). Sobre una hipotética reforma de la potestad de disolución de las cámaras legislativas prevista en el artículo 115 de la Constitución. *Revista de Derecho Político*, 37, pp. 149-158.

—(1989). *La disolución de las Cámaras legislativas en el ordenamiento constitucional español*. Congreso de los Diputados.

Carmona Contreras, A. (2021). «La validez jurídica de las mociones de Madrid». *El País*, 12 de marzo. https://elpais.com/opinion/2021-03-11/seguir-adelante-con-las-mociones.html

Fernández-Fontecha Torres, M. (2021). «La disolución de la Asamblea de Madrid». *Elderecho.com*, 15 de marzo. https://elderecho.com/la-disolucion-de-la-asamblea-de-madrid.

Garrido Mayol, V. (2010). La Legislatura y su terminación anticipada: la facultad presidencial de disolución del Parlamento. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 24, pp. 157-183.

González Hernández, E. (2003-2004). Veinticinco años de relación fiduciaria entre las Cortes Generales y el Gobierno. *Revista de Derecho Político*, 58-59, pp. 523-546.

Herráiz Serrano, O. (2015). A vueltas, de nuevo, con el decreto de convocatoria de elecciones a las Cortes de Aragón: La mal llamada disolución «anticipada» a menos de dos meses de la expiración del mandato y el consiguiente error en invocar el artículo 42.1 LOREG. *Revista* «Cuadernos Manuel Giménez Abad», 9, pp. 76-98.

Loewenstein, K. (2018). *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel.

Lucas Verdú, P. (1985). La disolución del Parlamento y la voluntad popular. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1.

Marazuela Bermejo, A. (2008). «Artículo 21». En *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid*. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 1 (Extraordinario), pp. 341-350.

Morales Arroyo, J. M. (2016). «El alcance de la garantía estatutaria de las instituciones de autogobierno». En J.Tudela Aranda y C. Garrido López (coords.).

La organización territorial del Estado, hoy. Actas del XIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, pp. 63-90. Tirant lo Blanch.

Navarro Jiménez-Asenjo, P. (2002). La disolución de los Parlamentos Autonómicos. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 22, pp. 115-126.

Pérez Royo, J. (2021). «¿Disolución o moción de censura?». *Eldiario.es*, 10 de marzo. https://www.eldiario.es/contracorriente/disolucion-mocion-censura_132_7294880.html

Presno Linera, M. A. (2021). *Agenda Pública*, 11 de marzo. https://agendapublica.es/sobre-la-validez-de-la-convocatoria-de-elecciones-a-la-comunidad-de-madrid/

—(2021). «La decisión política de disolver anticipadamente un Parlamento no es un acto administrativo». https://presnolinera.wordpress.com/2021/03/13/la-decision-politica-de-disolver-anticipadamente-un-parlamento-no-es-un-acto-administrativo/.

Rodríguez-Vergara Díaz, A. (2021). «TSJM: había una interpretación alternativa». *Agenda Pública*, 15 de marzo. https://agendapublica.es/tsjm-habia-una-interpretacion-alternativa/

Ruiz Robledo, A. (2021). «La disolución anticipada de Ayuso». *El País*, 11 de marzo. https://elpais.com/opinion/2021-03-10/la-disolucion-anticipada-de-ayuso.html

Tudela Aranda, J. (2021). «Madrid, caso práctico». *Agenda Pública*, 11 de marzo. https://agendapublica.es/madrid-caso-practico/

Vírgala Foruria, E. (1988). *La moción de censura en la Constitución de 1978*. Centro de Estudios Constitucionales.

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 371-412
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1617

LA MIGRACIÓN EN LA AGENDA 2030, EL DESARROLLO EN EL PACTO DE MARRAKECH: PLASMACIÓN PROGRAMÁTICA DE UNA INESCINDIBLE RELACIÓN*

MIGRATION IN THE 2030 AGENDA, DEVELOPMENT IN THE MARRAKECH GLOBAL COMPACT: A COMMON PROGRAM FOR AN INDIVISIBLE RELATION

Félix Vacas Fernández
Profesor Titular de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad Carlos III de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-1465-5222

Fecha de recepción del artículo: septiembre 2021
Fecha de aceptación y versión final: noviembre 2021

RESUMEN

El inescindible –aunque complejo y en absoluto unívoco– nexo entre migración y desarrollo, de un lado, unido al consenso interestatal sobre la necesidad de una gestión ordenada de la migración, de otro, han marcado una evolución desarrollada en las últimas décadas a nivel global que ha permitido construir los dos consensos internacionales, alcanzados entre los años 2015 y 2018 –Agenda 2030 y Pacto de Marrakech–, que vienen a definir el programa mundial en materia de migración y desarrollo para el futuro. Sin embargo, se echa en falta en dicho esquema un tercer pilar, esencial y además previo y superior, pues establece el marco jurídico vigente, aplicable: los derechos humanos. Ello abre la puerta al peligro que suponen los posibles efectos que tendría el «SDG Washing» en Derecho Migratorio.

Palabras clave: Migración y desarrollo, Agenda 2030, Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODSs), Pacto Mundial para la Migración, «SDG Washing».

---

* El artículo es resultado de las investigaciones llevada a cabo por el autor en el marco del Proyecto I+D del Ministerio de Educación titulado «ODS, Derechos humanos y Derecho internacional», con referencia PGC2018-095805-B-I00.

ABSTRACT

*The indivisible –although complex and non-unique– connection between migration and development, on the one hand, together with the common understanding of States on the need to develop orderly and regular migration management, on the other, are the main landmarks on the evolution that occurred during the last decades at the universal level that have allowed the International Community to build two international consensuses, reached between 2015 and 2018 –The 2030 Agenda on Sustainable Development and the Marrakech Global Compact on Migration, respectively–, which define the World Program on Migration and Development for the future. However, a third pillar is missing in the Program, a pillar which is both essential, previous and superior to the other two, because it draws the legal regime in force and applicable to the subject matter: human rights. This absence threatens to open the door to several negative effects that the so-called "*SDG Washing*" would have on Migration Law.*

*Keywords: Migration and development, Agenda 2030, Sustainable Development Goals (SDGs), Migration Global Compact, "*SDG Washing*".*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. LA PROFUNDA Y COMPLEJA RELACIÓN ENTRE MIGRACIÓN Y DESARROLLO: *1. El reconocimiento paulatino de las relaciones entre migración y desarrollo en la Comunidad Internacional. 2. Los fundamentos del nexo entre migración y desarrollo en la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible y el Pacto Mundial para la Migración.* III. LA MIGRACIÓN EN LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE (ODSs): *1. La relevancia general para la migración de todos los ODSs y sus metas, y viceversa: vínculos intersectoriales, afectación multidimensional. 2. Metas específicas de los ODSs referidas expresamente a migración.* IV. EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LOS OBJETIVOS DEL PACTO DE MARRAKECH: *1. Objetivos explícitamente relacionados con el desarrollo. 2. Objetivos implícitamente relacionados con el desarrollo.* V. LA NECESARIA, Y OBLIGADA, DISTINCIÓN ENTRE LA TÉCNICA DE OBJETIVOS Y LOS DERECHOS HUMANOS PARA EVITAR EL PELIGRO DEL *SDGs WASHING*. BIBLIOGRAFÍA.

«Sin la migración, las sociedades del mundo nunca habrían alcanzado su nivel de desarrollo actual. De ahí que no sea ni sorprendente ni lamentable que, en esta época en que la especie humana ha duplicado el número de sus miembros en medio siglo y que nos permite viajar y comunicarnos cada vez con mayor rapidez y facilidad, se traslade de unos países a otros una cantidad creciente de personas. Así se han transformado no solo millones de personas, sino sociedades enteras en todas las partes del mundo. A medida que avance el desarrollo en los próximos decenios serán más las personas que deseen migrar y tendrán más opciones de hacerlo»

(Sutherland, 2017:1).

I. Consideraciones previas

Las Naciones Unidas vienen ocupándose del desarrollo prácticamente desde el inicio de sus trabajos, al igual que también del fenómeno migratorio. Pero no será sino a partir de los años noventa del siglo pasado cuando se experimente un aumento en la preocupación y en las actividades de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en todos los aspectos de la compleja y amplia cuestión de las relaciones entre migración y desarrollo; actuación que se irá intensificando a partir del inicio del siglo XXI y la constatación del aumento de los flujos migratorios a nivel global. Así, podemos afirmar que 2006 fue el año en el que culminan los esfuerzos de las Naciones Unidas para colocar el tema de la migración y el desarrollo en lo más alto de la agenda internacional mundial. Más en concreto, será la reunión del Grupo de Alto Nivel celebrada en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York los días 14 y 15 de septiembre de 2006 el momento decisivo de este proceso que, a su vez, marca un punto de partida en la cooperación internacional en esta materia. Como dijera el secretario general en su discurso de apertura de la reunión del Grupo de Alto Nivel:

> This High-level Dialogue will succeed to the extent that it ushers in an era of sustained, thoughtful consideration of international

> migration and development issues. For far too long, migration policy has been based on hunches, anecdotes, and political expediency. It is now time to turn to the evidence, and use it to build a common understanding of how international migration can bring benefits to all (UN Secretary General, 2006:1)[1].

Punto de partida de una intensa cooperación internacional que se desarrollará en los años siguientes y que irá poco a poco construyendo ese consenso internacional que reclamaba el secretario general y que, como afirma Piper (2017: 233), se basa en dos paradigmas interconectados: en primer lugar, la gestión de la migración, y, en segundo lugar, la conexión entre migración y desarrollo. Al combinarse ambos, la idea es que el acceso a más vías legales para la migración llevará a más desarrollo tanto para los Estados de origen como para los de destino, al igual que para los mismos migrantes; en lo que podemos denominar una ganancia a tres bandas (*triple win*). Además, conseguir que la migración beneficie a todos está en línea con la idea central de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODSs) de *no dejar a nadie atrás*.

En efecto, el inescindible –aunque complejo y en absoluto unívoco, como vamos a ver– nexo entre migración y desarrollo, de un lado, unido al consenso interestatal sobre la necesidad de una gestión ordenada de la migración, de otro, van a marcar la evolución en esta materia a nivel global; evolución que ha culminado con la incorporación de la migración a las políticas internacionales de desarrollo en la *Agenda 2030* como, además, factor trasversal a tener en cuenta, de manera expresa o implícita en todos los ODSs y en la gran mayoría de sus metas, entre las que destaca la 10.7 –«Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas»–, que ha tenido como primer resultado

[1] «El Diálogo de Alto Nivel tendrá éxito en la medida que conduzca a una era presidida por la toma en consideración, meditada y sostenida, de los temas relativos a la migración internacional y el desarrollo. Durante demasiado tiempo, las políticas migratorias se han basado en corazonadas, anécdotas y conveniencia política. Es el momento de volverse a observar las evidencias y de usarlas para construir un consenso sobre la manera en que la migración internacional aportará beneficios a todos» (traducción del autor).

tangible la adopción del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, adoptado en Marrakech en diciembre de 2018.

Sin embargo, se echa claramente en falta en dicho esquema un tercer pilar, esencial y además previo y superior, pues establece el marco jurídico vigente, aplicable y, por consiguiente, obligatorio de acuerdo con el principio de legalidad –Derecho Internacional Migratorio[2]–: el relativo a los derechos humanos. Sin él, se puede acabar abriendo la puerta a uno de los más graves peligros derivados del enfoque programático en materia de desarrollo y también de migración adoptado por la comunidad internacional, como vamos a ver: el peligro de rebajar las obligaciones jurídicas vigentes y aplicables –*hard law* o *lege data*– al nivel de meras recomendaciones, a lo sumo como normas en construcción –*soft law* o *lege ferenda*–, en lo que se ha venido a identificar como *SDG Washing*.

Por todo ello, en lo que sigue vamos a analizar la relación entre migración y desarrollo y el tratamiento de ambos en los dos consensos internacionales alcanzados –Agenda 2030 y Pacto de Marrakech–; pero también de algunos de los peligros que dicho consenso puede generar, especialmente desde el punto de vista jurídico, y de las posibles y necesarias respuestas que, desde el Derecho Internacional Migratorio, se ofrecen para hacer frente a los mismos.

II. La profunda y compleja relación entre migración y desarrollo

Las relaciones entre migración y desarrollo han sido objeto tradicional de atención, especialmente en el ámbito académico, a partir de los años 50 del siglo XX. Sin embargo, se trata de unas relaciones complejas, no univocas, multidimensionales, diversas y llenas de matices, cuyo análisis ha ido variando con el tiempo dependiendo de los paradigmas científicos preponderantes en cada momento, muy marcados además ideológicamente. Dichas escuelas de pensamiento han influido notablemente en la aproximación que, desde la comunidad internacional, se ha venido haciendo a la cuestión. Como señala De Haas (2010: 229), durante las últimas cinco décadas el impacto de la

[2] Para un análisis en profundidad del concepto, fundamento, contenido y alcance del Derecho Internacional Migratorio *vid.* Vacas Fernández, F. (2017); en especial, su *Primera Parte*, pp. 35-142.

migración sobre el desarrollo en las comunidades y países de origen ha sido el centro de continuos, y en ocasiones, acalorados, debates, en los que se enfrentan la visión optimista y pesimista sobre la migración («migration optimists and migration pessimists»). Esta división en las formas de ver la migración y el desarrollo no es sino el reflejo de más profundas divisiones paradigmáticas en la teoría social (entre el paradigma funcionalista y el estructuralista) y en la teoría del desarrollo (crecimiento equilibrado *versus* paradigmas de desarrollo asimétrico). Movimiento pendular entre los que tienen una visión optimista o pesimista de las relaciones entre migración y desarrollo que el autor esquematiza en la siguiente tabla elaborada por el autor citado:

TABLE 1
Opposing Views on Migration and Development

Migration optimists		Migration pessimists
Functionalist	↔	Structuralist
Neo-classical	↔	Neo-Marxist
Modernization	↔	Disintegration
Net North-South transfer	↔	Net South-North transfer
Brain gain	↔	Brain drain
More equality	↔	More inequality
Remittance investment	↔	Consumption
Development	↔	Dependency
Less migration	↔	More migration

Sin embargo, las investigaciones llevadas a cabo a partir de los años 80 del siglo pasado muestran una realidad alejada de análisis autocontenidos y cerrados debido a la enorme complejidad de una relación que es heterogénea por naturaleza, coyuntural y muy fluida en su evolución, a la luz de los análisis espaciales y temporales realizados. Y es que, en palabras de De Haas (2010: 253, 256) de un lado, la migración no es una variable independiente *que genere* desarrollo, o a la inversa; sino una variable endógena, una parte integrante del cambio mismo y un factor que puede dar lugar a nuevas transformaciones. Por ello, es más correcto hablar de la relación recíproca entre migración y procesos de desarrollo amplios, en lugar de la vía de dirección única que habla solo del impacto de la migración en el desarrollo; mientras que, de otro lado, a la vez que se subraya el potencial de la migración para el desarrollo, el ahora sustancial cuerpo de evidencias empíricas también muestra la complejidad, heterogeneidad y la naturaleza socialmente diferenciada en las interacciones entre migración y desarrollo En conclusión, De Haas (2010: 258) dirá:

> If anything, the accumulated empirical and theoretical evidence stresses the fundamentally heterogeneous nature of migration-development interactions and in particular their contingency on more general development conditions. In other words, structure matters[3].

Todo lo cual subraya la importancia de las políticas migratorias y de desarrollo, así como la necesidad de coordinación entre ambas en todos los niveles: local, estatal, regional y global. En lo que sigue veremos cómo estos avances en el conocimiento científico de la cuestión han sido fundamentales para que la comunidad internacional reconozca dicha relación en toda su complejidad y para que, a partir de ese reconocimiento, haya comenzado a construir toda una serie de procesos de cooperación en la materia que han conducido a la *inclusión de la migración en la agenda de desarrollo y al desarrollo en la agenda migratoria internacionales*.

1. El reconocimiento paulatino de las relaciones entre migración y desarrollo en la Comunidad Internacional

Esa nueva perspectiva optimista, por más que matizada, en las teorías y los análisis académicos de las relaciones entre migración y desarrollo, mayoritaria a partir de los años 80 y desarrollada por las llamadas *visiones pluralistas*[4], informarán la acción de cooperación internacional en la materia a partir del final de la Guerra Fría. Así, los esfuerzos diplomáticos y los intensos y sostenidos trabajos en todos los niveles liderados por las Naciones Unidas en materia de migración y desarrollo durante los años 90 del siglo pasado llevaron a la Asamblea General a convocar, en febrero de 2004, «un diálogo de alto nivel dedicado a la migración internacional y el desarrollo» (ONU, 2004), que finalmente se celebró los días 14 y 15 de septiembre de 2006.

Sin embargo, el camino recorrido hasta entonces fue largo y en absoluto sencillo. Así, tuvieron que transcurrir 12 años desde que,

---

[3] «Las evidencias empíricas y teóricas muestran la naturaleza fundamentalmente heterogénea de las interacciones entre migración y desarrollo y, en particular, su contingencia en relación a condicionales de desarrollo más generales. En otras palabras, la estructura importa». (Traducción del autor).

[4] Sobre este tema *vid.* De Haas, 2010: 241-248.

allá por 1994, la Asamblea General aprobase su primera resolución en la materia[5]. Y es que, la desconfianza y, sobre todo, la falta de interés por parte de los propios Estados no solo iban a retrasar los trabajos, sino a acabar degradando el formato definitivo elegido para enmarcar la cooperación: de conferencia internacional a *diálogo de alto nivel*[6]. Todo ello llevó al secretario general a señalar el día de la apertura del Diálogo de Alto Nivel, lo siguiente:

> Just a few years ago, many people did not think it possible to discuss migration at the United Nations. Governments, they said, would not dare to bring into the international arena a topic on which their citizens are so sensitive. Yet here you are, and I sense that the mood is changing. More and more people are excited about the ways in which migrants can help transform their adopted and their native countries. More and more people understand that governments can cooperate to create triple wins—for migrants, for their countries of origin, and for the societies that receive them (UN Secretary General, 2006:1)[7].

Y es que, la evolución de los propios flujos migratorios, crecientes en intensidad, su mejor conocimiento derivado de datos más fiables y contrastados –tanto de las cifras de personas que involucra, como de Estados a los que, de un modo u otro, afecta, y de los efectos

---

[5] ONU (1994).

[6] Como he explicado en otro lugar: «Así, en 1995, 1997 y 1999 se enviaron respectivas cartas desde Naciones Unidas a los Estados para conocer su posición al respecto. El resultado fue desalentador: solo el 41% de ellos se habían dignado a contestar y, además, sus respuestas eran divergentes. ”En consecuencia, no se ha podido llegar a una conclusión sobre la convocatoria de una conferencia de las Naciones Unidas sobre la migración internacional y el desarrollo» (ONU, 2003: par. 40).

Incluso a la altura de 2003, cuando se envió una nueva misiva, la respuesta seguía siendo escasa y divergente: tan solo habían contestado 47 Estados, de los cuales 25 sí eran partidarios de celebrar una conferencia sobre migración y desarrollo, mientras que 22 estaban en contra (*Vid. Ibid*, par. 41)». (Vacas Fernández, 2007: 78-79).

[7] «Hace sólo unos años, muchos no creían que fuese posible discutir de migración en Naciones Unidas. Los gobiernos, decían, no se atreverían a llevar al ámbito internacional un asunto tan sensible para los ciudadanos. Y sin embargo, aquí estamos, y siento que el clima está cambiando. Más y más gente está entusiasmada sobre las maneras a través de las que los migrantes pueden ayudar a transformar sus países adoptivos y originarios. Más y más gente entiende que los gobiernos pueden cooperar para crear una triple ganancia –para los migrantes, para los países de origen y para las sociedades que los reciben» (traducción del autor).

económicos que produce–, los análisis científicos derivados de ello, más ajustados y complejos, y la labor incansable de la Secretaría y demás órganos de las Naciones Unidas –junto a la de otras organizaciones internacionales con competencias en la materia, tanto a nivel universal como regional–, finalmente acabaron por convencer a los Estados en el sentido de que las «Naciones Unidas proporcionarán un marco adecuado para el diálogo sostenido de modo que pueda mantenerse el impulso en la mejora de la contribución de las migraciones al desarrollo» (ONU, 2006: par. 5).

Y ello desde la constatación, como defiende el propio secretario general, de que:

> Actualmente, los Estados Miembros comparten una serie de objetivos básicos en materia de migración entre los que se incluyen los siguientes: mejorar los efectos de la migración internacional en el desarrollo; garantizar que la inmigración discurra principalmente a través de cauces legales; garantizar la protección de los derechos de los migrantes; prevenir la explotación de los migrantes, especialmente los que se encuentran en situación vulnerable; y combatir los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas. Los gobiernos deben reafirmar su compromiso frente a estos objetivos y elaborar una estrategia basada en el desarrollo conjunto para alcanzarlos (ONU, 2006: par. 71).

Esta puesta en común global, importante por sí misma al ser la primera en la historia, ha venido a reconocer algunos hechos objetivos y a identificar algunos ámbitos en los que es necesario trabajar conjuntamente para resolver problemas, a la vez que ha supuesto, tal y como hemos visto intuyó el secretario general, el *inicio de un proceso de diálogo y cooperación a nivel global en el marco idóneo de Naciones Unidas*. En efecto, en la primera reunión del Diálogo de Alto Nivel, de un lado, los Estados

> consideraron que era imprescindible hacer frente a las causas básicas de la migración internacional para asegurar que las personas migrasen por elección propia y no por necesidad y observaron que con frecuencia las personas tenían que emigrar a causa de la pobreza, los conflictos, las violaciones de los derechos humanos, la mala gobernanza o el desempleo"; a la vez "que señalaron que

> la migración internacional podía contribuir a la consecución de los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente, incluidos los objetivos de desarrollo del Milenio, pero advirtieron que la migración internacional no se podía considerar en sí misma una estrategia de desarrollo a largo plazo. (ONU, 2006: par. 9).

De otro, se hizo referencia a tres problemas fundamentales a abordar en relación a la migración y el desarrollo. En primer lugar, y tras reconocer «que el beneficio más tangible de la migración internacional para los países de origen eran las *remesas*», se constató que

> su potencial para el desarrollo se podía mejorar con la adopción de medidas apropiadas, como una mayor competencia entre las compañías que se dedican a la transferencia de fondos y los bancos a fin de reducir las tasas que se aplican a las transferencias, un mejor acceso a los servicios bancarios, incluso a créditos, para los migrantes y sus familias, y la ampliación de los conocimientos financieros en los países de origen. (ONU, 2006: par. 12).

En segundo lugar, se identificó el problema, grave y central para el desarrollo, del éxodo de trabajadores altamente cualificados de los países menos desarrollados hacia los desarrollados: *brain drain*. Cuestión sobre la que

> (l)os participantes pidieron que se aplicaran medidas urgentes para retener a los trabajadores altamente cualificados, entre otras cosas, asegurándoles una remuneración equitativa y unas condiciones de trabajo decentes. También se recomendó que se alentara el retorno de los trabajadores cualificados a sus países de origen, aunque fuera temporalmente. Algunos participantes señalaron que sus países habían adoptado o iban a adoptar códigos de conducta que prohibían la contratación activa de trabajadores del sector de la salud en países en desarrollo que sufrían escasez de mano de obra en los sectores de la salud y la educación. Varios participantes sugirieron que se concertaran acuerdos de cooperación para capacitar a trabajadores cualificados en los países en desarrollo y otros propusieron diversos mecanismos de compensación (ONU, 2006: par. 14).

En tercer lugar, se identificó la migración irregular, y la explotación y el abuso de los migrantes en esa situación, como uno de los problemas esenciales a combatir:

> Hubo consenso general en cuanto a la necesidad urgente de combatir la trata de personas y el tráfico de migrantes, especialmente de mujeres y niños, en los planos nacional, bilateral, regional y mundial. (ONU, 2006: par. 17).

Como veremos, todas estas constataciones acabarán teniendo su reflejo tanto en la Agenda 2030 como en el Pacto Mundial de Marrakech.

Finalmente, y tras estar todos de acuerdo «en el carácter global de la migración internacional y afirmar(on) que era un fenómeno cada vez más importante, tanto por su alcance como por su complejidad, que afectaba prácticamente a todos los países del mundo» (ONU, 2006: par. 7); concluyeron

> que las estrategias nacionales para hacer frente a los efectos de la migración internacional en el desarrollo debían ir acompañadas de una mayor cooperación a nivel bilateral, regional y multilateral. Esa cooperación era necesaria para fomentar una migración legal, segura y ordenada, reducir la migración irregular y ampliar las posibilidades de aprovechar todos los beneficios de la migración internacional. (ONU, 2006: par. 18).

Consideraron, además, que las iniciativas bilaterales y regionales «debían ir acompañadas de iniciativas adoptadas a nivel mundial y señalaron que las Naciones Unidas eran el foro idóneo para ello» (ONU, 2006: par. 18). En este sentido, fue muy bien acogida la propuesta del secretario general, formulada en su informe sobre migración y desarrollo, de crear un *foro mundial* en este ámbito. De este modo, el Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo fue creado en 2007 como un ámbito de discusión y negociación entre Estados, sociedad civil y migrantes en la materia[8]. En sus casi ya 15

[8] Como ha señalado el gobierno de España recientemente:

«The GFMD has very distinct features which make of it a unique and very useful forum (…) we especially appreciate the fact that it gathers the whole community dealing with different aspects of migration from different perspectives: government, international

años de trabajo, el Foro Mundial ha sido fundamental para, no solo colocar la migración y el desarrollo en la agenda de la cooperación y negociación entre Estados y para servir de foro en el que los protagonistas, los migrantes, sean escuchados; sino también para desarrollar y profundizar iniciativas que han permitido la maduración suficiente que ha conducido a la inclusión de la migración en la agenda del desarrollo y al desarrollo en la de la migración, como vamos a ver.

En efecto, el Diálogo de Alto Nivel sobre Migración y Desarrollo, en su segunda edición, celebrada en octubre de 2013[9], recogiendo los avances mencionados del Foro, finalmente sentó las bases de la incorporación de la migración en la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible[10]. Así, en su «Declaración Final», los Estados, después de subrayar la importancia de la incidencia de la migración en el desarrollo, acabarán por reconocer la necesidad de incluir la migración en la agenda post-2015:

> 2. Reconocemos la importante contribución de los migrantes y la migración al desarrollo de los países de origen, tránsito y destino, así como la compleja interrelación entre la migración y el desarrollo;
>
> (…)
>
> 8. Reconocemos la importante contribución de la migración al logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y reconocemos también que *la movilidad humana es un factor clave para el desarrollo sostenible que ha de tomarse debidamente en cuenta en la elaboración de la agenda para el desarrollo después de 2015*[11] (ONU, 2013).

---

organizations, local authorities, entrepreneurs, civil society (including youth), researchers. Its annual summits are somehow a big 'Migratory Fair,' a perfect place to hear each other, to make public national migratory and development policies, to point out gaps to be filled and interchange ideas on future projects». (GFMD, 2020: 3).

[9] A diferencia del Foro Mundial, que se reúne anualmente, el Diálogo de Alto Nivel viene reuniéndose con una periodicidad más amplia y no regular, siendo su primera edición la ya referida celebrada en 2006.

[10] *Vid*. ONU (2014), en especial, par. 61-64, 82 y 86.

[11] Cursivas añadidas.

2. *Los fundamentos del nexo entre migración y desarrollo en la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible y en el Pacto Mundial para la Migración*

Como afirmara el secretario general, «con la aprobación de la Agenda 2030 en 2015, la migración internacional y su relación multidimensional con el desarrollo se convirtieron en una parte esencial de la agenda de las Naciones Unidas para el desarrollo» (ONU, 2016a: par. 18). En efecto, debemos comenzar resaltando que en la anterior agenda para el desarrollo, la Agenda 2015, aprobada en el año 2000, no solo no se incluía la migración entre los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODMs), sino que ni siquiera se hacía referencia a ella en la Declaración del Milenio[12], por más que, como hemos visto, ya en ese año había certeza científica suficiente, apoyada en numerosos y consolidados trabajos, de su profunda y compleja relación. Sin embargo, no será hasta la mencionada reunión del Diálogo de Alto Nivel sobre Migración y Desarrollo de 2013 cuando los Estados decidan:

> trabajar en pro de un programa eficaz e inclusivo sobre la migración internacional que integre el desarrollo y respete los derechos humanos mejorando el desempeño de las instituciones y los marcos existentes y colaborando de manera más efectiva en los planos regional y mundial con todas las partes interesadas en la cuestión de la migración internacional y el desarrollo. (ONU, 2013: par. 3).

Así, en efecto, dicha integración entre desarrollo y migración se producirá, por primera vez, en la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, adoptada en 2015, y, a partir de ahí, y como veremos, en cumplimiento de una de las metas específicas establecidas en la Agenda, también en el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, de 2018, pasando por la previa Declaración de Nueva York para los refugiados y los migrantes, de 2016. Es, por tanto, en el segundo lustro de la pasada década cuando se alcanzará la madurez suficiente, derivada de largos años de trabajos, académicos, diplomáticos y de la sociedad civil, para forjar un consenso en la comunidad internacional que permitiese plasmar en las agendas internacionales de actuación, tanto en materia de desarrollo como de

[12] *Vid.* ONU (2000).

migración, dicha intensa, inescindible, pero compleja y multidimensional a la vez, relación. Relación que se sustenta en un conjunto de fundamentos que se encuentran recogidos en los citados documentos.

Así, en lo que a la Agenda 2030 respecta, el fundamento principal, verdadero pilar fundacional de la Agenda, y también de la incorporación a la misma de los migrantes, es el principio-promesa de que «nadie se quedará atrás»[13], y que tiene por corolario la referencia, genérica y utilizada de manera generalizada a lo largo de la Agenda, «a las personas» o a «todos los seres humanos» como destinatarios, sujetos de la misma:

> Las personas
>
> Estamos decididos a poner fin a la pobreza y el hambre en todas sus formas y dimensiones, y a velar por que todos los seres humanos puedan realizar su potencial con dignidad e igualdad y en un medio ambiente saludable.
>
> La prosperidad
>
> Estamos decididos a velar por que todos los seres humanos puedan disfrutar de una vida próspera y plena, y por que el progreso económico, social y tecnológico se produzca en armonía con la naturaleza (ONU, 2015b: Preámbulo).

En consecuencia, los jefes de Estado y de Gobierno solemnemente proclamarán:

> Al emprender juntos este gran viaje, *prometemos que nadie se quedará atrás*. Reconocemos que *la dignidad de la persona humana es fundamental*, por lo que deseamos ver cumplidos los Objetivos y las metas para *todas las naciones y los pueblos y para todos los sectores de la sociedad*, y nos esforzaremos *por llegar primero a los más rezagados* (ONU, 2015b: par. 4)[14].

Tomando, como vemos, la dignidad humana –igual por definición a todos los seres humanos[15]– como fundamento último, el principio-promesa de «no dejar a nadie atrás» incluye necesariamente

---

[13] Sobre la relevancia de este principio en la relación entre migración y desarrollo a partir de la Agenda 2030, *vid.* Gortazar Rotaeche (2019).

[14] Cursivas añadidas.

[15] *Vid.* artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

a «todos los pueblos», a «todos los sectores de la sociedad», en definitiva, a todas las personas; y entre ellas, por supuesto, a las personas migrantes. Pero es que, además, implica «llegar primero a los más rezagados»; esto es, a los más vulnerables y necesitados. Pues bien, entre ellos ocupan un lugar destacado, sin lugar a ninguna duda, los migrantes, muy especialmente los migrantes en situación irregular, cuya estructural vulnerabilidad se ve multiplicada en el caso de las mujeres y los menores migrantes; más aún si viajan solos, probablemente el colectivo de seres humanos más vulnerable, más rezagado y, por consiguiente, al que los Estados han prometido solemnemente «llegar primero».

Como consecuencia directa de lo anterior, los ODSs en los que se concreta la Agenda 2030, así como sus respectivas metas, son universales, integrados e indivisibles, tal y como se afirma en los párrafos 5 y 55: «Los Objetivos de Desarrollo Sostenible y sus metas son de carácter integrado e indivisible, de alcance mundial y de aplicación universal»; por lo que, «(c)omo reflejo del enfoque integrado que hemos convenido, los nuevos Objetivos y metas están profundamente interrelacionados y vinculados por numerosos elementos transversales».

De ello podemos derivar al menos, y en lo que aquí interesa, dos principios estructurales: de un lado, el principio «todos para todos»; esto es, todos los ODSs, y sus metas, al poseer un carácter integrado e indivisible y un alcance universal, se refieren a todos los seres humanos, incluidos, claro está, los migrantes. De otro, muestra, y a la vez trae causa, de la profunda e inescindible relación e interdependencia entre desarrollo, derechos humanos y paz y seguridad[16]; que en el caso de los migrantes es, sin duda, especialmente relevante.

En definitiva, todas las aspiraciones de la comunidad internacional institucionalizada y de los Estados que la conforman, reflejados en su «visión de futuro» en los párrafos 7 a 9 de la Agenda 2030, pasa por que todos los ODSs y sus metas respectivas sean para todos, para todas las personas, incluidos los más de 270 millones de migrantes

[16] Tal y como se reitera en el Preámbulo y en el par. 35 de la Agenda 2030. *Vid*, sobre esta relación, Vacas Fernández y Tascioni, 2017.

que existen hoy en el planeta[17]. En especial, lo establecido en el párrafo 8, de particular relevancia para los mismos:

> Aspiramos a un mundo en el que sea universal el respeto de los derechos humanos y la dignidad de las personas, el estado de derecho, la justicia, la igualdad y la no discriminación; donde se respeten las razas, el origen étnico y la diversidad cultural y en el que exista igualdad de oportunidades para que pueda realizarse plenamente el potencial humano y para contribuir a una prosperidad compartida; un mundo que invierta en su infancia y donde todos los niños crezcan libres de la violencia y la explotación; un mundo en el que todas las mujeres y niñas gocen de la plena igualdad entre los géneros y donde se hayan eliminado todos los obstáculos jurídicos, sociales y económicos que impiden su empoderamiento; un mundo justo, equitativo, tolerante, abierto y socialmente inclusivo en el que se atiendan las necesidades de los más vulnerables.

En efecto, en el párrafo 23, dedicado específicamente a las personas vulnerables, ya se cita de manera expresa a los migrantes, a los que más adelante dedicará específicamente el siguiente párrafo:

> 29. Reconocemos la positiva contribución de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible. Reconocemos también que la migración internacional es una realidad pluridimensional de gran pertinencia para el desarrollo de los países de origen, tránsito y destino que exige respuestas coherentes e integrales. Cooperaremos en el plano internacional para garantizar la seguridad, el orden y la regularidad de las migraciones, respetando plenamente los derechos humanos y dispensando un trato humanitario a los migrantes, sea cual sea su estatus migratorio, y a los refugiados y los desplazados. Esa cooperación también deberá fortalecer la resiliencia de las comunidades que acogen a los refugiados, particularmente en los países en desarrollo. Subrayamos que los migrantes tienen derecho a regresar a su país de nacionalidad y recordamos que los Estados deben velar por que se reciba adecuadamente a los nacionales que regresen a su país.

Dicho reconocimiento expreso de «la positiva contribución de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible»,

---

[17] *Cfr*. United Nations (2019).

así como de «su gran pertinencia para el desarrollo de los países de origen, tránsito y destino» son, de un lado, la consecuencia lógica de todo lo anterior, además de, por otro, poner las bases para, por su parte, incluir a su vez y correlativamente el desarrollo también como fundamental en el tratamiento y gobernanza de la migración. Así viene reconocido en la Declaración de Nueva York, de 2016, donde se pone de manifiesto la doble conexión, dentro de la compleja y pluridimensional relación, entre desarrollo y migración, positiva y negativa: la migración como vehículo de desarrollo; el desarrollo, o mejor su ausencia –a través de su *efecto expulsión*: único real y verdaderamente existente; en contraposición al muy publicitado, pero enormemente cruel, cínico y más que dudoso, *efecto llamada*–, como fábrica de migración forzada:

> 4. Al aprobar hace un año la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, reconocimos claramente la positiva contribución de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible. Nuestro mundo es un lugar mejor gracias a esa contribución. Los beneficios y las oportunidades que ofrece la migración segura, ordenada y regular son considerables y a menudo se subestiman.
>
> (…)
>
> 12. Estamos decididos a abordar las causas profundas de los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes (…) haremos frente a esas causas mediante la prevención y la solución pacífica de los conflictos, una mayor coordinación de las actividades de *asistencia humanitaria, desarrollo y consolidación de la paz, la promoción del estado de derecho* en los planos nacional e internacional *y la protección de los derechos humanos*[18]. De manera análoga, nos ocuparemos de los desplazamientos causados por *la pobreza, la inestabilidad, la marginación y la exclusión y la falta de oportunidades económicas y de desarrollo, prestando especial atención a las poblaciones más vulnerables* (ONU, 2016b: par. 4 y 12)[19].

Y también en el Pacto Mundial de Marrakech, de 2018, incluyendo entre los principios rectores que lo fundamentan al desarrollo sostenible:

---

[18] Subrayando la relación triangular antes referida entre derechos humanos, desarrollo y paz y seguridad, en este caso, en relación expresa con la migración.

[19] Cursivas añadidas.

> *El Pacto Mundial se basa en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, donde se reconoce que la migración es una realidad pluridimensional de gran pertinencia para el desarrollo sostenible de los países de origen, tránsito y destino que exige respuestas coherentes e integrales. La migración contribuye a lograr resultados positivos en materia de desarrollo y a alcanzar los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, especialmente cuando se gestiona bien. El Pacto Mundial tiene por objeto aprovechar el potencial de la migración para alcanzar todos los Objetivos de Desarrollo Sostenible, así como la repercusión que este logro tendrá sobre la migración en el futuro (ONU, 2018: par. 15)[20].

III. La migración en los objetivos de desarrollo sostenible (ODSs)

A partir de este mutuo reconocimiento, y de los fundamentos que lo sostienen, la migración, los migrantes, ocupan un lugar extraordinariamente relevante en los objetivos y metas, así como en los indicadores, en los que se concreta la Agenda 2030. Tan es así que, coherentemente con lo señalado, todos y cada uno de los ODSs y prácticamente todas las metas de cada uno de ellos tienen relación y son aplicables a los migrantes, sean expresamente referidos o implícitamente incluidos en los mismos; por lo que deben, a su vez, necesariamente ser tenidos en cuenta a la hora de elaborar indicadores para su seguimiento y valoración.

1. La relevancia general para la migración de todos los ODSs y sus metas, y viceversa: vínculos intersectoriales, afectación multidireccional

A los migrantes, como colectivo especialmente vulnerable en las sociedades donde viven, les son de especial aplicación todos los ODSs y buena parte de sus metas; a la vez, los migrantes son motor de desarrollo tanto en los países de origen, como de tránsito y destino. Es esta realidad relacional compleja, multifacética y multidireccional entre migración y desarrollo, y su reconocimiento en la Agenda 2030, lo que sitúa a la migración y a los migrantes en el centro de las políticas de desarrollo a nivel internacional, regional, nacional y local.

[20] Cursivas añadidas.

En efecto, de un lado, el *motto* que, como hemos visto, preside, fundamenta e informa toda la Agenda 2030, «no dejar a nadie atrás», adquiere todo su sentido cuando se aplica a los migrantes. Como se ha subrayado en el Foro Global para la Migración y el Desarrollo:

> The most important aspect of the 2030 Agenda and the SDGs for migrants, as for others, was the pledge to 'leave no one behind'. Migrants, especially those living in the shadows without legal status, are among the most likely to be left behind, so the repeated refrain in the SDGs that their protections and benefits apply "to all" is crucial (GFMD, 2020: 11).

De otro, la constatación científica, cada vez más evidente a partir de los resultados de las investigaciones desarrolladas, sobre el impacto de los migrantes en el desarrollo de las distintas sociedades y Estados afectados –de origen, tránsito y destino– ha llevado a reconocer, como hemos visto, la relevancia de la migración, de los migrantes, como motor de desarrollo. Como afirma el secretario general, debemos

> recordar los vínculos que unen la migración con nuestra lucha más amplia contra la desigualdad. La migración bien gestionada puede ayudarnos a la vez a invertir el curso de la desigualdad dentro de un mismo Estado, en la medida en que se fomenta el crecimiento económico general, y a reducir la desigualdad entre Estados gracias a las remesas y a la promoción de aptitudes e ideas. No lograremos cumplir nuestro compromiso global de no dejar a nadie atrás si no hacemos frente a las persistentes disparidades económicas entre Estados Miembros. La migración ofrece en ese sentido un mecanismo positivo y mutuamente beneficioso, siempre que apliquemos políticas dirigidas a potenciar al máximo sus beneficios (ONU, 2017: par. 87).

Ello es lo que hace que todos los ODSs y gran parte de sus metas les sean de aplicación, que lo sean de manera general, aunque no se disponga expresamente referencia alguna a los mismos.

	EXPLICIT	VULNERABILITY / PROTECTION	POTENTIAL	EMPLOYMENT CREATION	CLIMATE
1. No poverty		X	X		X
2. No hunger				X	X
3. Good Health	X	X	X		
4. Quality education	X	X	X		
5. Gender equality	X	X	X		
6. Clean water and sanitation		X			
7. Renewable energy		X		X	X
8. Good jobs and economic growth	X	X	X	X	X
9. Innovation and infrastructure			X	X	
10. Reduced inequalities	X	X		X	
11. Sustainable cities and communities		X			X
12. Responsible consumption			X	X	
13. Climate action		X			X
14. Life below water			X	X	
15. Life on land		X			X
16. Peace and justice	X	X			
17. Partnerships for the goals	X		X	X	

Table 2: Links between Migration and the 2030 Agenda (GFMD, 2018: 8)[21]

Como vemos, la Tabla 2, confeccionada por el Grupo de Trabajo sobre Desarrollo Sostenible y Migración Internacional del Foro Global para Migración y Desarrollo, distingue, de un lado, los ODSs en alguna/s de cuyas metas se hace referencia explícita a la migración –cuestión que analizaremos en el siguiente subepígrafe–; mientras que, de otro, diferencia en distintas columnas los que son de aplicación a los migrantes a efectos de su protección por su posición especialmente vulnerable –columna 2–, de los relativos a la migración como motor potencial de desarrollo, en general –columna 3–, para la creación de empleo –columna 4– o en relación a la lucha contra el cambio climático –columna 5–. Así, podemos observar cómo tanto desde una perspectiva de aplicación de los ODSs a los migrantes como grupo especialmente vulnerable para su protección, como desde la

[21] Los colores indican los objetivos que han sido, o van a ser, analizados en cada Foro Político de Alto Nivel: azul en el de 2017, naranja en el de 2018 y verde en el de 2019.

de considerarlos motor de desarrollo, todos los ODSs tienen que ver con la migración.

Pero no solo los Objetivos, sino que prácticamente todas las metas en las que los mismos se concretan tienen conexión con la migración, y la mayoría de ellas, además, también en el doble sentido que acabamos de describir. La siguiente tabla, preparada por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (2018: 32 y 33), ordena temáticamente las metas de los ODSs con relevancia para los migrantes, así como su sentido[22].

Pobreza y crecimiento	→ Se debería incluir a los migrantes en la implementación de todas las metas relativas a la pobreza → Se debería considerar la migración como un mecanismo de potenciación de las medidas para la reducción de la pobreza y para el crecimiento en los diferentes países	1.1, 1.2, 1.4, 1.5, 1.A, 1.B, 8.1, 8.2, 8.3, 10.1
Protección social	→ Los migrantes deberían tener acceso y ser incluidos en la cobertura y las políticas de protección social → Las trabajadoras domésticas migrantes deberían disfrutar de protección social	1.3, 5.4, 10.4
Salud	→ Los migrantes deberían incluirse en la cobertura sanitaria universal y todas las metas de salud → La distribución de la fuerza laboral de salud global debería mejorarse → Comprender la migración es fundamental para fortalecer la preparación para emergencias sanitarias, desarrollar políticas de salud inclusivas y mejorar el acceso a los servicios de salud sensibles a los migrantes → La salud de los migrantes mejorará a través del progreso en muchos otras metas → Mejorar la salud de los migrantes es una condición previa fundamental para trabajar, ser productivos y contribuir a la sociedad, que también contribuye a otras metas	3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.7, 3.8, 3.B, 3.C, 3.D, 5.6, 8.7, 8.8, 10.7, 10.C
Educación	→ Los niños migrantes deberían incluirse en las metas de educación → Administrar la demanda y la oferta de migración laboral mejorando la correspondencia de las capacidades → La educación de los migrantes mejorará a través del progreso en otras metas, incluidas las remesas más baratas y la migración segura y ordenada	4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 10.7, 10C

[22] Para un análisis exhaustivo de la relación entre las diferentes metas de los ODSs y la migración, *vid. Correlación integral de las Metas de los ODSs y la migración* (OIM, 2018: Anexo).

Género	→ Protección de los trabajadores domésticos migrantes → Abordar las vulnerabilidades de la migración relacionadas con el género → Ayudar a las mujeres a usar la migración para ayudarse a sí mismas a empoderarse → El progreso inclusivo en otras metas abordará los potenciales impulsores de migración negativos y discriminatorios para las mujeres	5.2; 5.3, 5.4, 5.A, 5.C
Infancia	→ Combatir el tráfico de niños y el trabajo infantil → Los niños migrantes deberían incluirse en las metas relativas a la pobreza infantil y la educación → El progreso inclusivo en otras metas, como la migración ordenada y segura, la salud, la justicia, etc. mejorará la protección de los niños migrantes	1.2, 4.2, 4.5, 4.A, 5.1, 5.2, 8.7, 10.7, 16.2, 16.3
Ciudades	→ Trabajar para lograr ciudades inclusivas, mediante, por ejemplo, el incremento de viviendas asequibles, beneficiará a los migrantes. Sus necesidades deben ser tenidas en cuenta en la implementación de las metas relevantes → Fomentar la planificación urbana participativa para incluir a los migrantes → Los migrantes deben incluirse en todas las metas relacionadas con la reducción del riesgo de desastres urbanos y la gestión del riesgo de desastres	11.1, 11.3, 11.B, 11.C
Cambio climático	→ Los migrantes deben incluirse en todas las metas relacionadas con la reducción y gestión del riesgo de desastres, incluidos los sistemas de alerta temprana → La migración debe ser reconocida como una estrategia potencial de adaptación al cambio climático (CCA) y forma de construir resiliencia → Los esfuerzos de educación y concienciación sobre el cambio climático deberían incluir las dimensiones de movilidad del cambio climático	1.5, 10.7, 11.5, 13.1, 13.3
Ciudadanía, estado de derecho e inclusión	→ La expansión de la identidad jurídica ayudará directamente a reducir la apatridia, ayudará a crear caminos para la migración irregular y protegerá los derechos legales de los migrantes → La expansión de la identidad jurídica contribuirá indirectamente a fomentar la inclusión de los migrantes, mejorar su acceso a los servicios básicos y ayudar a contrarrestar la trata de personas y la delincuencia organizada → El fortalecimiento del estado de derecho ayudará a los migrantes de muchas maneras, por ejemplo mejorando el acceso a la justicia y abordando la detención de migrantes, y abordando posibles causas de desplazamiento.	10.2, 16.3, 16.4, 16.7, 16.9, 16.B
Diáspora y alianzas para el desarrollo	→ Inclusión de la migración y los migrantes en las alianzas para el desarrollo	8.9, 9.2, 12.B, 17.3, 17.5, 17.13, 17.16, 17.17, 17.18

2. *Metas específicas de los ODSs referidas expresamente a migración*

Además de los señalados vínculos genéricos, intersectoriales y multidireccionales, algunos de los ODSs contienen una serie de metas expresamente referidas o que contienen vínculos directos con la migración y los migrantes. En el siguiente cuadro, el secretario general de las Naciones Unidas realiza un listado de las mismas (ONU, 2016ª: 10), así como de la Agenda de Acción de Addis Abeba (ONU, 2015a).

Recuadro 3
La migración y la Agenda 2030

a) Objetivos de Desarrollo Sostenible (meta)

- Capacitar al personal sanitario en los países en desarrollo y retenerlo (3.c)
- Aumentar el número de becas para estudiar en el extranjero (4.b)
- Erradicar la trata de personas (5.2, 8.7 y 16.2)
- Proteger los derechos laborales de los trabajadores migrantes, en particular de las mujeres migrantes (8.8)
- Facilitar la migración ordenada, segura, regular y responsable (10.7)
- Reducir los costos de transacción de las remesas (10.c)
- Garantizar el acceso a una identidad jurídica, en particular mediante el registro de nacimientos (16.9)
- Desglosar los datos por estatus migratorio (17.18)

b) Agenda de Acción de Addis Abeba (párrafo)

- Mitigar las posibles repercusiones de los estándares sobre la lucha contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo en cuanto a la limitación del acceso a los servicios financieros (24)
- Facilitar el acceso a servicios financieros asequibles para los migrantes y sus familias (40)
- Promover la transferencia de remesas de manera más económica, rápida y segura (40)
- Prestar educación de calidad para los niños migrantes y refugiados (78)
- Garantizar la migración en condiciones de seguridad y en forma ordenada y sistemática, con pleno respeto de los derechos humanos (111)
- Aumentar la transferibilidad de las prestaciones ganadas y potenciar el reconocimiento mutuo de las calificaciones (111)
- Combatir la xenofobia y facilitar la integración social de los migrantes (111)
- Poner fin a la trata de personas, en particular las mujeres y los niños (112)

Podemos tratar de ordenarlas de forma temática, y siguiendo el orden de numeración de las metas respectivas, de la siguiente manera:

- Capacitación de migrantes: evitar los efectos negativos del *brain drain*, y también del menos atendido pero igualmente pernicioso *brown drain* o pérdida de trabajadores no cualificados[23], fomentando los efectos positivos del *gain drain*[24].
  - «3.c. Aumentar considerablemente la financiación de la salud *y la contratación, el perfeccionamiento, la capacitación y la retención del personal sanitario en los países en desarrollo,* especialmente en los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo»: relación directa, aunque en sentido inverso, con la migración; aquí con el objetivo de evitar los perniciosos efectos del *brain drain* en el ámbito sanitario.
  - «4.b De aquí a 2020, aumentar considerablemente a nivel mundial el número de becas disponibles para los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados, los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países africanos, a fin de que sus estudiantes puedan matricularse en programas de enseñanza superior, incluidos programas de formación profesional y programas técnicos, científicos, de ingeniería y de tecnología de la información y las comunicaciones, de países desarrollados y otros países en desarrollo»: aquí, en sentido contrario al anterior, para favorecer el *brain gain* y fomentar así sus efectos positivos para el desarrollo de los países de origen de los estudiantes migratorios.
- Trata y explotación de personas: que, si bien no se refiere de manera exclusiva a migrantes, sí son estos las víctimas principales de tales comportamientos delictivos. Como he escrito en otro lugar:

> En el ámbito migratorio, debido a las especiales características del «viaje» o «proceso migratorio», a la situación de vulnerabilidad

[23] Sobre esta cuestión, *vid*. Lewis, 1986.

[24] *Vid.* entre otros, Lowell y Findlay, 2002; Özden y Schiff, 2005; Stark, 1997.

> general de los migrantes, más aún si se encuentran en situación económica, social y/o jurídica precaria, como suele ocurrir en la mayoría de los casos, tanto en los Estados de tránsito como de destino en los que se encuentren, los migrantes son víctimas potenciales de gran número de delitos de muy diversa naturaleza. Dos de los que más les afectan, pues se producen muy a menudo en este ámbito, son la trata y el tráfico de personas. Delitos que, además, afectan de forma muy especial, y por diversas razones, a mujeres y niños[25] (VACAS FERNÁNDEZ, 2017: 138).

– «5.2 Eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación».
– «8.7 Adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas contemporáneas de esclavitud y la trata de personas y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados, y, de aquí a 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas».
– «16.2 Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños».

• Migración laboral y empleo: metas que, al igual que en el caso anterior, son de aplicación general, a todas las personas; y por tanto también, y de manera muy especial, a los migrantes por su especial vulnerabilidad, tal y como se reconoce expresamente en la meta 8.8.

---

[25] «La mayoría de las víctimas de la trata son extranjeras en el país donde se identifican como víctimas. En otras palabras, esas víctimas –más de 6 de cada 10– son trasladadas cruzando al menos una frontera nacional. (…) *aproximadamente la mitad de las víctimas de la trata detectadas son mujeres adultas*. Aunque esta proporción ha disminuido considerablemente en los últimos años, en parte se ha visto compensada por el *aumento del número de niñas identificadas como víctimas*. *Las mujeres representan la gran mayoría de las víctimas detectadas que fueron objeto de trata con fines de explotación sexual*. En lo relativo a las víctimas de la trata con fines de trabajo forzoso, aunque los hombres constituyen una importante mayoría, las mujeres representan casi un tercio de las víctimas detectadas». UNODOC, 2014: 8 y 10. Cursivas añadidas.

– «8.5 De aquí a 2030, lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor».
– «8.8 Proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios».

- Gobernanza de la migración: «10.7 Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas». Y cuyo resultado tangible más relevante se ha alcanzado ya tres años después con la adopción en Marrakech del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, y cuya imbricación con la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible analizaremos seguidamente.
- Remesas: «10.c De aquí a 2030, reducir a menos del 3% los costos de transacción de las remesas de los migrantes y eliminar los corredores de remesas con un costo superior al 5%». Siendo este, como es bien sabido, uno de los ámbitos prácticos fundamentales en los que actuar para fomentar el papel de motor de desarrollo de los migrantes[26]; de ahí también su concreción tanto temporal como de logros a obtener. Sin embargo, todavía nos encontramos lejos de alcanzar tales metas. Como subraya el secretario general de Naciones Unidas:

> En el primer trimestre de 2020, el costo medio del envío de remesas ascendió a un 6,79 % a nivel mundial, lo que representa un leve descenso respecto del trimestre anterior (6,82 %) y sigue siendo más del doble de la meta del 3 % prevista en los Objetivos de Desarrollo Sostenible para 2030 (ONU, 2020: par. 56)[27].

[26] *Vid.* entre otros, De Haas, 2007; Lindley, 2007; Rapoport y Docquier (2005); Ratha, 2003.

[27] *Vid.* Banco Mundial (2016).

- Datos migratorios: «17.18 De aquí a 2020, mejorar el apoyo a la creación de capacidad prestado a los países en desarrollo, incluidos los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo, para aumentar significativamente la disponibilidad de datos oportunos, fiables y de gran calidad desglosados por ingresos, sexo, edad, raza, origen étnico, estatus migratorio, discapacidad, ubicación geográfica y otras características pertinentes en los contextos nacionales».

Y es que los datos sobre el fenómeno migratorio son escasos, de muy baja calidad y, los que hay, de muy difícil acceso. Como señala el secretario general:

> La disponibilidad de datos oportunos, fiables y exactos es un requisito previo para un debate basado en datos empíricos y para la formulación y supervisión de políticas. Muchos países tienen poca capacidad para producir datos básicos sobre la población de migrantes y los flujos migratorios o para llevar a cabo análisis pertinentes para las políticas sobre los modos y medios de aprovechar los beneficios de la migración para las personas, las comunidades y las sociedades (ONU, 2014: par. 65).

Pues bien, una parte importante de esta cuestión es interna, propia de los indicadores de los ODSs relativos a o en conexión con la migración, que, como hemos visto, son casi todos; y que por ello interpela a la propia Naciones Unidas. Así, la OIM ha establecido la siguiente tabla de indicadores relativos a las metas específicamente referidas a migración (OIM, 2018: 96), que acabamos de ver:

INDICADORES GLOBALES	ORGANISMOS CUSTODIOS
3.C.1 Densidad y distribución del personal sanitario	OMS (véase metadatos)
4.b.1 Volumen de flujos de asistencia oficial para el desarrollo para becas por sector y tipo de estudio (cuantificando el esfuerzo público que los donantes otorgan a los países en desarrollo para becas)	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (véase metadatos)
8.8.1 Frecuencias de lesiones laborares fatales y no fatales, por sexo y estado migratorio	Organización Internacional del Trabajo (OIT) (véase metadatos)
8.8.2 Nivel de cumplimiento nacional de los derechos laborales (libertad sindical y negociación colectiva) basado en fuentes textuales de la OIT y la legislación nacional, por sexo y estado migratorio.	Organización Internacional del Trabajo (OIT) (véase metadatos)
10.7.1 Costo de reclutamiento asumido por el empleado como proporción del ingreso anual obtenido en el país de destino	Banco Mundial (BM) y OIT; en fase de desarrollo (véase plan de trabajo)
10.7.2. Número de países que han implementado políticas de migración bien gestionadas	UN DESA y OIM; en fase de desarrollo (véase metadatos) Nótese que no es posible que los gobiernos formulen sus propios informes sobre el indicador global 10.7.2 tal como está formulado
10.C.1 Costos del envío de remesas como proporción del monto remitido	Banco Mundial (véase metadatos)
16.2.2 Número de víctimas de la trata de personas por 100.000 habitantes, por sexo, edad y forma de explotación	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (véase metadatos)
17.3.2 Volumen de remesas (en dólares de EE.UU.) como proporción del PIB total	Banco Mundial (véase metadatos)
17.18.1 Proporción de indicadores de desarrollo sostenible producidos a nivel nacional, con desglose completo cuando sea relevante para el objetivo, de conformidad con los Principios Fundamentales de las Estadísticas Oficiales	En fase de desarrollo; véase la página de indicadores de Nivel III de la ONU para información

Como vamos a ver a continuación, buena parte de las metas referidas incluidas en los distintos ODSs de la Agenda 2030 serán, coherentemente, incluidas a su vez dentro de los objetivos, y las acciones en que estos se concretan, contenidos en el Pacto Mundial para las Migraciones.

IV. El desarrollo sostenible en los objetivos del pacto de Marrakech

Probablemente el resultado concreto más relevante hasta la fecha en relación a las metas contenidas en la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible directa y expresamente conectadas con la migración sea el relativo a la gobernanza de la migración, en el marco del ODS 10 «Reducir la desigualdad en los países y entre ellos», al proponerse los Estados como meta 10.7 «Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas».

En efecto, si la primera resolución de la Asamblea General en su 70º periodo de sesiones, aprobaba de manera solemne la Agenda 2030, un año después, hacía lo propio, también en su primera resolución, con la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Ello, lejos de resultar casual, servía a los Estados para mostrar la profunda conexión y la igual relevancia existente entre desarrollo y migración. Como se afirma en la Declaración: «Nos reunimos hoy, un año después de la aprobación de la Agenda 2030, decididos a aprovechar todo el pleno de la Agenda en favor de los refugiados y los migrantes» (ONU, 2016b: par. 17).

En ella se parte, en efecto, de la incuestionable y ya por fin aceptada relación entre migración y desarrollo para asumir una serie de compromisos en materia migratoria que, en coherencia con ello, en gran medida se fundamentan y son el resultado de dicha asunción y reconocimiento por parte de los Estados. Así, después de recordar en la Declaración «la positiva contribución de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible» (ONU, 2016b: par. 4), los Estados afirmarán que «(l)os grandes desplazamientos de refugiados y migrantes tienen ramificaciones políticas, económicas, sociales y humanitarias y para el desarrollo y los derechos humanos que traspasan todas las fronteras» (ONU, 2016b: par. 7), que están decididos a «abordar las causas profundas[28] de los grandes despla-

[28] Que no son los que muchos gobiernos occidentales señalan con eufemismos cínicos y profundamente injustos, por inexactos y, sobre todo, crueles, como «efecto llamada», o con señalamientos fáciles e interesados a «las mafias de tráfico de personas», que no son causa sino consecuencia; sino «los factores determinantes y las causas profundas de los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes, incluidos el desplazamiento forzoso y las crisis prolongadas, para, entre otras cosas, reducir la vulnerabilidad, combatir la

zamientos de refugiados y migrantes» (ONU, 2016b: par. 12) y que «(e)n la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, prometimos que nadie se quedaría atrás (y) que nos esforzaríamos por llegar primero a los más rezagados» (ONU, 2016b: par. 16); y, en consecuencia, solemnemente:

> 16. (…) Reafirmamos hoy los compromisos relacionados con las necesidades específicas de los migrantes o los refugiados. En la Agenda 2030 se plantea claramente, entre otras cosas, que facilitaremos la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas. Las necesidades de los refugiados, los desplazados internos y los migrantes se reconocen expresamente.
>
> 17. La implementación de todas las disposiciones pertinentes de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible permitirá reforzar la contribución positiva que hacen los migrantes al desarrollo sostenible. Al mismo tiempo, se podrán encarar muchas de las causas fundamentales de los desplazamientos forzosos, lo que ayudará a crear condiciones más favorables en los países de origen.

Para ello, los Estados asumirían toda una serie de compromisos con los refugiados y los migrantes, entre los que destacaba el de adoptar un pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular tal y como se describe en el Anexo II de la resolución:

> Este pacto mundial establecería una serie de principios, compromisos y entendimientos entre los Estados Miembros sobre la migración internacional en todas sus dimensiones. Sería una contribución importante a la gobernanza mundial y mejoraría la coordinación en lo que concierne a la migración internacional. Ofrecería un marco para la cooperación internacional amplia respecto de los migrantes y la movilidad humana. Abordaría todos los aspectos de la migración internacional, como los humanitarios, de desarrollo y de derechos humanos, entre otros. Seguiría la senda marcada por la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y la Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre

---

pobreza, mejorar la autosuficiencia y la resiliencia, reforzar el nexo entre las cuestiones humanitarias y el desarrollo y mejorar la coordinación con las actividades de consolidación de la paz». (ONU, 2016b: par. 37).

> la Financiación para el Desarrollo y se basaría en la Declaración del Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo, aprobada en octubre de 2013 (ONU, 2016b: Anexo, par. 2).

Finalmente, poco más de dos años después, tal y como estaba previsto, aunque no sin dificultades políticas profundas[29], el 11 de diciembre de 2019 los jefes de Estado y de Gobierno adoptaron solemnemente en Marrakech el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. Pacto que parte del reconocimiento de que la migración «genera prosperidad, innovación y desarrollo sostenible en nuestro mundo globalizado, y que estos efectos positivos pueden optimizarse mejorando la gobernanza de la migración» (ONU, 2018: par. 8); de ahí que uno de sus principios rectores, como hemos visto, sea el desarrollo sostenible (ONU, 2018: par. 15).

A partir de ello, el Pacto Mundial se articula a través de la técnica de objetivos, en paralelo a la utilizada en las agendas de desarrollo, fijando 23 objetivos con el fin de construir una gobernanza internacional de la migración para que sea segura, ordenada y regular; a cada uno de los cuales se le añaden una serie de acciones que los Estados se comprometen a ir implementando en el futuro para tratar de alcanzarlos.

Se trata, en definitiva, de una aproximación propiamente programática, que indica caminos a seguir en una actuación progresiva; alejada, por tanto, de la asunción por los Estados de obligaciones jurídicamente vinculantes *–lege data–* contenidas en un tratado internacional. La opción por el *soft law* se refleja, por tanto, en el instrumento elegido por los Estados, que no es un tratado internacional, *sino un pacto*; lo que desde luego tiene consecuencias jurídicas desde la perspectiva de su naturaleza y alcance jurídicos[30], pero que resulta coherente con el camino elegido para ir avanzando en el ámbito del desarrollo sostenible. Aunque debemos ser cuidadosos y no ignorar que dicho camino encierra potenciales peligros, como el conocido como *SDGs washing*, al que nos referiremos en el último epígrafe,

---

[29] En especial derivadas de la posición política beligerantemente contraria de algunos gobiernos de países occidentales que no asistieron a la conferencia internacional. Ese fue el caso de Estados Unidos, Australia o Chile, pero también de algunos Estados miembros de la Unión Europea: Austria, la República Checa, Eslovaquia, Hungría, Letonia y Polonia.

[30] *Vid*. sobre esta cuestión, entre otros, Diáz Barrado (2016) y Fernández Liesa (2017).

que es necesario conjurar subrayando la vigencia y aplicación del Derecho Internacional Migratorio.

Pues bien, como en el caso de la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible, donde la migración, los migrantes, atraviesan y permean todos los ODSs; aquí el desarrollo, a su vez, aparece ligado a buena parte, sino a todos los objetivos del Pacto Mundial, en algunos casos de forma indirecta, implícitamente; en otros, de manera directa y/o explícita.

1. Objetivos explícitamente relacionados con el desarrollo

Podemos identificar los objetivos 1, 2, 19, 20 y 23 del Pacto Mundial de Marrakech como directa y expresamente relacionados con el desarrollo:

- «Objetivo 1: Recopilar y utilizar datos exactos y desglosados para formular políticas con base empírica»: por el que los Estados se comprometen «a reforzar la base empírica sobre la migración internacional disponible a nivel mundial haciendo mejoras e inversiones en la recopilación, análisis y difusión de datos exactos, fiables y comparables» (ONU, 2018: par. 17), así como a «velar por que esos datos faciliten la investigación, sirvan de guía para la formulación de políticas coherentes con base empírica y un discurso público bien informado, y permitan hacer un seguimiento y una evaluación eficaces del cumplimiento de los compromisos». Objetivo obviamente paralelo a la meta 17.18 de la Agenda 2030[31].
- «Objetivo 2: Minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen»: comprometiéndose a «crear condiciones políticas, económicas, sociales y ambientales adecuadas para que las personas puedan vivir de manera pacífica, productiva y sostenible en su propio país y cumplir sus aspiraciones personales, evitando así que la desesperación y el deterioro del entorno las obliguen a recurrir a la migración irregular para buscar medios de subsistencia en otro lugar»; además, y en

[31] Como expresamente refiere la acción d) prevista para su cumplimiento: «Recopilar, analizar y utilizar datos sobre los efectos y beneficios de la migración y sobre las contribuciones que los migrantes y las diásporas hacen al desarrollo sostenible, con miras a influir en la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y las correspondientes estrategias y programas a nivel local, nacional, regional y mundial».

conexión expresa con el desarrollo, se comprometen a «garantizar la implementación plena y oportuna de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible» (ONU, 2018: par. 18).

- «Objetivo 19: Crear las condiciones necesarias para que los migrantes y las diásporas puedan contribuir plenamente al desarrollo sostenible en todos los países»: para alcanzarlo, los Estados se comprometen «a empoderar a los migrantes y las diásporas para catalizar sus contribuciones al desarrollo y aprovechar los beneficios de la migración como fuente de desarrollo sostenible, reafirmando que la migración es una realidad pluridimensional de gran pertinencia para el desarrollo sostenible de los países de origen, tránsito y destino»; a través, entre otras acciones, de «la aplicación plena y efectiva de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y la Agenda de Acción de Addis Abeba fomentando y facilitando los efectos positivos de la migración para la realización de todos los Objetivos de Desarrollo Sostenible» (ONU, 2018: par. 35.a).
- «Objetivo 20: Promover transferencias de remesas más rápidas, seguras y económicas y fomentar la inclusión financiera de los migrantes»: por el que se comprometen, en directa conexión con la meta 10.c) de la Agenda 2030[32], «a promover envíos de remesas más rápidos, seguros y económicos desarrollando los entornos normativos y reglamentarios propicios que posibilitan la competencia, regulación e innovación en el mercado de las remesas y ofreciendo programas e instrumentos con perspectiva de género que mejoren la inclusión financiera de los migrantes y sus familias», además de «a optimizar el efecto transformador que las remesas tienen en el bienestar de los trabajadores migrantes y sus familias, así como en el desarrollo sostenible de los países» (ONU, 2018: par. 36).
- «Objetivo 23: Fortalecer la cooperación internacional y las alianzas mundiales para la migración segura, ordenada y regular»: comprometiéndose en concreto a que «el Pacto Mundial y los marcos jurídicos y normativos internacionales vigentes se refuercen mutualmente armonizando la aplicación del Pacto Mundial con esos

[32] Tal y como se reconoce expresamente en la acción a) de este objetivo: «Elaborar una hoja de ruta para reducir los costos de transacción de las remesas de los migrantes a menos del 3 % y eliminar los corredores de remesas cuyo costo supere el 5 % para 2030, en consonancia con la meta 10 c) de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible».

marcos, en especial la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y la Agenda de Acción de Addis Abeba» (ONU, 2018: par. 39).

2. Objetivos implícitamente relacionados con el desarrollo

Del resto de objetivos, los más obviamente ligados al desarrollo y/o a las metas incluidas en la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, aún de manera indirecta o implícita, son el 4, 5, 6, 7, 15, 16, 18, 21 y 22. Veámoslos:

- «Objetivo 4: Velar por que todos los migrantes tengan pruebas de su identidad jurídica y documentación adecuada»: correlato de la meta 16.9 de la Agenda 2030.
- «Objetivo 5: Aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular»: para facilitar con ello la migración ordenada y segura, tal y como hemos visto pretende la meta 10.7 de la Agenda 2030.
- «Objetivo 6: Facilitar la contratación equitativa y ética y salvaguardar las condiciones que garantizan el trabajo decente»: en conexión con la meta 8.8 de la Agenda 2030.
- «Objetivo 7: Abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración»: objetivo ciertamente general pero que conecta directamente con la Agenda 2030 en relación a las metas 5.2, 8.7 y 16.2 relativas a la erradicación de la trata de personas; 8.8 sobre los derechos laborales de los migrantes, 10.7 para facilitar una migración ordenada, segura y regular y, en fin, 16.9 para garantizar el derecho de acceso a una identidad jurídica.
- «Objetivo 15: Proporcionar a los migrantes acceso a servicios básicos»: lo que evidentemente interpela a la mayoría, sino a todos, los ODSs.
- «Objetivo 16: Empoderar a los migrantes y las sociedades para lograr la plena inclusión y la cohesión social»: objetivo que, por su relevancia y amplitud, al igual que en el caso anterior, engarza con la práctica totalidad de los ODSs.
- «Objetivo 18: Invertir en el desarrollo de aptitudes y facilitar el reconocimiento mutuo de aptitudes, cualificaciones y competencias»: en conexión directa con los ODSs 4 y 10; en especial, las metas 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 10.7 y 10 c).
- «Objetivo 21: Colaborar para facilitar el regreso y la readmisión en condiciones de seguridad y dignidad, así como la reintegración

sostenible»: comprometiéndose «a crear condiciones propicias para la seguridad física, el empoderamiento económico, la inclusión y la cohesión social en las comunidades, a fin de que la reintegración de los migrantes tras regresar a su país de origen sea sostenible» (ONU, 2018: par. 37); pues solo así podrán contribuir al desarrollo sostenible de sus países.

- «Objetivo 22: Establecer mecanismos para la portabilidad de la seguridad social y las prestaciones adquiridas»: en conexión con las metas 1.3, 5.4 y 10.4 de la Agenda 2030.

Como se puede observar, ambos documentos construyen un marco coordinado, aunque ciertamente no exento de crítica como vamos a ver a continuación, que pretende fortalecer e impulsar los efectos positivos que se derivan de la íntima y profunda relación entre migración y desarrollo[33].

V. La necesaria, y obligada, distinción entre la técnica de objetivos y los derechos humanos para evitar el peligro del *SDGS WASHING*

La relación entre migración y desarrollo es multidireccional, multifacética y, sin duda, compleja, en absoluto unívoca y simplista. Baste recordar la advertencia del secretario general:

> A la vez que se afirma el vínculo entre la migración y el desarrollo, hace falta poner en tela de juicio la idea de que los Estados de ingresos altos pueden reducir la migración procedente de los Estados de ingresos bajos solo con aumentar la asistencia para el desarrollo. A ello subyace el supuesto de que, a medida que los Estados ganan en riqueza, disminuye el número de ciudadanos obligados a buscar oportunidades en el extranjero. Según estudios recientes, la relación entre las corrientes de ayuda y la migración no es tan directa ni lineal[34]. El desarrollo internacional es un bien por derecho propio, y la migración forma parte integrante del desarrollo sostenible a escala mundial (ONU, 2017: par. 31).

---

[33] *Vid.*, entre otros, Herrera (2017) y Mamahdou, A. (2019).

[34] *Vid.* Clemens (2014).

El reconocimiento en los últimos años por la comunidad internacional institucionalizada de esta inescindible y profunda relación, pero también de su enorme complejidad ha permitido los avances que hemos tratado de mostrar incorporados a la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible y al Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular.

Sin embargo, debemos tener mucho cuidado, al avanzar en el camino de extraer consecuencias del reconocimiento de dicha relación en forma de objetivos y metas a alcanzar progresivamente, de no olvidar, ni permitir que se retroceda tomando lo anterior como excusa, que existe todo un marco jurídico vigente y vinculante para los Estados conformado por el Derecho Internacional Migratorio, cuyo contenido esencial lo forman los derechos humanos de los migrantes. Uno y otro camino no son en absoluto excluyentes ni antagónicos, sino complementarios; pero es necesario ser conscientes de que son caminos con un alcance jurídico muy diferente al partir de documentos con naturaleza jurídica distinta: los objetivos y metas de la Agenda 2030 y del Pacto Mundial de Marrakech están contenidos en declaraciones políticas –en forma de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas– y, por consiguiente, su alcance jurídico no es sino recomendatorio, propio del *soft law* del que derivan, a lo sumo, disposiciones de *lege ferenda*; mientras que los derechos humanos de los migrantes se contienen en Derecho convencional, en tratados internacionales ampliamente ratificados por los Estados y que, por ello, les obligan y limitan su discrecionalidad soberana, como normas de *hard law*, *lege data* que son.

Por todo ello, debemos rehuir el peligro que supone elevar los objetivos de Desarrollo Sostenible y del Pacto Mundial a fines en sí mismos, aislados del ordenamiento jurídico vigente. Peligro que podría conducir al ya acuñado, por real, *SDGs washing*; esto es, a una degradación de las normas jurídicas vigentes en que se proclaman y garantizan los derechos de los migrantes, que por ello son *lege data, hard law*, a mero *desiderátum*, a *soft law* o *lege ferenda* todavía, o de nuevo, en construcción.

Peligro, en fin, rechazado formalmente por los Estados tanto en la Agenda 2030 como en el Pacto Mundial. Así, en la primera los Estados proclaman:

> 18. (…) reafirmamos nuestra adhesión al derecho internacional y ponemos de relieve que la Agenda se implementará de manera compatible con los derechos y obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional.
>
> 19. Reafirmamos la importancia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como de otros instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos y el derecho internacional. Ponemos de relieve que, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, todos los Estados tienen la responsabilidad de respetar, proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas, sin hacer distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad o cualquier otra condición (ONU, 2015b).

Mientras que en el segundo lo hacen de forma solemne y como principio rector de todo el Pacto:

> f) *Derechos humanos.* El Pacto Mundial se basa en el derecho internacional de los derechos humanos y defiende los principios de no regresión y no discriminación. La aplicación del Pacto Mundial asegurará el respeto, la protección y el cumplimiento efectivos de los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, durante todas las etapas del ciclo de la migración. También reafirmamos el compromiso de eliminar todas las formas de discriminación contra los migrantes y sus familias, como el racismo, la xenofobia y la intolerancia (ONU, 2018:par. 15).

Y es que, como ya concluyéramos en otro lugar: «El Derecho Internacional Migratorio, partiendo de la dignidad humana, universal e igual para todos, se construye a partir de su especificación jurídica, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a nivel universal y regional» (Vacas Fernández, 2017: 329). En esa medida el Derecho Migratorio se configura en el límite jurídico material a la discrecionalidad de los Estados en materia migratoria, también en relación a la gobernanza internacional de las migraciones y en su relación con el desarrollo. Evitando así, siguiendo a Javier de Lucas,

> que la pretensión de universalidad de los derechos humanos, la vocación de igual reconocimiento de los seres humanos como sujetos

> de Derecho y de derechos, se quede en ideales o preceptos morales. Que sean solo un alivio del *buenismo*, de la buena conciencia, meras expresiones de altruismo que dependen de nuestra benevolencia y no se pueden exigir (de Lucas, 2015: 62).

No estamos en este ámbito en una *zona sin Derecho*, porque el Derecho Migratorio, que parte de la dignidad humana, del «reconocimiento del derecho a tener derechos» arendtiano, y cuyo contenido esencial lo conforman los derechos humanos, está vigente y obliga a los Estados, que no viven así en un espacio de confrontación pura, en un estado de naturaleza hobbesiano, donde gozarían de una discrecionalidad, de una libertad absoluta, y por ello falsa, como dirá Montesquieu; sino en un mundo regido por el Derecho que, por ello, supone límites a la discrecionalidad de los Estados a la hora de gestionar la migración, de tratar a los migrantes; a la hora, en fin, de determinar sus políticas migratorias interna e internacionalmente. Porque, como también ya indicamos,

> la senda marcada y bien delimitada por nuestros valores y principios éticos, que han sido juridificados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 2 del Tratado de la UE, y que, a partir de ellos, han permitido construir todo un edificio jurídico denominado Derecho Internacional Migratorio y, en Europa, Derecho Migratorio Europeo, es no sólo un imperativo ético y moral –que lo es–, sino también, y muy especialmente jurídico: regido, por consiguiente, por el principio de legalidad, que limita por ello, sanamente e imperativamente, la discrecionalidad de los Estados en materia migratoria.
>
> Junto a ello, resulta igualmente relevante subrayar que se trata, además, de un imperativo en términos de eficacia en la gestión de la migración, porque es la única vía que permite defender con éxito los intereses de todos los sujetos implicados –personas migrantes; Estados de origen, tránsito y destino; sociedades emisoras y receptoras– y aprovechar todas las enormes oportunidades y potenciales beneficios que genera (Vacas Fernández, 2017: 331-332).

Solo así, desde una aproximación claramente cimentada en los derechos humanos, se puede –desde la perspectiva de la eficacia– y se debe –desde la perspectiva de la exigencia moral y jurídica– abordar la gobernanza de la migración, tanto a nivel internacional como interno,

y en su relación, compleja, multidimensional y multifacética con el desarrollo. Solo desde los derechos humanos se puede conjurar el peligro denunciado, entre otros, por PIPER:

> The discourse on and practical shape of migration policy making, however, is embedded within the structure of neoliberal economic globalisation characterised by macro-economic preoccupation with competition and flexibility, shaped by states' desire for nation (re) building or national sovereignty. As a result, the wellbeing and rights of migrants tend not to be a central political or policy concern. (…). This critique is based on the disregard for, or side-lining of, human and labour rights issues that affect migrants' ability to be 'agents of development'. The argument made instead is *in favour of a human rights framework considered essential for successful migration management and human development based on human security* (Piper, 2017: 233 y 234)[35].

[35] «El discurso sobre la conformación de las políticas migratorias está embebido en la estructura de la globalización económica neo-liberal, caracterizada por la preocupación macroeconómica sobre competitividad y flexibilidad, a la que da forma el deseo de los Estados de una reconstrucción nacional o de la soberanía nacional. En consecuencia, el bienestar y los derechos de los migrantes no se encuentran en el centro de la preocupación política de los Estados ni, por tanto, de sus políticas migratorias y de desarrollo. (…). Esta crítica se basa en la falta de consideración por, o la exclusión de, los asuntos relativos a los derechos humanos y sociales que afectan a la capacidad de los migrantes de ser "agentes de desarrollo". *El argumento contrario se posiciona a favor de considerar un marco de derechos humanos como esencial para el éxito de la gestión migratoria y el desarrollo humano basado en la seguridad humana*». (Traducción del autor. Cursivas añadidas).

Bibliografía

Banco Mundial (2016). Remittance prices worldwide: making markets more transparent. Banco Mundial. https://remittanceprices.worldbank.org/es.

Clemens, M. A. (2014). Does Development Reduce Migration?. *IZA Discussion Paper* nº 8592. http://ftp.iza.org/dp8592.pdf.

De Haas, H. (2007). *Remittances and Social Development: A Conceptual Review of the Literature*. UNRISD.

De Haas, H. (2010). Migration and Development: A Theoretical Perspective. *International Migration Review*, 44 (1), pp. 227-264.

De Lucas, J. (2015). Mediterráneo: el naufragio de Europa. Tirant Humanidades.

Diáz Barrado, C. M. (2016). Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 32, pp. 9-48;

Fernández Liesa, C. R. (2017). Transformaciones del Derecho Internacional por los objetivos de desarrollo sostenible. En C. R. Fernández Liesa & A. Manero Salvador (dir.), *Análisis y comentarios de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas*. Thomson-Reuteers-Aranzadi, pp. 29-62.

GFMD (2018). Working Group on Sustainable Development and International Migration, *Recommendations to the 2018 High-Level Political Forum*, 27 April.

GFMD (2020). *Focused Input to the 2020 High-Level Political Forum* (HLPF), 31 March. https://www.gfmd.org/gfmd-focused-input-2020-hlpf).

Gortazar Rotaeche, C. (2019). El vínculo constante entre migración y desarrollo sostenible: La Agenda 2030 y el principio de «no dejar a nadie atrás». *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 140, pp. 89-106.

Herrera, M. J. (2017). La gestión de la movilidad humana. El Pacto Mundial sobre Migración desde la perspectiva de la OIM. *Transatlantic Studies Network: Revista de Estudios Internacionales*, 2 (4), pp. 73-81.

Lewis, J. R. (1986). International Labour Migration and Uneven Regional Development in Labour Exporting Countries. *Tijdschrift Voor Economische En Sociale Geografie*, 77(1), pp. 27–41.

Lindley, A. (2007). "The Early Morning Phonecall: Remittances from a Refugee Diaspora Perspective". Working Paper nº 47, Centre on Migration, Policy and Society, University of Oxford.

Lowell, L. B. & Findlay, A. (2002). Migration of Highly Skilled Persons from Developing Countries: Impact and Policy Responses. International Labour Organization and United Kingdom Department for International Development.

Mamahdou, A. (2019). Pacto Mundial sobre las Migraciones y ODS: una oportunidad histórica. *Tiempo de Paz*, nº 135, pp. 84-93.

OIM (2018). *La migración en la Agenda 2030*. https://publications.iom.int/books/la-migracion-en-la-agenda-2030-guia-para-profesionales.

ONU (1994). A/RES/49/127, de 19 de diciembre.

ONU (2000). *Declaración del Milenio*, A/RES/55/2, de 13 de septiembre.

ONU (2003). Informe del Secretario General sobre *Migración internacional y desarrollo*, doc. A/58/98, de 1 de julio.

ONU (2004). A/RES/58/208, de 13 de febrero.

ONU (2006). Informe del Secretario General sobre *Inmigración y Desarrollo*, doc. A/60/871, de 18 de mayo.

ONU (2013). *Declaración del Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo*, A/RES/68/4, de 3 de octubre.

ONU (2014). Informe Secretario General sobre *Migración internacional y desarrollo*, doc. A/69/207, de 30 de julio.

ONU (2015a). *Agenda de Acción de Addis Abeba*, A/RES/69/313, de 27 de julio.

ONU (2015b). *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, A/RES/70/1, de 25 de septiembre.

ONU (2016a). Informe Secretario General sobre *Migración internacional y desarrollo*, doc. A/71/296, de 4 de agosto.

ONU (2016b). *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*, A/RES/71/1, de 19 de septiembre.

ONU (2017). Informe Secretario General, *Conseguir que la migración funcione para todos*, doc. A/73/643, de 12 de diciembre.

ONU (2018), *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*, A/RES/73/195, de 19 de diciembre.

ONU (2020). Informe Secretario General, *Migración internacional y desarrollo*, doc. A/75/292, de 5 de agosto.

Özden, C. & Schiff M. (eds.) (2005). International Migration, Remittances, and the Brain Drain. *The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank*.

Piper, N. (2017). Migration and the SDGs. *Global Social Policy*, 17 (2), pp. 231-238.

Rapoport, H. & Docquier, F. (2005). The Economics of Migrants' Remittances. Discussion Paper nº 1531, Institute for the Study of Labor (IZA).

Ratha, D. (2003). Workers' Remittances: An Important and Stable Source of External Development Finance, in *Global Development Finance 2003*, World Bank, pp. 157–175.

Stark, O. (1997). A Brain Gain with a Brain Drain. *ECOLET* 55(2), pp. 227–234

Sutherland, P. (2017). *Informe del Representante Especial sobre la Migración*, ONU doc. A/71/728.

UNODOC (2014). *Informe Mundial sobre la Trata de Personas 2014*.

Un Secretary General (2006). *The Secretary-General address to the High-Level Dialogue of the General Assembly on international migration and development*, New York.

United Nations (2019). *International Migrant Stock 2019*, New York. https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates19.asp.

Vacas Fernández, F. (2007). *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios. Contexto, Marco Jurídico y Contenido*. Dykinson.

Vacas Fernández, F. (2017). *El Derecho Migratorio, Internacional y Europeo, como límite desde los derechos humanos a la discrecionalidad de los Estados en materia migratoria*. Tirant lo Blanch.

Vacas Fernández, F. & Tascioni, G. (2017). La paz y la seguridad en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible. En C. R. Fernández Liesa & A. Manero Salvador (dir.), *Análisis y comentarios de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas* (pp. 439-466). Thomson-Reuters Aranzadi.

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 413-443
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1618

EL VETO A LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR A LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

THE VETO TO THE LEGISLATIVE OVERRULING OF THE CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENTS IN THE CONTEXT OF THE SPANISH CONSTITUTIONAL LEGAL ORDER

Francisco Ortega Candela
Doctor en Derecho
Universidad de Murcia
https://orcid.org/0000-0001-9705-7983

Fecha de recepción del artículo: junio 2021
Fecha de aceptación y versión final: octubre 2021

RESUMEN

El presente trabajo trata sobre una cuestión de suma importancia para la dogmática constitucional: ¿le está vetado al legislador responder a una declaración de inconstitucionalidad de una ley debidamente pronunciada por el Tribunal Constitucional? Se defiende la existencia de este veto y para ello se analiza el marco en el que se tiene que mover la cuestión. En primer lugar, se aborda la premisa sobre la que debe partir cualquier intento de respuesta a la cuestión planteada: la supremacía de la Constitución española. Seguidamente se exponen las bases en que se asienta el veto a la respuesta del legislador: el modelo de justicia constitucional español y los efectos erga omnes de las sentencias del Tribunal Constitucional. Tras ello se analiza el ámbito del veto, esclareciendo su alcance y sus límites. Por último, se aborda brevemente la eficacia del veto, es decir, la posible existencia de instrumentos que puedan asegurar su realización y, en concreto, la posibilidad de usar el incidente de ejecución de sentencias.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, supremacía de la Constitución, respuesta del legislador, declaración de inconstitucionalidad de una ley.

ABSTRACT

This paper analayses an extremely important question for the constitutional theory: there is a veto to the legislative overruling of the spanish Constitutional Court judgments? The existence of this veto is defended. With this purpose the framework in which the issue is inserted is analyzed. Firstly, the premise on which any attempt to answer the question should start: the supremacy of the Spanish Constitution. Subsequently, the bases on which the veto to the legislative overruling is based are treated: the Spanish constitutional justice system and the erga omnes effect of the Constitutional Court rulings. After that, the framework of the veto is analyzed, clarifying its extension and limits. Finally, the realization of the veto is briefly addressed: the possible existence of instruments that can ensure the veto, and specifically the incident of execution of sentences like a proper mechanism to this purpose.

Keywords: Constitutional Court, Constitutional supremacy, legislative overruling, declaration of an Act's unconstitutionality.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO PRESUPUESTO DEL VETO A LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR. III. EL VETO A LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR A LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY. *1. Implicaciones de la opción por un modelo concentrado de justicia constitucional en la relación entre el legislador y el Tribunal Constitucional. 2. Los efectos generales de las sentencias del Tribunal Constitucional: el veto a la respuesta del legislador.* 2.1. La nulidad como efecto *erga omnes* de las sentencias del Tribunal Constitucional. 2.2. El efecto *erga omnes* de las sentencias del Tribunal Constitucional como mandato que impide reintroducir el Derecho ya declarado contrario a la Constitución. IV. EL ÁMBITO DEL VETO DE LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR A LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY. *1. El objeto del veto.* 1.1. Normas con rango de ley y actos parlamentarios sin rango de ley con capacidad para vehiculizar una respuesta legislativa. 1.2. Norma con rango de ley o acto parlamentario idéntico, similar o que venga de manera directa a dar efecto a una norma con rango de ley o acto parlamentario depurado de inconstitucionalidad. *2. El presupuesto del veto: la depuración regular de la inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional. 3. El sujeto del veto: la identidad del legislador.* V. LA EFICACIA DEL VETO A LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR: EL INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS COMO PROCEDIMIENTO PARA ANULAR NORMAS AFECTADAS POR EL VETO A LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Resultaría imposible, en un trabajo de estas características, dar pormenorizado sustento al enunciado que le da título y al no precisamente escaso número de cuestiones que, unas veces como presupuesto y otras como consecuencia, se encuentran en estrecha relación con aquel. Derivan estas líneas de la investigación que realicé para mis estudios de doctorado, y que dieron lugar a una memoria donde defendí que al legislador español le estaba vetado responder a la declaración de inconstitucionalidad de una ley, debidamente pronunciada por el Tribunal Constitucional.

El más modesto propósito de esta aportación será, sin embargo, intentar exponer ordenadamente los cuatro bloques de cuestiones que es necesario analizar si se quiere dar respuesta a un problema de tal complejidad.

La cuestión fue expresamente puesta de relieve en un interesante artículo publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional* (*REDC*) por el jurista Viver i Pi-Sunyer, gráficamente titulado «Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales?» (2013). La importancia de esta aportación doctrinal no debe, sin embargo, ocultar el hecho de que los términos en que se proponía estrechaban el análisis a una única conducta por parte del legislador –la reiteración de preceptos legales declarados inconstitucionales– con base en una relación de sujeción entre aquel y el Tribunal Constitucional, que operaba únicamente con la categoría de la vinculación como efecto de sus sentencias.

Sin embargo, el modelo de justicia constitucional abstracto y concentrado instaurado en nuestro país, que se caracteriza por hacer efectiva la supremacía de la Constitución mediante la expulsión del Derecho que la contraviene, apunta hacia los efectos *erga omnes* de las sentencias del Tribunal Constitucional como verdadera clave de la cuestión.

Por lo que hace al ámbito de las conductas por analizar, parece también que limitarlas al supuesto de la reiteración de una ley ya declarada inconstitucional se compadece poco con la manera en que operan tanto el legislador como el Tribunal Constitucional: las

maneras en que aquel puede contravenir lo decidido por este pueden trascender tanto los límites de la ley –¿puede el legislador virtualizar su oposición mediante normas o actos sin rango de ley?– como los de la mera reiteración –¿qué ocurre si el legislador no reitera la ley pero le otorga efectos mediante su desarrollo; qué sucede cuando la sentencia que se contraviene es interpretativa y, por lo tanto, no cabe prohibir la reiteración en sí de un enunciado que en puridad permanece en el ordenamiento?–.

En definitiva, estas y otras razones que no podemos exponer aquí detalladamente son las que han acabado dando a este trabajo la formulación con la que se enuncia, en un intento de abarcar sus principales aristas. Ya hemos adelantado que defenderemos la existencia de un veto para el legislador, derivado de los efectos generales de las sentencias del Tribunal Constitucional, que opera como mandato que prohíbe la reintroducción en el ordenamiento del Derecho reputado contrario a la Constitución.

Para ello comenzaremos por abordar la premisa sobre la que debe partir cualquier intento de respuesta a la cuestión planteada: la supremacía de la Constitución española (CE). En el siguiente apartado expondremos las bases en que se asienta el veto a la respuesta del legislador: el modelo de justicia constitucional español y los efectos *erga omnes* de las sentencias del Tribunal Constitucional. Tras esto pasaremos a analizar el ámbito del mencionado veto, esclareciendo su alcance y sus límites. En fin, en el último apartado abordaremos brevemente la eficacia del veto, es decir, la posible existencia de instrumentos que puedan asegurar su realización.

II. La supremacía de la Constitución española como presupuesto del veto a la respuesta del legislador

La supremacía de la Constitución española viene explicitada en su artículo 9.1, donde se dice: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». De este precepto se extrae la plena normatividad del Texto Fundamental y su posición de supremacía dentro del ordenamiento jurídico que funda (García de Enterría, 1979; García Pelayo, 1984).

El primero de los mecanismos con que se pretende el aseguramiento de la supremacía constitucional es su rigidez, entendida como la imposibilidad de que el legislador ordinario pueda modificar la Constitución (Bryce, 2015: 10). Este esquema se funda en la atribución de la soberanía nacional al pueblo (art. 1.2 CE) y la configuración del Estado español como un Estado democrático (art. 1.1 CE). De especial importancia para el desenvolvimiento normativo del Estado es el poder legislativo, que se otorga primariamente a las Cortes Generales y a los Parlamentos autonómicos. Junto a estos poderes se establece un órgano que aglutina toda la soberanía normativa, el poder de reforma constitucional en su modalidad más agravada (art. 168 CE), y que carece de limitaciones materiales. El establecimiento de esta posibilidad de reforma íntegra de la Constitución es, por un lado, la juridificación más congruente con la idea de soberanía (Aragón Reyes, 2002: 22-23) y, por otro lado, la clave con la que entender los límites con que operan los poderes ordinarios.

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional. La Constitución es la formalización de la voluntad del poder constituyente y «el pueblo soberano, concebido como la unidad ideal de imputación del poder constituyente, ratificó en referéndum el texto acordado previamente por sus representantes políticos» [Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 259/2015, fundamento jurídico (FJ) 5 a)]. En el Estado social y democrático de derecho que se configura en la Constitución de 1978, la legitimidad de cualquier actuación del poder público pasa por su conformidad con la Constitución, cuyo fundamento es el principio democrático. De modo que «la primacía incondicional de la Constitución es la garantía de la democracia tanto por su fuente de legitimación y por su contenido, como por la previsión misma de procedimientos para su reforma» (STC 259/2015, FJ 5). En definitiva, el poder constituyente español optó por conceder la capacidad última de toma de decisiones colectivas al poder de reforma constitucional, al que quedan sometidos el resto de poderes, legislador y Tribunal Constitucional incluidos, operando como verdadero cierre del sistema (Aragón Reyes, 2013: 10; Blanco Valdés, 1994: 168).

A la vista de lo dicho hasta aquí debemos también analizar el segundo de los mecanismos con que nuestro Texto Fundamental se dota para asegurar su supremacía, a saber, el control de constitucio-

nalidad de las leyes. De la simple constatación de que la Constitución española ha establecido un tribunal que realiza un juicio sobre la compatibilidad de la ley con la Constitución, unido a la supremacía sin excepciones de este texto, podría parecer derivarse sin más el hecho de que la inconstitucionalidad de una ley debidamente declarada por el mencionado tribunal deviene definitiva: las decisiones del órgano llamado por la Constitución a expulsar del ordenamiento las leyes que la contradicen deben respetarse, siendo la respuesta del legislador tanto como contradecir la propia Constitución, a riesgo de dejar en papel mojado el puesto que este mismo texto otorga al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla y, si queremos empezar a entender si la respuesta del legislador tiene o no cabida en nuestro ordenamiento, debemos continuar analizando nuestro modelo de justicia constitucional.

III. El veto a la respuesta del legislador a la declaración de inconstitucionalidad de una ley

1. *Implicaciones de la opción por un modelo concentrado de justicia constitucional en la relación entre el legislador y el Tribunal Constitucional*

El modelo concentrado de justicia constitucional, desde un punto de vista ideal, se caracteriza por dos notas precisas: en primer lugar, por la centralización del control de constitucionalidad de la ley en un único órgano. En segundo lugar, por la abstracción del juicio que realiza, cuyo objeto directo es siempre la ley en relación con su compatibilidad con la Constitución (Ferreres Comellas, 2003: 74).

En este modelo la obediencia de los poderes públicos se consigue mediante la anulación de una ley, es decir, a través de un acto –de signo negativo, decía Kelsen– con el que se expulsa una ley del ordenamiento (2011: 275). Por el contrario, en un modelo difuso de control de constitucionalidad de las leyes, la obediencia de los poderes públicos a las sentencias de inconstitucionalidad se busca a través de la vinculatoriedad de la jurisprudencia que sientan, único efecto que en este sistema pueden desplegar, puesto que la ley no

queda expulsada del ordenamiento, sino que se interpreta *erga omnes* (Ahumada Ruiz, 1998: 339).

En este sentido, la Constitución española hace referencia a los efectos generales de las sentencias del Tribunal Constitucional –y no de todas, como tendremos oportunidad de ver–, junto al valor de cosa juzgada, pero no al efecto de vinculación. Esta figura es una clara influencia del Derecho alemán, donde, junto al valor de cosa juzgada y a la eficacia *erga omnes* de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, se introdujo una tercera forma de eficacia, la vinculación de los poderes públicos a su doctrina, con la intención de dar respuesta al agudo problema de la necesaria fuerza de obligar que requieren las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, es decir, aquellas que dejan intacto el texto de la ley (Fernández Segado, 2011: 152-153).

Lo cierto es que el efecto de vinculación se viene relacionando en la doctrina con el 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), cuyo sentido más aceptado por la doctrina es aquel que ve en él un mandato al Poder Judicial que le obliga a seguir toda interpretación de la Constitución asentada en una sentencia del Tribunal Constitucional independientemente del tipo de proceso o del sentido del fallo; opinión que ha sido corroborada por el famoso artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) (Herrero-Tejedor Algar, 2006; Torres-Dulce Lifante, 2006).

Existe, por tanto, la necesidad de especificar que toda interpretación dada por el Tribunal Constitucional sobre la Constitución vinculará insoslayablemente a uno de los poderes, el judicial (Ferreres Comellas, 2003: 79), mención extensible al poder ejecutivo –en cuanto poder sometido a la ley y fiscalizable por los tribunales no tendría sentido afirmar otra cosa–, pero no, sin más, al legislador.

En definitiva, el efecto de vinculación surge de la condición de intérprete superior del ordenamiento que ostenta el Tribunal Constitucional y, por ello, se predica de todas las sentencias e independientemente del proceso o del sentido del fallo. Por tanto, es netamente distinto a esa otra faceta que ostenta el Tribunal Constitucional en cuanto que poder que incide directamente sobre la ley, con capacidad para innovar el ordenamiento jurídico, propia de los procedimientos donde se enjuicia la constitucionalidad de una norma y capaz de

originar un mandato concreto de no reiteración de la conducta aislada y declarada inconstitucional (Garrorena Morales, 2006: 375). Así las cosas, en nuestra opinión, en un modelo concentrado de justicia constitucional se debe buscar, valga la redundancia, la respuesta a la respuesta del legislador en aquello que le es más propio: la expulsión con efectos *erga omnes* de una norma inconstitucional.

2. *Los efectos generales de las sentencias del Tribunal Constitucional: el veto a la respuesta del legislador*

2.1. La nulidad como efecto *erga omnes* de las sentencias del Tribunal Constitucional

El artículo 164.1 de la Constitución española establece que aquellas sentencias del Tribunal Constitucional «que declararen la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tienen plenos efectos frente a todos». Queda claro, pues, que toda sentencia en que se concluya la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley produce efectos generales; y ello con independencia de que más adelante debamos también referirnos a la críptica segunda parte del precepto transcrito, que parece otorgar también eficacia general a otro tipo de sentencias.

Pero, antes de nada, debemos establecer cuál es el alcance concreto de los plenos efectos contra todos que se predican de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma y que, como hemos podido ver en el apartado anterior, son algo consustancial al modelo concentrado de justicia constitucional. En las gráficas palabras del profesor Garrorena Morales,

> la condición de la justicia constitucional como justicia sobre normas […] comporta la necesidad de que sus decisiones puedan afectar correctivamente a aquel Derecho que se estima constitucionalmente inadecuado. Pero para que ese resultado corrector se obtenga es preciso que tales decisiones estén en condiciones de actuar como si ellas mismas fueran Derecho, esto es, con una eficacia idéntica (quiero decir, coextensa en alcance general y en fuerza de obligar) a la que posee la norma sobre la cual recae dicho veredicto. Sólo así la sentencia constitucional podrá incidir sobre el Derecho contrario a la Constitución con la contundencia requerida (2006: 351).

Por lo que hace a nuestro concreto objeto de estudio, hemos de preguntarnos, además, si los plenos efectos frente a todos implican también la imposibilidad de que en el futuro el legislador reproduzca el Derecho ya declarado inconstitucional. Como sugiere Jiménez Campo,

> el pronunciamiento de inconstitucionalidad ostenta […] una fuerza análoga, aunque de signo opuesto, a la que fue propia de la regla legal enjuiciada; fuerza análoga, no idéntica, porque en estos fallos hay quizás algo más, que nunca estaría en manos del legislador imponer: el mandato de no reactivar la inconstitucionalidad declarada mediante la reiteración de la regla inconstitucional (1998:118).

Pues bien, la «eliminación con eficacia *erga omnes* de enunciados o normas con fuerza de ley como consecuencia necesaria de su contradicción con una norma constitucional» obedece a la necesidad de corregir dicha contradicción (Rubio Llorente, 1988, 38). Y, dado «que la forma natural y lógica de alcanzar esa reparación suele consistir en declarar nulo el Derecho contrario a la Constitución», se entiende que la «nulidad sea el formato común y esperable de la eficacia *erga omnes*» (Garrorena Morales, 2006: 352).

Lo cierto es, no obstante, que la Constitución española no ha consignado expresamente la nulidad como medio reparador de la inconstitucionalidad de las leyes, si bien, como afirma Jiménez Campo,

> de lo dispuesto en su artículo 164.2 ("subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad") cabe deducir, sin duda, que la concepción que late en la norma fundamental es que la declaración de inconstitucionalidad debe provocar la expulsión del ordenamiento de la regla viciada (1998:122).

Tal opción cabe también rastrearla en la contundencia con que la Constitución –como ya hemos visto– afirma su supremacía y en conexión con la atribución de efectos generales a las decisiones del órgano llamado a efectuar el control de constitucionalidad: del Derecho que contradiga la Constitución, en fin, no cabe esperar sino su expulsión por inconstitucional y nulo. A esta conclusión ha parecido llegar también el legislador, al señalar en el artículo 39.1 de la LOTC que cuando una sentencia, en procedimientos de inconstitucionalidad,

declare precisamente que un precepto es inconstitucional, declarará igualmente su nulidad. La nulidad es, por tanto, el método ordinario de reparación de las situaciones de inconstitucionalidad de las leyes, que deberá tener, como mínimo, el mismo alcance que estas. Sin embargo, el uso de esta categoría de nulidad está lejos de ser pacífico y de ofrecer respuesta a todos los problemas derivados de la declaración de inconstitucionalidad de una ley.

El primero de estos problemas es el deslinde entre las figuras de la nulidad y de la derogación. Aunque cercanas, por cuanto suponen el cese de la pertenencia de una norma a un determinado conjunto de normas, no son, en absoluto, equivalentes. Como afirma acertadamente Moreso Mateos,

> a veces las normas derogadas son aplicables –es decir, hay una norma que obliga a los órganos de aplicación a aplicarlas– (por ejemplo, a casos ocurridos durante la pertenencia de la norma) mientras las normas declaradas inconstitucionales, habitualmente se dice, no son más aplicables (1993: 109).

Por otro lado, cabe «la posibilidad de que una norma ya derogada sea declarada inconstitucional, con lo cual –al menos en este caso– la declaración de inconstitucionalidad no puede significar lo mismo que la derogación» (Moreso Mateos, 1993: 109). El propio Tribunal Constitucional reconoció tempranamente la distinción entre los efectos de los mecanismos de derogación y de declaración de inconstitucionalidad (*vid.* STC 14/1981, de 29 de abril, y STC 140/1986, de 11 de noviembre), y ha declarado en múltiples ocasiones la inconstitucionalidad y nulidad de una norma derogada (Delgado Echeverría, 2003).

El segundo de los problemas de que hablábamos es la clásica discusión consistente en saber si la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley produce plenos efectos desde el momento en que dicha ley fue promulgada, o si bien solo lo hace a partir de aquel pronunciamiento. A tenor de la doctrina, nuestro texto constitucional, más allá de la mención que el artículo 161.1 a) CE contiene acerca de que las sentencias ya recaídas no perderán su valor de cosa juzgada por la declaración de inconstitucionalidad de una ley, no parecería haberse decantado expresamente por ninguno de los dos

modelos que venimos comentando (González Rivas, 2010: 456). Y, sin embargo, del hecho de que la Constitución es la norma de cuya validez depende el resto, de la indisponibilidad del principio de jerarquía del orden constitucional y de la contundencia con que aquel texto habla de los «plenos efectos frente a todos» de las sentencias del Tribunal Constitucional, parece derivarse que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe provocar plenos efectos *ex tunc* (Garrorena Morales, 2006: 363).

Así parece corroborarlo la LOTC, en cuyo artículo 40.1 establece que

> las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad;

lo que, leído *a sensu contrario*, da a entender que estas excepciones se establecen por cuanto la regla es la retroactividad de los efectos generales de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley.

En definitiva, la declaración de inconstitucionalidad de una ley tiene efectos *ex tunc* y ningún operador jurídico podrá aplicar la norma ni a situaciones acaecidas tras la sentencia, ni a aquellas a las que, habiendo ocurrido con anterioridad, les hubiera podido ser de aplicación de no haber sido anulada.

No obstante, los problemas que comporta la nulidad como expresión de los efectos *erga omnes* de las sentencias del Tribunal Constitucional no acaban ahí. Como afirma Jiménez Campo, la declaración de nulidad «es sencillamente inutilizable en pronunciamientos que no cancelen o supriman enunciados legales o fragmentos de los mismos» (1998: 118). Pero también la nulidad es incapaz de dimensionar plenamente los efectos generales que, como inmediatamente pasaremos a ver en el próximo apartado, se anudan a un

procedimiento como es el control previo de tratados o de aquellos supuestos en que la nulidad se difiere en el tiempo. La cuestión es, por tanto, dilucidar si nuestra Constitución nos permite afirmar que, con la atribución de efectos generales a aquellas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma, ha querido algo más que la expulsión de la norma concreta a través de su nulidad.

2.2. El efecto *erga omnes* de las sentencias del Tribunal Constitucional como mandato que impide reintroducir el Derecho ya declarado contrario a la Constitución

Una vez más podríamos aducir, a la vista de lo expuesto hasta el momento, que, afirmada contundentemente la supremacía de la Constitución y teniendo en cuenta que esta ha establecido la figura de un tribunal encargado de declarar y eliminar el Derecho inconstitucional, parece que la lectura más congruente de los efectos generales que producen las sentencias del Tribunal Constitucional es aquella que ve en ellos también un mandato al legislador de no reiterar la norma expulsada.

Pero, además, podemos encontrar una disposición constitucional que nos indica que esta es la solución más ajustada. Nos referimos al control previo de tratados internacionales regulado en el artículo 95 de la Constitución. En efecto, el primer ordinal de este artículo, asumiendo plenamente el postulado de la supremacía constitucional, establece que «la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional». El ordinal segundo establece quién deberá velar por que se cumpla aquella exigencia: «El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción». El proceso que se establece es claro: el Tribunal Constitucional puede ser requerido para declarar si un tratado internacional es inconstitucional; en caso de serlo, ese tratado no puede entrar a formar parte del ordenamiento jurídico español a no ser que se opere una reforma de la Constitución con la que compatibilizar ambos textos.

Tal y como afirmó el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/1992, de 1 de julio –primera en que se hizo uso del control previo de tratados–,

> si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional (art. 95.1 de la Norma Fundamental). De este modo, la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento previsto en su Título X, su primacía, adquiriendo también el tratado, en la parte del mismo que fue objeto de examen, una estabilidad jurídica plena, por el carácter vinculante de la declaración del Tribunal (art. 78.2 de la LOTC), como corresponde al sentido de este examen preventivo.

Se conecta, de manera indudable, la indisponible primacía de la Constitución española con la imposibilidad de que sea ratificado un tratado inconstitucional: de las declaraciones del Tribunal Constitucional se deriva un claro mandato que prohíbe al legislador adoptar un Derecho que se ha reputado contrario al Texto Fundamental. Se trata, por tanto, de un procedimiento que innova el ordenamiento jurídico, no anulando una norma, sino impidiendo su adopción (Pulido Quecedo, 2018: 338-340). Y este hecho llevó a que el Tribunal Constitucional admitiera en la declaración a que ya hemos hecho referencia que la misma «es una decisión jurisdiccional con carácter vinculante […] y, en cuanto tal, produce "erga omnes" (art. 164.1º in fine C.E.) todos los efectos de la cosa juzgada» (Garrorena Morales, 2006: 356).

En fin, se da en nuestra Constitución un claro entendimiento de su propia supremacía como un mandato de exclusión de todo Derecho que la contravenga (García Pelayo, 1981: 26). Las sentencias del Tribunal Constitucional que depuran el ordenamiento contienen así en su fallo el mandato de no reiterar o mantener el comportamiento declarado inconstitucional, bajo pena de considerar que tal comportamiento solo se excluye para disposición concreta, pudiendo reingresar en el ordenamiento con solo ser adoptado en un cuerpo legal distinto y soslayando la única solución que la Constitución ha arbitrado para dar acceso al Derecho no conforme con su texto: la reforma constitucional (Gavara de Cara, 2011: 241 y 258). Esta sería, en definitiva, la última modalidad de eficacia que se predica de los efectos *erga omnes* de las sentencias del Tribunal Constitucional y la base del veto a la respuesta del legislador.

Ciertamente, hay dos tipos de pronunciamientos del Tribunal Constitucional que apuntan a las claras hacia esta dimensionalización más amplia del efecto *erga omnes* que estamos manejando. Nos refe-

rimos, en primer lugar, a las declaraciones de inconstitucionalidad con nulidad diferida. Se trata de pronunciamientos en los que, constatada la inconstitucionalidad de una ley, se aprecia también que la situación de vacío jurídico que conllevaría su anulación podría provocar graves perjuicios, por lo que se opta por diferir la nulidad en el tiempo hasta que se haya tomado una solución reparadora de la inconstitucionalidad conforme a lo dispuesto en la sentencia (Fernández Segado, 2011: 146).

Claro está que en este tipo de pronunciamientos se está excluyendo, por un lado, y de manera total e implícita, los efectos hacia el pasado de la nulidad –cuando esta se haga finalmente efectiva no conllevará la nulidad de todo lo efectuado al amparo de la ley declarada inconstitucional– y, por otro lado, los efectos hacia el futuro que se derivarían de la inmediata expulsión de la norma concernida, cuya efectividad se difiere al momento en que sea corregida la inconstitucionalidad advertida. Pero lo que no se excluye es la dimensión de los efectos *erga omnes* que obliga a que en el futuro no se reitere el Derecho declarado como no ajustado a la Constitución. Es más, este es el contenido principal de estos pronunciamientos, a riesgo de considerar que con ellos el Tribunal Constitucional no pretende una verdadera solución reparadora (STC 195/1998, de 1 de octubre).

El segundo tipo de pronunciamientos a que nos referíamos es, si cabe, más ilustrativo. Se trata de los casos en que, constatada la inconstitucionalidad de una ley, se declara también su nulidad, pero con una exclusión total de su eficacia hacia el pasado, normalmente por afectar a disposiciones que ya han agotado sus efectos. En este tipo de casos no solo se excluye toda eficacia de la nulidad hacia el pasado, sino que además –al referirse a una ley que ya ha agotado sus efectos– su eficacia futura se corresponde con el no disimulado alcance de establecer únicamente el comportamiento reputado inconstitucional, en el bien entendido de que al legislador le está vedado reiterar o dar continuidad a la disposición anulada (STC 190/2002, de 17 de octubre).

En definitiva, asentada ya la existencia del veto a la respuesta del legislador por mor de los efectos generales de las sentencias del Tribunal Constitucional, nos resta dar un paso más allá y establecer, como vamos a hacer en el apartado siguiente, cuál es el marco en el que puede operar el mencionado veto.

IV. El ámbito del veto de la respuesta del legislador a la declaración de inconstitucionalidad de una ley

1. El objeto del veto

Debemos comenzar por establecer cuál es el objeto sobre el que recae el veto, lo cual nos lleva a precisar dos aspectos: los actos sobre los que puede recaer el veto y las conductas vetadas.

1.1. Normas con rango de ley y actos parlamentarios sin rango de ley con capacidad para vehiculizar una respuesta legislativa

Pérez Royo ha venido a caracterizar la función legislativa «constitucionalmente definida» en el hecho de «estar atribuida en régimen de monopolio a las Cortes Generales […]. Nadie, salvo las Cortes Generales, puede dictar normas jurídicas primarias, esto es, normas creadoras de derecho y, por tanto, innovadoras del ordenamiento» (2016: 622). Ahora bien, ese monopolio no siempre se exterioriza de la misma manera, ni en una misma forma o con similar intensidad. Lo que debe hacerse, en gráfica expresión del citado constitucionalista, es preguntar, ante cualquier disposición de carácter normativo: «¿Se innova con ella el ordenamiento, hay creación de derecho? Y si la respuesta es afirmativa, tiene que formularse inmediatamente otra: ¿Dónde están las Cortes Generales?» (2016: 623).

Pues bien, en efecto, las Cortes Generales siempre están ahí en mayor o menor grado. Están ahí, como es evidente, en la elaboración de las leyes en cualquiera de sus formas. Están en la legislación delegada al Gobierno, que solo puede elaborarla mediante delegación expresa de las Cortes. Están en la legislación de urgencia, que debe ser ratificada, derogada o tramitada como ley por las Cortes. Y están, en fin, en la legislación internacional, cuya incorporación al ordenamiento español debe pasar, bien por la aprobación de una ley orgánica –que será, desde entonces, el acto que legitimará cualquier posterior ejercicio de la potestad legislativa por el órgano al que se le han cedido competencias–, bien por la autorización, sin olvidarnos de la recepción mediante transposición. Y, obviamente, estas mismas consideraciones pueden ser hechas con respecto a las Asambleas de las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias.

El objeto del veto será, por tanto, todas aquellas normas con rango de ley que emanen del legislador español y que contengan una respuesta a una declaración de inconstitucionalidad en los términos que vamos a ver en el apartado siguiente. Pero antes conviene abordar dos cuestiones: la posibilidad de que sean también objeto del veto la reforma constitucional y algunos actos parlamentarios sin rango de ley pero que pueden producir efectos jurídicos.

Por lo que hace a la primera cuestión, ya advertimos en el segundo apartado que la posibilidad de reforma total de la Constitución actuaba como cierre del sistema. Esto se entiende aún mejor si se pone en relación con el veto a la respuesta del legislador, que opera precisamente como la garantía de que se respetarán las decisiones del Tribunal Constitucional, órgano llamado a hacer valer la separación entre poder legislativo y poder de reforma constitucional, y señalando cuándo el cauce que hay que seguir deberá ser esta última.

En este sentido, en sistemas en los que predomina un concepto material de Constitución, es posible identificar un «núcleo constitucional» que se levanta como verdadero límite al poder de reforma y que representa la expresión directa de la voluntad soberana del pueblo. De este modo, no solo se abre la posibilidad de someter la reforma de la Constitución a control, sino que esto se convierte en una exigencia propia de la democracia (Aláez Corral, 2000). Para esta dogmática, las reformas constitucionales se instrumentan a partir de leyes cuya única especificidad es el estar habilitadas por la propia Constitución para modificarla, de modo que no pueden alterar su núcleo duro, materializado en cláusulas de intangibilidad. Siguiendo la muy gráfica expresión de Villaverde Menéndez, estaríamos ante un «poder constituyente-constituido», y no ante un poder «constituido-constituyente» (2012: 493).

Sin embargo, la Constitución española no solo no prevé ninguna cláusula de intangibilidad, sino que, además, el artículo 168 permite una reforma total y, si identifica una serie de materias sensibles, no es precisamente para prohibir su modificación, sino para someterla al procedimiento agravado que ella misma regula. No hay en el sistema jurídico español una Constitución material, ni las reformas constitucionales son leyes (Villaverde Menéndez, 2012: 494; Pérez Royo, 1993: 41).

Y así lo ha venido entendiendo, por lo demás, el Tribunal Constitucional, en cuya Sentencia 259/2015, de 2 de diciembre, afirma que «la Constitución como ley superior no pretende para sí la condición de *lex perpetua*. La nuestra admite y regula, en efecto, su "revisión total" (art. 168 CE y STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7)».

Por tanto, y en esto coincidimos plenamente con Villaverde Menéndez, «cuando la CE llama a las Cortes Generales a reformar no está llamando al órgano que hace leyes», sino «al órgano que da cuerpo a la Nación española para ejercer su soberanía empleando el poder de reforma, esto es, la competencia para producir normas constitucionales» (2012: 496); por ello, se ha de añadir, la reforma constitucional no puede ser objeto del veto a la respuesta del legislador (Requejo Pagés, 1998).

Debemos tratar ahora, por último, la segunda de las cuestiones de las que hablábamos arriba. Hay dos razones que nos obligan a plantearnos la posibilidad de que el legislador responda a una declaración de inconstitucionalidad a través de actos sin rango de ley. En primer lugar, el procedimiento legislativo no está comprendido por una única fase, sino que se divide en una serie de otros procesos que dan lugar a actos parlamentarios específicos. En segundo lugar, el Parlamento no solo produce leyes en uso de su función legislativa, sino que también puede aprobar disposiciones o actos sin rango de ley, que pueden tener una clara influencia en aquella primera función. ¿Se puede dar una respuesta del legislador a través de alguna de estas disposiciones o actos sin rango de ley?

En lo que respecta a los distintos actos que forman parte del procedimiento legislativo, parece claro que a su través puede darse una respuesta del legislador. Ya sea mediante el ejercicio de la iniciativa legislativa o de la facultad de enmienda, se pueden introducir en el debate parlamentario contenidos que vengan a reiterar o dar efectos a una norma que haya sido declarada inconstitucional. Pero lo importante aquí no es tanto esa capacidad de vehiculizar una respuesta del legislador, por cuanto la futura norma no está conclusa, como la cuestión de si dichos actos tienen una relevancia suficiente como para considerar que tal respuesta tiene siquiera una mínima eficacia.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su Auto 135/2004, de 20 de abril, afirmó que los «actos de tramitación inser-

tados en un procedimiento parlamentario, sólo despliegan efectos *ad intra* de ese procedimiento en tanto éste no concluya con la aprobación de la norma que a su través pretende generarse» (FJ 8). Por tanto, una eventual inconstitucionalidad de estos actos parlamentarios solo sería relevante en caso de concluir con una resolución, disposición o acto que se integre en el ordenamiento jurídico; cuestión que se deberá verificar en el juicio de inconstitucionalidad que en su caso se inste.

Pero, a renglón seguido, establece una excepción: la eventual inconstitucionalidad de los actos parlamentarios sí será relevante, aun cuando el procedimiento en el que se insertan no haya finalizado, en caso de que produzcan «una lesión inmediata de derechos fundamentales de los sujetos legitimados para participar en el procedimiento» (FJ 8). Control que deberá verificarse por la vía del recurso de amparo.

En efecto, el hecho de que los mencionados actos parlamentarios se inserten en un procedimiento mayor cuyo perfeccionamiento es aún incierto no los convierte en inocuos. Es a su través, precisamente, que el legislador puede introducir en el debate parlamentario una respuesta a una declaración de inconstitucionalidad. En este sentido, y como tendremos oportunidad de ver en el último apartado de este trabajo, el Alto Tribunal ha desarrollado una jurisprudencia en torno a la palmaria y manifiesta inconstitucionalidad de las iniciativas parlamentarias y su consecuente afectación del *ius in officium* de los parlamentarios garantizado *ex* artículo 23.2 de la Constitución.

A esta misma conclusión cabe llegar en cuanto a disposiciones parlamentarias sin rango de ley que el legislador puede aprobar, tales como las mociones, proposiciones no de ley y resoluciones. La forma de estas iniciativas no impide que a su través pueda darse una respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad. La cuestión es aquí si por su carácter político tienen una eficacia jurídica capaz de afectar al *ius in officium* de los parlamentarios. Cuestión a la que el Tribunal Constitucional se ha tenido que enfrentar con motivo de la resolución de procedimientos de impugnación de disposiciones autonómicas interpuestos contra disposiciones del tipo que venimos comentando.

En este sentido, la STC 98/2019, de 17 de julio, establece que la impugnación de resoluciones parlamentarias será admisible si, además de su carácter político, «pueden apreciarse en el acto

impugnado, siquiera indiciariamente, capacidad para producir efectos jurídicos». En este sentido, el simple enunciado de una proposición que fuera contraria a la Constitución no constituiría *per se* objeto de enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional, pues puede carecer de capacidad para producir efectos jurídicos. Ahora bien, no cabe asimilar sin más los efectos jurídicos de una disposición con su capacidad para vincular:

> Una resolución parlamentaria «es capaz de producir efectos jurídicos propios y no meramente políticos, pues aunque pudiera entenderse carente de efectos vinculantes sobre sus destinatarios –la ciudadanía, el Parlamento, el Gobierno y el resto de instituciones de la Comunidad Autónoma–, "lo jurídico –como afirmamos en la STC 42/2014 (FJ 2)– no se agota en lo vinculante"» (FJ 2).

En definitiva, no cabe sin más negar la capacidad de producir efectos jurídicos de estas resoluciones parlamentarias, sino que habrá que estar al contenido de las mismas. En todo caso, e independientemente de su idoneidad para ser objeto de un procedimiento de control de la constitucionalidad, lo que importa aquí afirmar es que a través de estas disposiciones se puede dar una respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad, con una potencial eficacia jurídica.

1.2. Norma con rango de ley o acto parlamentario idéntico, similar o que venga de manera directa a dar efecto a una norma con rango de ley o acto parlamentario depurado de inconstitucionalidad

En la doctrina es habitual hablar del supuesto de la aprobación de una ley idéntica o similar como el propio de la respuesta del legislador (Bocanegra, 1982: 235-236; Gavara de Cara, 2011: 241; Jiménez Campo, 1998: 118; Viver Pi-Sunyer, 2013: 20-21). Sin embargo, aunque sea esta la más clara conducta contraventora de lo dispuesto en una sentencia del Tribunal Constitucional, no es la única. Cabe pensar, también, en una norma o acto que, sin ser reproducción literal del previamente depurado, venga, sin embargo, a producir los mismos efectos. A estas conductas debe añadirse también la de aprobar una norma o acto que venga a dar o a continuar los efectos de otra norma o acto declarados inconstitucionales, puesto que proveer a la eficacia

de estos es tanto como considerar que no han sido expulsados del ordenamiento.

Debemos, en fin, especificar qué entendemos por cada una de las conductas vetadas:

– Por ley o acto parlamentario idéntico entendemos precisamente eso, una ley o acto que es idéntico o que apenas ha variado con respecto a otro previamente declarado inconstitucional.

– Por ley o acto similar nos referimos a la acción de aprobar una nueva ley o acto parlamentario que, aunque tenga una formulación totalmente distinta, venga sin embargo a producir los mismos efectos, es decir, anudar una misma consecuencia jurídica a un supuesto de hecho, otorgar una idéntica posición jurídica, atribuir una competencia u ofrecer una definición con un alcance igual al de un precepto declarado inconstitucional.

– Por ley o acto que dé efecto a otro entendemos una disposición que venga directamente a desarrollar o a continuar los efectos de aquel depurado, como si siguiera en el ordenamiento.

2. *El presupuesto del veto: la depuración regular de la inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional*

El presupuesto básico para que opere en nuestro ordenamiento el veto a la respuesta legislativa es la existencia de una sentencia del Tribunal Constitucional que depure con efectos generales la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley o un acto parlamentario que carezca de este rango.

Esta forma de eficacia de la que venimos hablando la poseen las sentencias estimatorias recaídas en los procedimientos expresamente habilitados para el control de constitucionalidad de las leyes: el recurso y la cuestión (Garrorena Morales, 2006: 355). También produce efectos *erga omnes*, como hemos visto, la declaración del Tribunal Constitucional que proclama la inconstitucionalidad de las disposiciones de un tratado, puesto que afecta al ordenamiento jurídico con el concreto alcance de vedar su ratificación en tanto la Constitución no sea reformada. ¿Pero son las únicas?

Que nos planteemos esta cuestión obedece a dos problemas. Por un lado, como ya hemos visto, el artículo 164.1 de la Constitución otorga plenos efectos contra todos no solo a las sentencias «que

declaren la inconstitucionalidad de una ley», sino también «a todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho», por lo cual –si queremos manejar una dogmática mínimamente rigurosa– habremos de analizar qué otras sentencias irradian esta eficacia y con qué alcance. Por otro lado, conocida es la muy extendida práctica de las que podríamos llamar en su conjunto *sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad* (Garrorena Morales, 2006: 355) y de las que, precisamente por faltarles esta nota, cabe plantearse si también –y de qué modo– producen efectos generales.

Empezando por la primera de las cuestiones, debemos afirmar que no poseen eficacia *erga omnes* las sentencias desestimatorias puras (Gómez Montoro, 2001: 568). En efecto, las sentencias desestimatorias puras no requieren de aquella eficacia, puesto que

> cuando una sentencia considera que la norma legal sometida a su juicio se adecúa perfectamente a la Constitución, es esa ley, y no tal sentencia, la que produce –más correcto sería decir, sigue produciendo– efectos generales (Garrorena Morales, 2006: 357).

Y siguiendo con esta idea, es decir, la de que los efectos generales son una forma de eficacia consustancial a los pronunciamientos que, por recaer sobre una norma, precisan valer tanto como esta para proveer su expulsión tanto *pro praeterito* como *pro futuro*, tenemos que estos efectos generales sí acompañan a aquellos procedimientos donde se resuelve la inconstitucionalidad y nulidad de normas sin rango de ley. Así ocurrirá en los conflictos positivos de competencias cuando la sentencia que declare la titularidad de la competencia controvertida acuerde, a su vez, la anulación de una norma; también en los casos de impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las comunidades autónomas cuando estas se reputen inconstitucionales y nulas en la sentencia resolutoria.

No producirán efectos generales, sin embargo, los conflictos positivos desestimatorios, los que no versen sobre normas, los conflictos negativos o los conflictos en defensa de la autonomía local (Garrorena Morales, 2006: 357). Ni tampoco producirán efectos generales los recursos de amparo, ya que, sin perjuicio de su indudable dimensión objetiva, se trata de procesos para la protección de los derechos fundamentales y no de «un mecanismo de depuración

abstracta de las disposiciones normativas […] en las que se basan los actos presuntamente lesivos de tales derechos y libertades» (STC 193/1987, de 9 de diciembre, FJ 6). La propia Constitución así lo contempla al no otorgar efectos generales a aquellas sentencias que se «limiten a la estimación subjetiva de un derecho» (art. 164.1 CE).

Mayor enjundia tiene el segundo de los problemas de que hablábamos más arriba, el relativo a las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad. Se trata de un heterogéneo grupo de pronunciamientos que tienen en común el permitir la pervivencia de los preceptos impugnados, pero de manera condicionada.

El primer gran grupo lo conforman las que han venido en llamarse *sentencias interpretativas*, que pueden ser definidas como aquellas en que el Tribunal Constitucional aprecia la inconstitucionalidad de un precepto, pero no en su totalidad, sino solo en cuanto a alguna de las interpretaciones que cabe darle. El Tribunal Constitucional español ha hecho uso de este tipo de pronunciamientos desde el principio. En la mayoría de las ocasiones opta por un fallo de sentido desestimatorio en el que declara que un cierto precepto no es inconstitucional si se interpreta en un cierto sentido. Sin embargo, no es imposible encontrar sentencias interpretativas estimatorias en las que se declara la inconstitucionalidad de una determinada interpretación del precepto impugnado. Lo importante es advertir que, independientemente del sentido del fallo, en este tipo de sentencias asistimos a una verdadera operación depuratoria del ordenamiento. No se declara la nulidad de ningún precepto, pero sí la de una o varias normas que cabe extraer del texto (Díaz Revorio, 2002: 187). Es por ello que, para Garrorena Morales, este tipo de pronunciamientos producen efectos generales, puesto que innovan el ordenamiento expulsando una determinada norma extraíble de un precepto y, por tanto, necesitan valer como él; de ahí que, además, la modalidad de fallo más coherente con este tipo de decisiones sea la estimatoria (2006: 380). En efecto, estas sentencias producen también plenos efectos y de ellas cabe asimismo extraer un mandato que prohíbe al legislador adoptar la solución interpretativa declarada como no ajustada a la Constitución.

Ahora bien, el hecho de que el precepto impugnado siga intacto tiene una consecuencia importante: imposibilita hablar –al contrario de lo que sucede en los pronunciamientos estimatorios puros– de una

prohibición de la reiteración del precepto cuya interpretación ha sido declarada inconstitucional. El mencionado precepto tiene una o varias interpretaciones que son ajustadas a la Constitución y, por tanto, su reiteración es perfectamente posible. Lo que sí queda vedado para el legislador es, claro está, insistir en la interpretación o interpretaciones del precepto que han sido expulsadas.

El segundo grupo de pronunciamientos de inconstitucionalidad sin nulidad es el de las llamadas *sentencias de mera inconstitucionalidad*. Se trata de casos en los que se aprecia la no conformidad de una ley con la Constitución no por lo que dice, sino precisamente por lo que omite, por lo que el Tribunal Constitucional no puede resolver el problema anulando el precepto o interpretándolo. Por ello, y entendido que lo que se requiere es una actuación positiva sobre la norma, se declara la inconstitucionalidad de la omisión detectada y se llama al legislador para que sea él quien realice la operación de adecuación a la Constitución (Garrorena Morales, 2006: 370).

Claro está que en estos casos la nulidad del precepto no es imposible, sino tan solo inadecuada para salvar su constitucionalidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no deja de aislar en este tipo de pronunciamientos una norma implícita que considera inconstitucional, llamando al legislador para su sanación, pero en el bien entendido de que le queda vedado adoptar precisamente esa solución reputada como no conforme a la Constitución, a riesgo de dejar en papel mojado el pronunciamiento de inconstitucionalidad. Así las cosas, este tipo de decisiones producen efectos generales en la forma de la norma implícita que se reputa inconstitucional y que se expulsa del ordenamiento.

En definitiva, los plenos efectos contra todos de las sentencias del Tribunal Constitucional están estrechamente relacionados con la necesidad de depurar el ordenamiento de todo Derecho que sea reputado como contrario a la Constitución. Toda sentencia que encuentre que un precepto o una determinada interpretación del mismo no se ajustan a la Constitución está innovando el ordenamiento con el concreto alcance de expulsar ese Derecho de una vez por todas, quedándole impedido al legislador adoptar nuevamente un Derecho ya declarado inconstitucional, si no es por medio de la reforma del Texto Fundamental.

3. El sujeto del veto: la identidad del legislador

El veto a la respuesta se impone, lógicamente, frente al legislador cuyo producto normativo ha sido previamente depurado. Ahora bien, en España no hay un legislador único, sino que junto al estatal se sitúan los de las comunidades autónomas. Ante ello se hace necesario analizar si la identidad entre el legislador cuya norma ha sido depurada y el legislador sujeto del veto ha de darse siempre, o si es acaso posible extrapolar el veto ante la eventualidad de que otro legislador distinto repita el mismo comportamiento inconstitucional. Pues bien, cuando se trata de saber si es factible extrapolar el veto a la respuesta legislativa a otros legisladores distintos al afectado en el proceso de turno, es necesario distinguir entre si la razón de la inconstitucionalidad ha sido por motivos competenciales o no.

Cuando se trata del primer caso –inconstitucionalidad por incompetencia– el veto no puede ser en absoluto extrapolado. Al legislador estatal no se le puede imponer lo decidido para el legislador autonómico o viceversa, pues la incompetencia de uno no implica la del otro.

Pero tampoco entre legisladores autonómicos cabría extrapolar decisiones, puesto que, como es bien conocido, nuestro modelo de descentralización es asimétrico y no todas las comunidades autónomas gozan de las mismas competencias. Es más, el artículo 28.1 de la LOTC amplía el parámetro de la constitucionalidad a «las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas». Por tanto, incluso el parámetro de la constitucionalidad podría variar a la hora de tener que juzgar sobre la inconstitucionalidad de una ley, dependiendo de la comunidad autónoma. Por todo ello, lo que puede ser inconstitucional para un legislador autonómico, no tiene por qué serlo para otro, y el veto no se puede extrapolar.

Mayores dudas nos ofrece el supuesto de que la inconstitucionalidad no se haya producido por falta de competencia. Aquí nos encontramos con una ley cuya inconstitucionalidad no depende del legislador que la ha producido, sino que se da por un contraste directo con una disposición material de la Constitución. Esto implicaría que la solución adoptada para un legislador sería también aplicable para

cualquier otro. Sin embargo, creemos que tampoco en este caso el veto debe ser extrapolado. Pese al carácter objetivo que todo proceso de inconstitucionalidad tiene, al ir orientado a la depuración del ordenamiento, la LOTC no olvida que, puesto que estamos ante un verdadero proceso judicial, se debe llamar a las partes. Exigencia que también se deriva de la especial posición en el ordenamiento del objeto enjuiciable y a cuya defensa es necesario traer y oír a quien lo ha producido.

En definitiva, pensamos que el veto a la respuesta legislativa deberá operar siempre ante el mismo legislador cuya norma ha sido depurada en la sentencia que se pretende contestar y que no hay razones de peso para extrapolarlo.

V. La eficacia del veto a la respuesta del legislador: el incidente de ejecución de sentencias como procedimiento para anular normas afectadas por el veto a la respuesta del legislador

Debemos comenzar advirtiendo que el legislador es el órgano llamado en primer lugar a hacer efectivo el veto a la respuesta a una declaración de inconstitucionalidad. El legislador es el sujeto del veto y a él se le impone la obligación de no actuar en contra de lo dispuesto en una sentencia del Tribunal Constitucional que ha depurado el ordenamiento y ha establecido un mandato en los términos ya vistos.

El legislador es el intérprete primario de la Constitución y ello se traduce en el ejercicio, también primario, del monopolio normativo. Es el órgano situado en la puerta de entrada del Derecho al ordenamiento jurídico y, por tanto, el mejor posicionado para impedir *a radice* la adopción de normas inconstitucionales. En este sentido, cuando el legislador acata las sentencias del Tribunal Constitucional que han depurado el ordenamiento, no solo está haciendo prevaler la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. Está también respetando el ámbito propio de los poderes públicos ordinarios establecidos y, claro está, también del resto de legisladores con quien convive.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha ido desarrollando paulatinamente una doctrina en torno a la palmaria o manifiesta inconstitucionalidad de diversos actos parlamentarios y el correlativo deber de inadmisión de los mismos, que recae sobre la Mesa de los

Parlamentos. Esta doctrina se ha ido forjando a través de la resolución de recursos de amparo interpuestos por vulneración del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución. Esta última doctrina ha sido continuada y matizada por diversas sentencias hasta encontrar su formulación más acabada en la reciente STC 115/2019, de 16 de octubre, donde la inadmisión se transforma ya definitivamente en un deber, y la manifiesta o palmaria inconstitucionalidad en causa suficiente para ello, esté así o no dispuesto en la concreta regulación parlamentaria. En este sentido, la STC 115/2019 acaba por dar, en nuestra opinión, un paso decisivo en la identificación del supuesto principal que puede dar lugar al deber, por parte de la Mesa, de inadmitir una iniciativa o propuesta parlamentaria debido a su manifiesta o palmaria inconstitucionalidad. Nos referimos, por supuesto, a la previa existencia de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que haya depurado el ordenamiento con efectos generales. Así, en la mencionada sentencia, afirma el Tribunal que los acuerdos impugnados obvian

> los efectos generales de la STC 259/2015, y el alcance de la doctrina que esta sentencia contiene […]. La mesa del Parlamento ha tramitado la moción a sabiendas de que existe una resolución previa de este Tribunal que le [sic] impide darle curso, por tratarse de una mera reiteración de la resolución 1/XI, que ya ha sido anulada. Y por ello, «la decisión de la mesa de la cámara constituiría un manifiesto incumplimiento de su deber de respetar lo resuelto por este Tribunal (arts. 9.1 CE y 87.1 LOTC) en la STC 259/2015» (FJ 7).

Con ello no se quiere afirmar que la inadmisión por parte de la Mesa tenga que derivar necesariamente de una previa declaración de inconstitucionalidad, sino que esta actuaría como elemento determinante, pero quedando a salvo la potestad que aquella tiene de inadmitir por sí sola aquellas iniciativas que se aprecien inconstitucionales.

En definitiva, la STC 115/2019 cierra su argumentación conectando el incumplimiento del deber de inadmisión por parte de la Mesa con la lesión del *ius in officium* de los parlamentarios. La admisión de una iniciativa manifiestamente inconstitucional impediría que los parlamentarios pudiesen llevar a cabo «legítimamente sus funciones representativas, pues, en tales circunstancias, el ejercicio de su cargo

conllevaría no acatar lo resuelto por el Tribunal Constitucional e incurrir, por tanto, en un grave ilícito constitucional» (FJ 7). Queda con ello afirmada la posibilidad (e incluso el deber, siempre que medie una previa declaración de inconstitucionalidad) de acudir al procedimiento de amparo como garantía del respeto al veto que recae sobre la respuesta del legislador.

No obstante, a nadie se le escapa que la aprobación de una norma con rango de ley o disposición parlamentaria que sea respuesta a una sentencia del Tribunal Constitucional es una eventualidad que no cabe en ningún modo desechar; sobre todo cuando la iniciativa legislativa provenga, como viene siendo lo habitual, de quien ostenta la mayoría parlamentaria. Por ello, conviene también explorar la posibilidad de utilizar otros mecanismos con el objeto de suprimir los actos parlamentarios o normas con rango de ley afectados por el veto; mecanismos distintos, claro está, al de la impugnación de nuevo ante el Tribunal Constitucional.

Una primera opción consistiría en la posibilidad de facultar a los jueces para inaplicar la ley o norma con rango de ley que reitere o desarrolle otra ley que ya ha sido depurada por el Tribunal Constitucional. En este caso la lógica del modelo concentrado de control de constitucionalidad de las leyes queda preservada, puesto que la solución inaplicativa es extraída por el juez directamente del fallo, en consonancia con las tesis que hemos venido manteniendo en este trabajo. Es la expulsión con efectos generales de la ley lo que permitiría al juez inaplicar aquella que viene a reiterarla o desarrollarla sin tener que verse obligado a plantear una cuestión de inconstitucionalidad que, en puridad, ya ha sido resuelta.

Sin embargo, creemos que una recta lectura del artículo 163 de la Constitución hace inviable una solución como la propuesta. No podemos olvidar que los jueces y tribunales que forman el Poder Judicial están sometidos al imperio de la ley *ex* art. 117.1 de la Constitución. Esta sumisión no implica que los jueces sean solo la boca por la que habla la ley, puesto que a ellos corresponde también su análisis e interpretación. Pero esta valoración no puede llegar a traducirse nunca en una declaración de inconstitucionalidad de una norma legal; operación que solo compete al Tribunal Constitucional. Cuando los jueces, a través de la interpretación conforme de la ley,

no pueden salvar su constitucionalidad, quedan obligados a instar la oportuna cuestión ante el Tribunal Constitucional (art. 5.2 LOPJ).

En fin, resta por explorar una segunda opción: el incidente de ejecución de sentencias como procedimiento para anular normas afectadas por el veto a la respuesta del legislador. Tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional han mantenido tradicionalmente que las sentencias en procesos de control de constitucionalidad de las leyes tienen efectos declarativos y no precisan ejecución (Palomino y Salas, 1989: 102-104). Sin embargo, esta idea de las cosas no es sostenible. Las sentencias del Tribunal Constitucional que producen meros efectos declarativos pueden precisar también de ejecución. Lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha enmendado recientemente, si bien de manera un tanto elíptica, su propia doctrina. En el Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 15/2019, de 12 de marzo, tras recordar su propio criterio acerca de que «las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de las leyes, que determinan el efecto de invalidación de las mismas, no tienen ejecución por la justicia constitucional» (ATC 309/1987, FJ 2), añade que «tal consideración es compatible, no obstante, con la adopción de medidas de ejecución en aquellos casos en los que tales medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones» (FJ 2).

Este auto resuelve un incidente de ejecución de la STC 152/2017, de 21 de diciembre, instado por el Parlamento de Cataluña. En aquella sentencia, precisamente, se había declarado la inconstitucionalidad y nulidad de ciertos preceptos de una norma con rango de ley, el Real Decreto-ley 13/2014. A la hora de hacer frente al incidente, el Tribunal Constitucional adapta acertadamente su propia doctrina sobre «las dos situaciones proscritas» que dan lugar a una ejecución y que serían:

> la emisión de pronunciamientos contrarios a lo decidido en la sentencia que se pretende ejecutar, o que supongan un intento de menoscabar la eficacia –jurídica o material– de lo que en ella se resolviera con valor de cosa juzgada y, en esta ocasión, *vinculación erga omnes* desde el momento de su publicación en el diario oficial ex art. 164 CE (FJ 2, la cursiva es nuestra).

Pues bien, de lo hasta aquí dicho, junto a los escuetos términos en que está configurado el incidente de ejecución, y el amplio rango

que el Tribunal Constitucional maneja en la identificación de lo que puede ser objeto de este proceso –resolución, disposición o actuación material–, creemos que nada se opone *a radice* a que las normas con rango de ley afectadas por el veto a la respuesta legislativa puedan ser sometidas a un procedimiento de ejecución de sentencia. En efecto, una norma con rango de ley afectada por el veto supone la contravención de una previa sentencia del Tribunal Constitucional, en cuya ejecución se podría instar la inconstitucionalidad y nulidad de la nueva disposición. Al reiterar o dar efectos a una norma con rango de ley que ha sido depurada de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, se estaría desconociendo la sentencia cuya ejecución se pretende. Constatada tal contravención, el Tribunal Constitucional debería declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la nueva norma, sin tener que entrar a realizar un nuevo enjuiciamiento material que, en puridad, ya se habría realizado con anterioridad. Este modo de operar no es en absoluto extraño para la práctica del Tribunal Constitucional, que en los últimos años ha resuelto una serie de incidentes en ejecución de sentencias declarativas y cuyo objeto eran disposiciones generales sin rango de ley que de una manera u otra venían a desconocer lo dispuesto en aquellas (Autos del Tribunal Constitucional [AATC] 41/2016, 170/2016, 24/2017, 123/2017 y 124/2017). Es decir, una respuesta del legislador.

No tenemos espacio para desarrollar, con la extensión que se merecen, los problemas que de la utilización de este mecanismo se podrían derivar, más por cuanto la última reforma de la ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional opta por configurarla más como una figura represora, en detrimento de su posible utilización en la depuración del ordenamiento (Ridao Martín, 2016; Villaverde Menéndez, 2016). Pero no queremos terminar este artículo sin advertir que el modo propio como actúa el Tribunal Constitucional en el control de la ley es expulsándola. Así es como el Tribunal Constitucional ejerce su función sin invadir ilegítimamente la que compete a otros órganos y respetando la división de poderes. En este contexto, el veto a la respuesta del legislador supondría un criterio objetivo con el que apreciar cuando una ley puede declararse inconstitucional en ejecución de una sentencia. Esto, y no la configuración subjetiva y represora que se le ha querido dar al incidente de ejecución últimamente, sería lo más coherente con el modelo concentrado de justicia constitucional español.

Bibliografía

Ahumada Ruiz, M. (1998). City of Boerne v. Flores: la importancia del "candor judicial". *REDC*, 54, pp. 311-346.

Aláez Corral, B. (2000). *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*. CEPC.

Aragón Reyes, M. (2002). *Constitución, democracia y control*. UNAM.

Aragón Reyes, M. (2013). Dos problemas falsos y uno verdadero: "neoconstitucionalismo", "garantismo" y aplicación judicial de la constitución. *Cuestiones constitucionales*, 29, pp. 3-25.

Blanco Valdés, R. L. (1994). *El valor de la Constitución*. Alianza.

Bryce, J. (2015). *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. CEPC.

Delgado Echeverría, J. (2003). Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad. *Derecho Privado y Constitución*, 17, pp. 197-252.

Díaz Revorio, F. J. (2002). Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas. *Pensamiento Constitucional*, 8, pp. 177-2012.

Fernández Segado, F. (2011). El Tribunal Constitucional español como legislador positivo. *Pensamiento Constitucional*, 15, pp. 127-192.

Ferreres Comellas, V. (2003). Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional. *RVAP*, 65 (II), pp. 73-122.

García de Enterría, E. (1979). La constitución como norma jurídica. *Anuario de Derecho Civil*, 2-3, pp. 291-342.

García Pelayo, M. (1991). El "status" del Tribunal Constitucional. *REDC*, 1, pp. 11-34.

García Pelayo, M. (1984). *Derecho constitucional comparado*. Alianza.

Garrorena Morales, Á. (2006). Artículo 164. Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional. En Ó. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Tomo XII, pp. 299-386). Cortes Generales, EDERSA.

Gavara de Cara, J. C. (2011). Los efectos de la STC 31/2010 del estatuto de Autonomía de Cataluña: Las implicaciones para su normativa de desarrollo y los estatutos de otras Comunidades Autónomas. *Teoría y realidad constitucional*, 27, pp. 221-237.

Gómez Montoro, Á. J. (2001). Artículo 38. En J. L. Requejo Pagés (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. BOE-TC.

González Rivas, J. J. (2010). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. La Ley.

Herrero-Tejedor Algar, F. (2006). La fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Constitucional. *Estudios de derecho judicial*, 87, pp. 87-104.

Jiménez Campo, J. y Rubio Llorente, F. (1998). *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. McGraw-Hill.

Kelsen, H. (2011). La garantía jurisdiccional de la constitución. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, pp. 249-300.

Moreso Mateos, J. J. (1993). Sobre normas inconstitucionales. *REDC*, 38, pp. 81-115.

Palomino, V. y Salas, J. (1987). La ejecución de Sentencias del Tribunal Constitucional. (Especial referencia a las relativas a la Administración). *Documentación Administrativa*, 207, pp. 89-108.

Pérez Royo, J. (2016). *Curso de Derecho constitucional*. Marcial Pons.

Pérez Royo, J. (2013). *Las fuentes del Derecho*. Tecnos.

Pulido Quecedo, M. (2018). Artículo 95. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y M. E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española* (Tomo II, pp. 338-354). Fundación Wolters Kluwer, BOE, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia.

Requejo Pagés, J. L. (1998). *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. CEPC.

Rubio Llorente, F. (1988). La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho. *REDC*, 22, pp. 9-52.

Ridao Martín, J. (2016). Las nuevas facultades ejecutivas del Tribunal Constitucional como sustitutivo funcional de los mecanismos de la coerción estatal del artículo 155 de la Constitución. *RVAP*, 106, pp. 151-188.

Torres-Dulce Lifante, E. (2006). El alcance del efecto vinculante de la doctrina del Tribunal Constitucional. *Estudios de derecho judicial*, 87, pp. 261-278.

Villaverde Menéndez, I. (2012). El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. ¿Un oxímoron constitucional? Comentario al ATC 9/2012. *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, pp. 483-498.

Villaverde Menéndez, I. (2016). Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del tribunal constitucional y su reciente reforma. *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, pp. 643-682.

Viver Pi-Sunyer, C. (2013). Los efectos vinculantes de las sentencias del tribunal constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales? *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, pp. 13-44.

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 445-482
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1619

REFORMAR LA CONSTITUCIÓN: ¿LA «CIRUGÍA DE PRECISIÓN» OBVIA LA ADAPTACIÓN DEL RESTO DEL ORDENAMIENTO? UN ANÁLISIS A PARTIR DEL CASO ITALIANO

REFORMING THE CONSTITUTION: DOES "PRECISION SURGERY" OBVIATE THE ADAPTATION OF THE REST OF THE LEGAL SYSTEM? AN ANALYSIS BASED ON THE ITALIAN CASE

Samuele Gherardi
Investigador Predoctoral en Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-2012-2182

Fecha de recepción del artículo: octubre 2021
Fecha de aceptación y versión final: noviembre 2021

RESUMEN

«Una, ninguna y cien mil», son las maneras de reformar el ordenamiento, reza una expresión de Pirandello. Todas ellas pueden llevar a alcanzar el objetivo planteado por el legislador, pero la legitimidad del procedimiento y la puntualidad del ámbito de revisión no son siempre indicativos de un producto final completo, esto es, perfectamente aplicable al sistema jurídico vigente.

Para demostrar lo aducido, se trae como ejemplo la revisión constitucional de reducción del número de parlamentarios en Italia de 2020. El intento no es el de estimar si la disposición en cuestión encarna alguna discriminación normativa, sino ilustrar –también de forma visual– la dureza del impacto que puede conllevar una reforma constitucional en su proyección real, particularmente en el ámbito parlamentario.

Palabras clave: Derecho parlamentario, reforma constitucional, sistema electoral, Reglamentos.

ABSTRACT

"One, none and a hundred thousand", the ways of reforming the legal system, to use Pirandello's expression. All of these can lead to achieving the objective set by the legislator, but the legitimacy of the procedure and the accuracy of the scope of the revision are not always indicative of a complete end product, i.e. one that is perfectly applicable to the existing legal system.

To demonstrate this, the constitutional review of the reduction of the number of parliamentarians in Italy in 2020 is used as an example. The intention is not to assess whether the provision in question embodies any normative discrimination, but to illustrate –also visually– the harshness of the impact that a constitutional reform can have on its actual projection, particularly in the parliamentary sphere.

Keywords: Parliamentary law, constitutional reform, electoral system, Standing orders.

SUMARIO: I. EL CONTENIDO DE LA REFORMA DE 2020. II. ¿ALCANCE LIMITADO SIGNIFICA IMPACTO REDUCIDO EN EL ORDENAMIENTO? *1. La formación de las Cámaras: el sistema electoral* post *reforma. 2. El funcionamiento de la Cámaras.* 2.1 De la organización y funcionamiento de la Cámara. 2.2 De la formación de los Grupos parlamentarios. 2.3 *Delle Giunte* (de las Juntas). 2.4 De la Asamblea y de las comisiones. 2.5 Del debate. 2.6 De las votaciones. 2.7 Del procedimiento legislativo. 2.8 Los delegados regionales para la elección del presidente de la República. III. REFLEXIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

La visibilidad de una reforma de los Reglamentos parlamentarios no es comparable, desde luego, con la que garantiza un proyecto o una proposición de reforma constitucional. La posibilidad de conseguir una ventaja política de este tipo de iniciativas es disímil.

El ordenamiento español ya ha demostrado en dos ocasiones estar listo para aguantar el peso de las revisiones del texto constitucional, y doctrina relevante lleva años debatiendo sobre el *quid* reformar, basándose principalmente en argumentos que parten de la «obsolescencia» de la Constitución (entre otros, García Roca *et al.*, 2014: 16 y ss.). De modo que la intención de este artículo será tomar como ejemplo el ordenamiento italiano para demostrar al lector español no solo la importancia del contenido de la reforma y del *quomodo* reformar (Gherardi, 2019), sino también las necesidades y consecuencias a las que se somete el sistema aun cuando la revisión que se tome en consideración siga unos parámetros que no «estresan» (Lupo y Piccirilli, 2016) demasiado el ordenamiento.

No es ocioso recordar que la Carta italiana ha sido reformada en un total superior a cuarenta artículos desde la aprobación de la Constitución de 1948, hecho que no ha coincidido con el número de reformas a los Reglamentos de las Cámaras. Sin embargo, una serie de reformas constitucionales no acompañadas de una modificación de los Reglamentos podrían crear una discrasia entre la Constitución resultante y los pilares del funcionamiento de las Cámaras, mermando profundamente el desarrollo de la actividad de estas.

Por ello se estudiará a continuación un ejemplo específico de reforma constitucional, aprobada por las Cámaras mediante el procedimiento ordinario de revisión *ex* artículo 138 de la Constitución italiana (en adelante, CI) y confirmada por referéndum en los días 20 y 21 de septiembre de 2020. Objetivo del trabajo es preguntarse si es posible no modificar el resto del ordenamiento al margen de reformas como esta, que puede ser clasificada como «menor» o «quirúrgica», o, de lo contrario, qué adecuaciones necesitaría. Dicho de otra manera, se analizará si es autoaplicativa, desestructurando primero el contenido para después ver si los preceptos necesitan de normación especial. La remisión extendida que se proporcionará en particular a especificidades del derecho parlamentario italiano no tiene como objetivo el de limitar la lectura del artículo a los interesados con

conocimientos avanzados en la materia, sino, al contrario, dar una idea de la mole de trabajo para las Cámaras que conlleva especialmente –o debería conllevar– la reducción de los representantes.

La incidencia del recorte de la cifra de los parlamentarios tendría consecuencias parecidas *mutatis mutandis* en todos los sistemas. Poniéndonos por un instante en el caso de una reducción de los miembros del Congreso de los Diputados, no sería efectivamente suficiente la revisión del art. 162.1 LOREG para bajar hasta un mínimo de trescientos diputados (en conformidad con el art. 68.1 CE) y poco más; o incluso para bajar de los trescientos diputados no bastaría con reformar un párrafo de la Constitución y algunos artículos de la LOREG, sino que, como se verá en este artículo, se demostraría como una reforma terriblemente invasiva.

I. El contenido de la reforma de 2020

La propuesta de ley constitucional A.C. 1585-B[1] fue aprobada en segunda deliberación en la Cámara de los Diputados italiana, en la sesión del 8 de octubre de 2019, siendo uno de los puntos del «contrato de Gobierno» (Guarnier, 2020: 85) del Ejecutivo Conte II. En la redacción final del texto se prevé la drástica reducción del número de los diputados –que con la modificación del párrafo 2, art. 56 CI, pasa de seiscientos treinta a cuatrocientos– y de los senadores –que reformando el párrafo 2, art. 57 CI, pasa de trescientos quince a doscientos. En manera proporcional, en los mismos párrafos se ha reducido un tercio también la composición de la *circoscrizione Estero* (circunscripciones de residentes en el extranjero) de cada Cámara (de doce a ocho miembros en la Cámara baja, de seis a cuatro miembros en la Cámara alta). El artículo 2, letra b), de la ley establece, de un lado, un número mínimo igual de representación de senadores entre Regiones y Provincias Autónomas (manteniendo las excepciones del Molise y del Valle de Aosta), y procede a rebajar este número mínimo de siete a tres senadores (así ocurre en la nueva versión del art. 57.3

[1] A.C. refiere *Atto Camera*, seguido por el número del acto, identificando una iniciativa en la Cámara de los diputados. De la misma manera, A. S. (*Atto Senato)* indica la identificación de un acto en el Senado. Estas siglas sustituyen el nombre completo del acto (ej.: *«Disegno di legge costituzionale…»*).

CI). La letra c) del mismo artículo sustituye el texto del cuarto párrafo del artículo 57 CI para regular también la repartición de los escaños en las Provincias Autónomas con la regla de los cocientes enteros y de los altos restos. Así, el artículo 3 de la ley constitucional modifica el poder del presidente de la República de nombrar a los senadores vitalicios, pasando de poder «nombrar a cinco ciudadanos como senadores vitalicios» por los méritos previstos en el artículo, a que «el número total de senadores en funciones designados por el presidente de la República no podrá exceder en ningún caso de cinco». Si para el lector atento resulta redundante, no es baladí mencionar que siendo un cargo vitalicio se podría dar la situación en la que los cinco senadores ya hayan sido nombrados por presidentes de mandatos anteriores, resultando en este caso nulo el poder de selección del presidente en su cargo. El último artículo del texto aprobado, por ende, introduce los plazos para la aplicación dispositiva de la reforma, individuando la primera disolución de las Cámaras sucesiva a la entrada en vigor del texto de reforma como momento oportuno y, asimismo, «no antes de sesenta días desde la mencionada entrada en vigor». El legislador ha estimado oportuno distinguir así la entrada en vigor de la reforma –que coincide con su publicación– de su aplicabilidad.

El texto aprobado por las Cámaras ha sido posteriormente sometido a referéndum constitucional «confirmativo»[2], y una vez recibido el consentimiento popular se ha publicado con el nombre «ley constitucional 19 de octubre de 2020, n. 1, *Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari*». En síntesis, el objetivo evidenciado por el Departamento para las Reformas Institucionales de la Presidencia del Consejo de

[2] Se recuerda aquí el contenido del art. 138 CI: «Las leyes de revisión de la Constitución y demás leyes constitucionales serán aprobadas por cada Cámara en dos deliberaciones sucesivas con un intervalo no inferior a tres meses, y serán aprobadas por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara en la segunda votación.

Las propias leyes se someterán a referéndum popular cuando, en los tres meses siguientes a su publicación, lo solicite una quinta parte de los miembros de una Cámara o quinientos mil electores o cinco Consejos Regionales. Una ley sometida a referéndum no se aprobará si no es por mayoría de votos válidos.

No se celebrará un referéndum si la ley ha sido aprobada en segunda votación por una mayoría de dos tercios de los miembros de cada Cámara». Como regulado en el art.138.2 CI, un quinto de los senadores (más precisamente setenta y uno) presentaron una petición de sumisión del texto de reforma a referéndum popular ante la casación.

Ministros era el de favorecer la mejora del procedimiento decisional de las Cámaras y reducir el coste de la política[3], contrarrestando la crisis de legitimación del Gobierno democrático-representativo. Los argumentos principales de los autores son la calidad (y no cantidad) de los representantes, la mayor eficiencia de los procedimientos decisionales y la disminución del coste de la política (Buffoni, 2020: 243). Recuperando la expresión de Zagrebelsky esta se definiría como la «paradoja de las reformas», por «la situación en la que una reforma compartida por el cuerpo electoral, así como considerada útil, tiene, en la práctica, que ser aprobada por los sujetos llamados a sufrir, en sentido negativo, las principales consecuencias de esta» (Romboli, 2021: 267).

Una lectura superficial de esta reforma llevaría a sostener el leve peso de la misma, en línea con toda una parte de la doctrina que apostaba por reformas constitucionales quirúrgicas, de alcance limitado y cuanto más pactadas entre los grupos, en sentido contrario a la dirección tomada por el Gobierno Renzi de las maxirreformas en la XVII legislatura. A pesar de nuestra posición favorable a reformas de alcance reducido llevadas a cabo por mayorías amplias, esto no excluye que puedan tener efectos generalizados para el ordenamiento. Se optará entonces por dividir el estudio entre los efectos en la formación de las Cámaras y los relativos a su funcionamiento.

II. ¿Alcance limitado significa impacto reducido en el ordenamiento?

1. La formación de las Cámaras: el sistema electoral post reforma

La parte del ordenamiento que más visiblemente resulta afectada por la reforma es la selección de los parlamentarios en el momento electoral. La reducción del 36,5% de los miembros de ambas Cámaras inevitablemente redimensiona la relación entre el número de parlamentarios y el número de ciudadanos. Después de la fijación del número de diputados y senadores, a través de la ley constitucional 9 de febrero de 1963, n.2, en seiscientos treinta diputa-

[3] Así resumido en el informe http://www.riformeistituzionali.gov.it/it/la-riduzione-del-numero-dei-parlamentari/

dos y trescientos quince senadores, se configuraba una relación entre diputados y ciudadanos de 1/96.000, y de 1/192.000 con respecto a los senadores[4]. Esta se modifica aproximándose a una relación 1/151.000 diputados/ciudadanos y 1/302.000 senadores/ciudadanos, aumentando de forma significativa la distancia entre parlamentario y ciudadano. Sin embargo, no es objeto de este trabajo alimentar el debate sobre el fondo de la cuestión, es decir, si aumentar el número de habitantes por representante termina por afectar negativamente sobre la relación entre estos y los electores (Porena, 2019: 5), produciendo un gran daño al principio de representación (Clementi, 2019: 19) o si esta afirmación infravaloraría demasiados factores exógenos (Volpi, 2020: 57). Nuestra intención es analizar si la alteración del texto constitucional se cierra en sí o necesita de ulteriores modificaciones sobre el sistema electoral.

Recordaba la *Corte Costituzionale* la esencialidad de las leyes electorales en la sentencia 1/2014, y por este motivo ante las posibles desconfiguraciones de la actual ley electoral (ley n. 165/2017, de 3 de noviembre de 2017[5]) sucesivas a la reforma constitucional, el legislador nacional ha decidido adoptar una posición de cautela aprobando la ley 51/2019. En los primeros dos artículos de la ley de reforma de los «textos únicos para la elección de Cámara y Senado», se hace el esfuerzo de sustituir las referencias a las cifras que regulaban la selección de candidatos de las cuotas relativas a colegios plurinominales y uninominales, introduciendo una proporción más genérica de repartición de los escaños. El art. 1 de la ley asigna la fracción de 3/8 de los colegios de la *Camera* de forma uninominal, y el resto –recordando las excepciones– de forma plurinominal, mientras el art. 2.1.a).1 prevé para el Senado que «el territorio nacional se divide en un número de circunscripciones uninominales igual a las tres octavas partes del número total de escaños a elegir en las circunscripciones

[4] Hay que recordar que la ley constitucional 23 de enero de 2001, n.1, aumentaba la relación comentada en ambas Cámaras al reservar la elección de doce diputados y seis senadores a los ciudadanos italianos residentes al extranjero.

[5] Recordemos que con esta ley se introdujo en Italia un sistema electoral mixto, compuesto *grossomodo* por un 61% de escaños repartidos con una fórmula electoral proporcional con colegios plurinominales, un 37% con una fórmula mayoritaria con colegios uninominales, y el 2% por la *circoscrizione Estero* en cada Cámara.

regionales», generando dudas en más de uno sobre esta formulación (entre otros, Tarli Barbieri, 2020: 212 y ss.).

Además de la tutela sobre el número de los colegios, el artículo tercero de esta ley delega en su primer apartado al Gobierno «adoptar un decreto legislativo para la determinación de los colegios uninominales y plurinominales para la elección de la Cámara de los Diputados y del Senado de la República». La mencionada delegación al Ejecutivo no es nueva, considerando que ya el art. 3.3 de la ley 3 de noviembre de 2017, n. 165, delegaba a este la determinación de los colegios uninominales y plurinominales. Esta función se remitía más precisamente a un comité presidido por el presidente del Instituto Nacional de Estadística italiano y diez expertos en materias atinentes a las funciones que es llamado a desarrollar, comité constituido por Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 15 de noviembre 2017 (en adelante, DPCM). Para asegurar la plena actividad de este comité, tras la aprobación de la ley 51/2019 y en vista de la aprobación de la reforma constitucional, el decreto por el que se instituía este órgano ha sido modificado en dos ocasiones, a través del DPCM 5 de diciembre de 2019 y el DPCM 13 de enero de 2021. La relación de estos decretos con la ley constitucional es ínsita en los decretos mismos, que además de modificar la composición del órgano (*rectius:* del comité), fijan un plazo de 30 días desde la publicación de la ley constitucional para que este termine sus trabajos formulando una propuesta motivada para la determinación de los colegios acompañada de una relación sobre las actividades desarrolladas para que sean trasmitidos al presidente del Consejo[6]. Finalmente, conforme a la delegación prescrita en la mencionada ley, el Gobierno ha deliberado en sede de Consejo de ministros el decreto legislativo 23 de diciembre de 2020, n. 177, por el que se determinan dichos colegios. Sin embargo, como han puesto algunos en evidencia, «ni siquiera la aprobación del *disegno di legge* [ley 51/2019] conjuraría del todo los riesgos de un vacío legislativo» (Tarli Barbieri, 2020: 207), haciendo necesario el ulterior ejercicio

[6] Hasta aquí puede ser útil ver el resumen propuesto por el *Dipartimento per le riforma istituzionali,* en su informe «La riforma costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari», http://www.riformeistituzionali.gov.it/media/1341/schedaapprofriduzioneparlamentari_26agosto2020.pdf, especialmente pp.38 y ss.

de la delegación al Gobierno para determinar la dimensión de los colegios que se ha desarrollado en la forma prevista por ley.

Aun cuando se usen estas precauciones para la aplicación de la ley de reforma, una modificación de la Constitución puede dejar flancos abiertos. Entre otras consecuencias, la reducción proporcional de los diputados y senadores también en la *circoscrizione Estero* aumenta de forma relevante la relación de ciudadanos por número de representantes. En particular, en el Senado, la repartición de un solo escaño para todos los electores en el suelo europeo y de otro para los electores distribuidos en el territorio de América meridional, acrecentaría la primera relación a un escaño por 2.685.815 electores en Europa, y un escaño por 1.559.068 electores en América del Sur. Sin entrar en evaluaciones sobre el aspecto, esta proporción influiría forzosamente en la relación elector/senador, al disminuir a la mitad la fuerza del voto del elector. Dicho de otra forma, se acentuaría definitivamente el carácter mayoritario de la ley 27 de diciembre de 2001, n. 459[7], vaciando de sentido su art. 11.1 que prevé la asignación de los escaños de manera proporcional. En este sentido, buena parte de la doctrina aprovecharía la ocasión para proponer la total supresión de la *circoscrizione Estero* (Romboli, 2021: 270).

A pesar de que esto pueda parecer suficiente respecto a las modificaciones del sistema electoral, no es menor recordar que tras las dos intervenciones de la Corte Constitucional italiana respectivamente sobre las leyes electorales *Porcellum* e *Italicum*, y ya desde los referéndums electorales a principios de los años 90, el sistema electoral italiano no ha dejado de tener cambios repentinos. Se pueden infravalorar reformas electorales de pequeño alcance –en este caso relacionadas directamente con una reforma constitucional– pero mover una pequeña pieza a menudo desencadena una revisión completa del sistema electoral. Confirmando esta teoría, hoy en día están siendo examinados en la primera comisión *affari costituzionali* (comisión constitucional) de la Cámara de los Diputados cuatro textos de proposición de reforma de las leyes electorales para la selección de los miembros de ambas Cámaras, que adoptan como texto base la proposición de ley A.C. 2329 Brescia, a la que se han unido para

[7] *Legge 27 dicembre 2001, n. 459, «Norme per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero».*

el debate las proposiciones A.C. 2346 Molinari, A.C. 2562 Meloni y A.C. 2589 Sisto[8]. Una posible reforma de la ley electoral podría coincidir con el final de la legislatura, siendo aplicable para la formación de las nuevas Cámaras en 2023 para la XIX legislatura. Además de las normas armonizadoras mencionadas, de la variación en la *circoscrizione Estero* y de las propuestas de reforma del sistema electoral (en sentido proporcional con distorsión mayoritaria, mayoritario con distorsión proporcional o proporcional puro), también hay cambios en la geografía electoral.

A despecho de que sean proposiciones todavía en periodo embrionario, han sido presentados textos de reforma que afectan en particular el artículo 57 CI ya objeto de la reforma comentada. Algunos de estos son parte del paquete presentado por el Gobierno Conte II, que en su intención tenían que acompañar la aprobación de la ley constitucional 1/2020, con potencial efecto «a tren» o «a procesionarias» (Catelani, 2020: 288) o «por etapas» (Luciani, 2020: 245)[9]. Entre estos, en fase de deliberación en comisión se encuentra el A.C. 2238, que plantea la modificación de la elección regional de los senadores (art. 57.1 CI) con una elección más genérica «por circunscripciones», intentando acercarse a la regulación de la elección de los miembros de la otra Cámara, y modificaría también el art. 83

[8] Se trata aquí de cuatro proposiciones en sentido completamente opuesto: la C. 2329 Brescia introduciría un sistema proporcional puro derogando los colegios uninominales y elevaría el umbral de acceso a las listas; la C. 2346 Molinari propone volver a las llamadas leyes Mattarella, n. 276 y 277 del 1993 con las que se votó en las elecciones generales de 1994, 1996 y 2001; la C. 2562 Meloni reflejaría un premio de mayoría a la lista que alcanzara al menos el 40% de los votos, manteniendo fija la cuota de los colegios uninominales a 231 en la Cámara y 109 en el Senado (tal y como eran antes de la reforma de reducción del número de parlamentarios); por último, la C. 2589 Sisto intervendría manteniendo como en la proposición Meloni la cuota de los colegios uninominales a 231 en la Cámara y 109 en el Senado, con una evidente torsión en sentido mayoritario.

[9] La referencia de Catelani en esta expresión es a un estilo de reformas que responden al requisito de alcance limitado en su objeto, pero, de igual manera, el intento seguiría siendo el de revisar amplias partes del sistema. En lugar de hacerlo con una única reforma, la intención del legislador de la mayoría parlamentaria que respaldaba el Gobierno Conte II era iniciar la tramitación de varias reformas de alcance limitado una detrás de otra, de ahí la comparativa con los vagones del tren. Sin embargo, la conclusión que surge del trabajo de la profesora Catelani es que, más que a un tren, esta manera de reformar podría parecerse a unas procesionarias, animales que en una primera impresión resultan simpáticos pero que pueden suscitar «efectos alérgicos» (2020: 289). Esta es también la conclusión de Luciani, que denomina la manera de proceder como «por etapas».

CI sobre los delegados regionales para la elección del presidente de la República. En el caso de que esta proposición vea la luz necesitaría concretarse en la ley electoral. Ulteriormente, el A.S. 1960 equivaldría a un nuevo intento de revisión orgánica de la segunda parte de la Constitución. Esta reelaboraría la mencionada elección del Senado por circunscripciones planteada también en el anterior texto de reforma, añadiendo la selección de un senador por parte de cada Consejo Regional (en la región del Trentino-Alto Adigio un senador por cada Provincia Autónoma), reiterando de alguna manera el intento de formar un «Senado de las Regiones» (aunque de forma parcial), que ya era el pilar en las reformas Berlusconi y Renzi-Boschi rechazadas por referéndum constitucional en 2006 y 2016.

Merecedor de una mención aparte resulta otro texto que ha terminado la fase parlamentaria de reforma constitucional, pese a no conseguir la mayoría de dos tercios en segunda deliberación para evitar su posible sumisión a referéndum final prevista *ex* art. 138 CI. Se trata de la proposición de reforma constitucional Bossio (A.C. 1511-1647-1826-1873-B), sobre la modificación del art. 58 CI, en materia de electorado activo para el Senado, que reduce la edad para ser elector del Senado a los dieciocho años, igualándola al sufragio activo de la *Camera*. El 13 de julio de 2021 el texto se ha publicado en la *Gazzetta Ufficiale*, empezando así a correr los tres meses dentro de los que se otorga la recogida de firmas para el referéndum, y al no haberse alcanzado el número previsto por la Constitución se ha promulgado la ley por el Presidente de la República y publicado el día 20 de octubre de 2021, entrando en vigor por la *vacatio legis* el día 4 de noviembre. Esta reforma ha conseguido terminar su *iter* parlamentario a pesar del cambio de mayoría que se ha producido en las Cámaras con la investidura del presidente del Consejo Mario Draghi. Sin detenernos demasiado en el contenido, es suficiente recordar que cabe la referencia a este texto debido a la adicional distorsión del voto en el Senado respecto a las elecciones de marzo de 2018, siendo la reducción de la composición de los hemiciclos sucedida por la ampliación del cuerpo electoral del Senado, al añadir la franja de edad comprendida entre los 18 y los 25 años.

2. *El funcionamiento de las Cámaras*

Si hasta aquí resultaba suficiente una lectura superficial para entender las consecuencias directas, ahora es necesario hacer un esfuerzo para percibir una gran cantidad de efectos «en cascada». La adaptación de los Reglamentos de las Cámaras no ha tenido la misma suerte que la reforma constitucional sobre el sufragio activo del Senado o que las modificaciones de las leyes relativas al sistema electoral como consecuencia de la reforma. En parte, causa de esto es el cambio de Gobierno, mientras, por otra parte, el desuso reciente de la disolución adelantada de las Cámaras no apremia a los representantes (*rectius*: las *Giunte per il Regolamento*[10]) a una deliberación inmediata, dejándoles un margen hasta 2023[11], aunque cabría la posibilidad de una disolución adelantada tras la elección del Presidente de la República. Destaca como única novedad, de carácter eminentemente político, el parecer de la *Giunta per il Regolamento* del Senado del 11 de mayo de 2021, en relación con el precepto dispositivo del art. 14.4 RS, sobre la previsión de que cada Grupo debe ser formado por diez miembros, y que los demás serán parte del Grupo Mixto. En el primer párrafo se reconoce la posibilidad de constituir formaciones políticas internas en el Grupo mixto con tal de que representen partidos o movimientos políticos que hayan presentado su propio logotipo, solos o en coalición, como candidatos en las últimas elecciones nacionales. Además, los senadores que quisieran constituir una formación política en el Grupo mixto tendrán que presentar una declaración suscrita por el representante legal de dicha formación política. El segundo párrafo señala que, para las declaraciones finales de voto del Grupo mixto, la *Conferenza dei Capigruppo* (Junta de Portavoces) establecerá los tiempos añadidos *ex* art. 109.2 *bis* RS y el tiempo asignado a los

---

[10] Recuérdese que en Italia las Juntas no tienen nada que ver con la Junta de Portavoces. Las *Giunte* son órganos colegiados previstos por los Reglamentos de ambas Cámaras con el objetivo de garantizar el funcionamiento del Parlamento, de carácter eminentemente técnico, pero de composición política. Se trata de: la *Giunta per il Regolamento* (presente en las dos Cámaras), la *Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari* (Senado), la *Giunta delle elezioni* (*Camera*) y la *Giunta per le autorizzazioni* (*Camera*).

[11] Según Conti (2020: 43), la aprobación de una reforma extensiva de los Reglamentos podría ser hasta el motivo mismo –en la intención del legislador– para prolongar las Cámaras vigentes hasta final de mandato evitando así la disolución adelantada, debido a la larga duración del debate sobre el objeto de la reforma.

senadores que quieran alejarse de las posiciones expresadas por el representante del Grupo mixto.

Siendo esta disposición de carácter secundario, y con un alcance muy limitado, no puede de por sí equilibrar los efectos de la reforma. Por ello, para paliar las consecuencias de la misma, se ha constituido en el Senado un comité restringido interno a la *Giunta per il Regolamento*[12], que presentará su trabajo a la misma. El comité correspondiente de esta función en la Cámara de los Diputados está compuesto por los miembros de la *Giunta per il Regolamento* y presidido por el presidente de la Cámara, nombrando como ponentes a los diputados Fiano (Partito Democratico) y Baldelli (Forza Italia). Ahora bien, los partidos han ido presentando propuestas de reforma, algunas de las cuales se limitan a avanzar variables para plasmar la misma en el ordenamiento constitucional, mientras que otras intentan armonizar de manera completa el aparato reglamentario aprovechando la oportunidad de revisión. Una muestra paradigmática de la lentitud de estos se halla en la relevante cantidad de iniciativas presentadas frente a la *quasi* total falta de reuniones de las *Giunte*[13] para debatirlas, no obstante procede tener en cuenta la probabilidad de un próximo cambio de marcha.

El eje central de todas contempla ajustar los *quorum,* sin vulnerar los preceptos enunciados en el art. 64.3 de la Constitución. El primero de estos establece que «las deliberaciones de cada Cámara y del Parlamento no serán *válidas* si no está presente la mayoría de sus miembros». El segundo, que tampoco lo serán «si no son adoptadas por mayoría de los presentes». El tercero, remite a la Constitución la excepción a esta norma general, esto es, que las deliberaciones se adoptarán por mayoría de los presentes «excepto que la Constitución prevea una mayoría cualificada». La primera norma se refiere al «número legal» (*quorum* de sesión) para las deliberaciones, siendo fundamento esencial para las dos sucesivas deliberaciones, que aluden a los «*quorums* de mayoría», según la distinción semántica propuesta por Tosi y Mannino (1999: 117 y ss.). Como ha sido evidenciado

[12] Un precedente que se había fijado con la reforma del Reglamento del Senado de 2017.

[13] Dos reuniones en la *Camera* datadas el 10 de marzo y el 7 de julio 2021, 5 y 11 de mayo en el Senado. A estas se añade la nueva toma de los trabajos en las reuniones recientes del 20 y del 27 de octubre en la Cámara y el 3 de noviembre en el Senado.

por estos autores, de la diferencia literal derivaría una cuestión procedimental relevante, enfocada en la definición misma de dichas «deliberaciones», que podrían incluir procedimientos deliberativos –interpretando el concepto en un *facere* o *non facere*– pero no procedimientos electivos –en cuanto la no decisión no resultaría en un rechazo de un texto sino en el mantenimiento del procedimiento abierto– (Carcaterra, 1968). A esto se añade el debate doctrinal –reflejado por el legislador al aprobar los Reglamentos– sobre si el precepto de adoptar las deliberaciones por mayoría de los presentes (mayoría relativa) se tiene que considerar como límite mínimo o límite máximo (en conformidad con el último precepto constitucional mencionado), dado que, como ha reconocido la Corte Constitucional en la sentencia n. 78 del 1984, la Constitución deja «un margen bastante amplio a la interpretación y aplicación del pensamiento del Constituyente en la materia y [...] la interpretación y aplicación en cuestión son responsabilidad exclusiva de cada Cámara». Ahora bien, en adelante la referencia al *quorum* –como comúnmente hace la mayoría de la doctrina– se hará sin las distinciones precisadas, incluyendo así también la fijación de los requisitos para la formación de los Grupos u órganos, las garantías de las minorías y de la oposición, etc. Varios han optado por una catalogación incluso «taxonómica» (Baldoni, 2020: 424) de los *quorum*: en términos absolutos, fracciones de parlamentarios, número total de miembros y disposiciones cuya modificación es implícita para que la institución parlamentaria pueda funcionar (Gori, 2020: 133). Otros lo han hecho dependiendo de las distinciones numéricas: números cardinales, fracciones o remodelaciones de gran alcance (Tucciarelli, 2020: 167-186)[14]. El interés en estas distinciones se debe a que la reforma repercutirá particularmente en todas aquellas disposiciones «de los dos Reglamentos que confieren a un número fijo de parlamentarios derechos y facultades (generalmente la activación de procedimientos)» (Gianniti y Lupo, 2020: 563-564).

En aras de establecer una delimitación del debate es necesario mencionar estas propuestas de reforma, siguiendo el orden cronológico de presentación en cada Cámara, con el fin de subrayar

[14] Según este (2020: 177), la adaptación del primero y segundo grupo afectaría más de 45 artículos de cada Reglamento sobre las peculiaridades del procedimiento de reforma de los Reglamentos parlamentarios nos remitimos a Gianniti y Lupo (2018:61 y ss.).

las iniciativas que actualmente se han cristalizado como base de los trabajos. Sin embargo, debido a la necesidad de alcanzar un acuerdo común sobre el futuro texto del Reglamento, las iniciativas no se presentarán divididas según los partidos proponentes, sino solo por el nombre del primer firmante.

La Cámara que ha avanzado más es el Senado, empezando por la iniciativa del senador y ponente de la reforma Calderoli, comunicada al presidente el 21 de enero de 2021 (Doc. II, n. 6)[15], que aspira a proporcionar la «inmediata funcionalidad del Senado». Zanda, en segundo lugar, ha presentado el 17 de marzo de 2021 (Doc. II, n. 7)[16] una proposición empeñándose proactivamente en no limitarse a «una mínima reescritura de aquellas partes del Reglamento Parlamentario que no se ajustan al número reducido de senadores», tendiendo a «poner fin al proceso de debilitamiento del papel del Parlamento». El 1 de julio de 2021 ha sido comunicada la propuesta con Parrini como primer signatario (Doc. II, n. 9)[17], *quasi* homogénea a la iniciativa Giorgis en la *Camera*, y, poco después, el 8 de julio la de Santangelo (Doc. II, n. 10)[18], que ha suscitado cierto interés al ser este ponente principal en el comité restringido junto con el senador Calderoli.

En la *Camera dei Deputati*, la primera propuesta comunicada ha sido el 6 de mayo de 2021, con primera firma de Baldelli (Doc. II, n. 19)[19], que argumentaba su intención de «evitar la posibilidad de que la reducción del número total de diputados –si no se compensa con una reducción paralela de los *quorum* establecidos en cifras fijas– pueda tener consecuencias políticas muy importantes para el buen funcionamiento de esta rama del Parlamento». Se considera aquí necesaria la mera disminución proporcional de algunos *quorum*, aunque se estima prematuro el debate sobre el número de las comisiones permanentes, y se remite a la decisión final de la *Giunta per il Regolamento* y sobre todo al Senado (por la anterioridad del comienzo de los trabajos). La iniciativa de revisión del primer signatario, el diputado

---

[15] Véase, http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/358047.pdf

[16] Véase, http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1295581.pdf

[17] Véase, https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/362504.pdf

[18] Véase, http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/362978.pdf

[19] Véase, https://www.camera.it/leg18/491?idLegislatura=18&categoria=002&tipologiaDoc=documento&numero=019&doc=intero

Giorgis (Doc. II, n. 22)[20] presentada el 28 de junio de 2021, como se verá va mucho más allá de la adaptación de las cifras, e intenta mejorar «el funcionamiento del Parlamento, a partir de su capacidad representativa y decisional». Por último, se mencionará la iniciativa con primera firma de Crippa (Doc. II, n. 24)[21] presentada el 5 de agosto de 2021, que tiene como objetivo el de «eliminar las persistentes asimetrías procedurales con el Reglamento del Senado». Por la falta de uniformidad entre los Reglamentos de las Cámaras –empezando por la estructura– la división de los subcapítulos a continuación se hará según el Reglamento de la Cámara de los diputados.

2.1. De la organización y funcionamiento de la Cámara

Varias iniciativas comienzan aportando modificaciones desde los primeros artículos de los Reglamentos. Zanda, entre estas, formula un nuevo párrafo al art. 12 RS (2-*ter*), en el que se plantea la convocatoria conjunta del *Consiglio di Presidenza* del Senado con el *Ufficio di Presidenza* de la Cámara de los Diputados (respectivamente, las Mesas del Senado y de la Cámara) en interés de elaborar disciplinas compartidas y para lograr mayor coordinación.

Parrini es aquí el primero que trata los *quorum*, adaptando el número de secretarios de ocho a seis (art. 5.1 RS) y el voto de los senadores para nombrarlos a máximo tres (art. 5.2 RS), conforme a la llamada propuesta Giorgis en la Cámara. Según Santangelo, la primera corrección necesaria sería modificar de seis a cinco el número de secretarios del *Ufficio di presidenza* provisional (art. 2.2 RS). Además, propone contraer los umbrales *ex* arts. 5.1-5.2 RS aun más que Parrini, respectivamente a cinco y dos. En el art. 9.2 RS sugiere reconocer el vicepresidente más votado como el sustituto idóneo en caso de ausencia del presidente de la Cámara.

Asimismo, la iniciativa Giorgis comienza la revisión desde el principio del Reglamento de la Cámara. Estos estiman necesaria la reducción proporcional de los miembros de los órganos y de las comisiones, empezando por el *Ufficio di presidenza*. Aquí, se propone

---

[20] Véase, https://www.camera.it/leg18/491?idLegislatura=18&categoria=002&tipologiaDoc=documento&numero=022&doc=intero

[21] Véase, https://www.camera.it/leg18/491?idLegislatura=18&categoria=002&tipologiaDoc=documento&numero=024&doc=intero

modificar el número de secretarios *ex* art. 5.1 RC (seis en lugar de ocho) y el sufragio activo de los diputados para elegirlos (tres votos a disposición en lugar de cuatro, art. 5.2 RC). Se aprovecharía además para introducir la vinculación al partido de los vicepresidentes y secretarios, que al cambiar de Grupo perderían su función en el órgano a no ser que se haya disuelto su Grupo (art. 5.7 RC). Se añade un enunciado novedoso al art. 12.6 RC, para la prórroga de la función de los órganos de primero y de segundo grado de la Cámara hasta la elección de los nuevos miembros. Rebajaría también el umbral para que el presidente invite a la Junta de Portavoces a los representantes de los partidos de al menos siete miembros (en lugar de los diez actuales *ex* art.13.2 RC).

Crippa y otros estiman oportunos los mismos cambios al art. 5 RC (incluso el vínculo de mandato de la propuesta Giorgis), y proceden a promover la bajada de doce a diez miembros para el recuento de los votos en la Cámara, con la presencia obligatoria de seis (ya no siete) representantes (art. 6.2 RC).

2.2. De la formación de los Grupos parlamentarios

Otro impacto inevitable de la reforma es sobre el peso del número de diputados y senadores para formar un Grupo parlamentario, hecho que genera preocupación para quienes sostenían que los umbrales vigentes eran ya muy bajos (introducir «Grupos mono-celulares» en la provocación de Curreri [2020]). Ahora bien, la formación de un Grupo derogando a la norma general no es un derecho consagrado, sino una posibilidad, cuya decisión corresponde al *Ufficio di presidenza*. El Senado aquí se enfrenta a propuestas que difieren tanto en los umbrales como en la configuración de los equilibrios entre los Grupos.

Calderoli sugiere una contracción de diez a siete senadores para la formación de un Grupo (art. 14.4 RS), disponer la posibilidad de formar un Grupo inferior en número al definido por norma general solo en caso de minorías lingüísticas (párrafo 5) y determinar la disolución de un Grupo si el receso de algún miembro hace que este tenga una composición inferior a la norma general (párrafo 6)[22].

[22] No se mencionará la eventualidad de introducir un párrafo 4-*bis* con el que se regule la posibilidad de constituir formaciones políticas en el seno del Grupo mixto, porque esto de momento se ha acabado positivizando con el parecer de la Junta para el Reglamento del Senado arriba mencionado, del 11 de mayo de 2021.

Zanda modificaría el umbral de formación y disolución de los Grupos siguiendo la propuesta anterior (art. 14.4-6 RS), manteniendo empero la posibilidad de constituir grupos autónomos siempre de mínimo siete senadores, y fijando el mínimo para un Grupo compuesto por minorías lingüísticas en cuatro. Propone reformular las normas sobre balances de los Grupos y vínculos a los créditos (art. 15.3-*ter* y 16.2 RS).

Parrini lanza la propuesta de insertar la tutela a los Grupos parlamentarios en conformidad con la iniciativa del diputado Giorgis que se describe a continuación, intentando mantener la congruencia entre los arts. 14 RS y RC, los párrafos 15.3-*ter* RS y 15.2-*bis* RC, y 16.1 RS y 15.2-*ter* RC. Los umbrales para la formación de un Grupo de minoría lingüísticas (art. 14.5 RS) y para que se declare la disolución de un Grupo (art. 14.6 RS) se reducirían de cinco a cuatro y de diez a siete.

Santangelo igualmente sopesa la necesidad de intervenir en la formación de los Grupos. Aquí, ya en el art. 14.2 RS se vincularía al senador a declararse miembro del Grupo correspondiente al partido o movimiento con el que se ha presentado, valorando como adecuada la reducción a siete miembros del *quorum* para la formación del Grupo (nuevos arts. 14.3 y 15.1 RS), y declarándolo disuelto si bajara del umbral mínimo especificado (art. 14.6 RS). Sugiere así la posibilidad de constituir formaciones políticas en el Grupo de los no inscritos a ningún Grupo (nuevo art. 14.4 RS), y reducir el umbral para formar un Grupo de minorías hasta a tres miembros (nuevo art. 14.5 RS). Entonces, se regularía un nuevo Grupo de los no inscritos con un art. 15-*bis* RS, que funcionaría en lugar del actual Grupo mixto.

La Cámara también valorará cambios de diferentes tipos. La propuesta Baldelli *et alii* empezaría por el art. 14 RC, rebajando de veinte a trece el número para la formación (párrafo 1), manteniendo la excepción del párrafo 2 y adaptando el número de miembros necesarios para crear formaciones políticas en el seno del Grupo mixto, con la reducción de diez miembros a seis como umbral mínimo (párrafo 5). Giorgis *et alii* proponen una opción sin duda más profundizada e innovadora. Plantean una reforma total del art. 14 RC, con el umbral de quince miembros como nueva cuota para formar grupo, y vincularían la formación del Grupo a un partido, movimiento o lista

que se haya presentado en las elecciones. La excepción a la norma del segundo párrafo se reformaría expresando una vinculación con el Grupo de proveniencia –para formar un nuevo Grupo los diputados tendrían que proceder todos del mismo Grupo, ser al menos un quinto de dicho Grupo y un número no inferior a diez– y el *Ufficio di Presidenza* tendría que declarar la disolución del Grupo si el número de los componentes bajara de diez miembros. La vinculación mencionada se repetiría en los párrafos sucesivos, estableciendo que, después de su elección, los diputados están obligados a declarar su pertenencia a una lista o coalición de listas con la que se han presentado en las elecciones (párrafo 4), pudiendo adquirir el *status* de diputado no inscrito a ningún Grupo (párrafo 5), y constituir formaciones políticas en el seno del Grupo mixto compuestas al menos por tres miembros que se hayan presentado en las elecciones con la misma lista o coalición (párrafo 6). Se propone regular igualmente las vías deliberativas para la expulsión de un diputado de su propio Grupo en el estatuto del mismo Grupo (art. 15.2-*bis* RC). Luego, en el art. 15.2-*ter* RC se modifica el régimen de financiación y de disposición de estructuras a los Grupos.

En la idea de Crippa y demás firmas, la norma general para la formación de los Grupos tendría que encontrarse en la cifra de catorce diputados (art. 14.1 RC), pudiendo el *Ufficio di Presidenza* otorgar la formación de un Grupo de número inferior si se ha presentado en al menos catorce colegios (párrafo 2). Respecto al Grupo mixto, en esta propuesta la posibilidad de formar una formación política se concedería a la agrupación de al menos ocho diputados (párrafo 7).

2.3. *Delle Giunte* (de las Juntas)

En la reforma también se incluiría el ámbito de las Juntas. En el Senado, el texto Calderoli propone disminuir el número de miembros de la *Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari* de veintitrés a diecinueve (art. 19.1 RS). Además, para la presentación de órdenes del día en disconformidad con las conclusiones de una *Giunta*, la *ratio* en esta propuesta sería de una reducción de veinte a doce senadores (arts. 135-*bis*.7, 135-*ter*.2 RS).

Con objeto de incentivar el criterio proporcional de la composición de la *Giunta per il Regolamento* del Senado, Zanda introduce

la posibilidad para el presidente de esta de añadir dos miembros (art. 18.2 RS), en conformidad con la reforma orgánica del Reglamento del Senado de 2017, incluyendo la convocatoria conjunta con la misma *Giunta* de la otra Cámara para elaborar disposiciones y praxis interpretativas comunes (nuevo párrafo 3-*ter*). A diferencia de la propuesta anterior, los nuevos miembros de la *Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari* serían diecisiete (art. 19.1 RS). La innovación de esta propuesta reside en constituir un órgano de control de calidad de los textos especular al *Comitato per la legislazione* también para el Senado, llamándolo *Comitato per la normazione*, que se regularía mediante un art. 20-*bis* RS. Además, para la verificación de los poderes (art. 135-*ter*.2 RS) coincide con la propuesta Calderoli.

Santangelo, al contrario, entiende necesario reforzar el carácter representativo de la *Giunta per il Regolamento*, quitando el vínculo límite de añadir «máximo dos miembros» (art. 18.2 RS), y dando la posibilidad a los Grupos no representados en la *Giunta* a través de su presidente de atender a las reuniones de esta (nuevo art. 18.2-*bis* RS). Los umbrales de los arts. 19.1, 135-*bis*.7 y 135-*ter*.2 RS se adaptarían a la primera propuesta.

En la Cámara baja, la propuesta Baldelli reduciría de veinte a trece el número de diputados necesarios para expresar contrariedad a la forma con la que una *Giunta* traspone las deliberaciones de la Asamblea (art. 16.3-*ter* RC), y la misma contracción se haría para la petición a la *Giunta delle elezioni* en la comprobación de los números en materia de verificación de poderes (art. 17-*bis* RC), o para formular propuestas en disconformidad con las conclusiones de una *Giunta*, mediante presentación de un orden del día (art. 18-*ter*.6 RC). En la iniciativa Giorgis, al art. 16.3-*ter* en este caso se formula una reducción a quince diputados para la contrariedad a la trasposición, para la comprobación de los números regulada en el art. 17-*bis* y para la disconformidad e*x* art. 18-*ter*.6 RC. Como para los demás órganos, se plantea una disminución de los miembros de la *Giunta delle elezioni* de treinta a veinte (art. 17.1 RC), y se reafirma el vínculo de Grupo de los vicepresidentes y secretarios arriba mencionado (art. 17.2 RC). La *Giunta per le autorizzazioni* vería un recorte de veintiuno a quince miembros (art. 18.1 RC), aquí también con el vínculo con el Grupo para secretarios y vicepresidentes (art. 18.4 RC).

La propuesta Crippa restringiría en catorce diputados el umbral del art. 16.3-*ter* RC. Es la única hasta la fecha que introduce una variación en la composición del *Comitato per la legislazione* de diez a ocho miembros (art. 16-*bis*.1 RC). Coincide con la propuesta anterior en la reforma del art. 17.1 RC, pero fijaría en catorce el número de diputados necesarios *ex* art. 17-*bis*.1 RC. Especifica que la *Giunta per le autorizzazioni* tendría que ser compuesta por dieciséis miembros (art. 18.1 RC), y respecto a la iniciativa Giorgis sube el umbral del art. 18-*ter*.6 RC a catorce miembros.

2.4. De la Asamblea y de las comisiones[23]

Las comisiones, en particular las permanentes, son los «centros neurálgicos de la actividad parlamentaria, cada una en función de su competencia temática, que corresponde esencialmente a los distintos sectores de la administración pública» (Gianniti y Lupo, 2018: 152). Estas sufrirán con toda probabilidad una reducción de catorce a diez, pero las opciones propuestas difieren en mucho. Hay que recordar que la Carta republicana pretende que «la articulación concreta de la representación política y la búsqueda de la dirección política deben tener lugar a través de comisiones que reflejen la proporcionalidad de los Grupos parlamentarios» (Gusmai, 2019: 326), aunque no requiere explícitamente isomorfismo con los ministerios. Para realizar esta estructuración en los Reglamentos, Calderoli renovaría la reforma del art. 21.1 RS, con una designación de los miembros de los Grupos a las comisiones permanentes mediante una relación de uno cada diez senadores en lugar de uno cada catorce. Las comisiones permanentes sufrirían los siguientes cambios: unir «defensa y asuntos exteriores»; unir dos

[23] Procede tener presente que en el sistema parlamentario español se produce una situación opuesta a la que se comenta en este subcapítulo: frente a un número muy elevado de comisiones hay un número relativamente bajo de diputados. Para matizar lo aducido, la relación entre el número de comisiones y el número de diputados en el Congreso es de 39 comisiones (22 permanentes) y 350 diputados, mientras en la *Camera dei Deputati* esta relación es de 35 comisiones (14 permanentes) y 630 diputados. A esto se añade que la cuota mínima para formar Grupo en España es de 15 miembros, mientras en Italia es de 20; esto significa que razonando estrictamente a nivel de comisiones hay una abundancia de diputados en Italia frente a un déficit en España (los Grupos pequeños no alcanzan a participar ni siquiera en todas las permanentes, obligando a sus diputados a ser miembros en más de una). Por lo demás, a un número reducido de comisiones como el caso italiano corresponde una carga de trabajo enorme, de ahí la propuesta de introducir comités temáticos internos para dividir el trabajo.

comisiones en la de «economía y finanza»; crear una comisión de «agricultura y producción agroalimentaria»; crear una de «actividades productivas», y reducir las catorce comisiones a diez. No hay que olvidar que al variar el número de comisiones, por consiguiente, han de adecuarse todos los artículos que hacen referencia a ellas (dicha adaptación necesaria no se reiterará aquí para las demás propuestas)[24]. Se plantea fijar en cinco –ya no en ocho– el número de senadores para: pedir el debate en Asamblea para establecer los criterios informativos para una comisión (art. 36.2 RS); deliberar sobre cuestiones externas a la Agenda, «sobrevenidas y urgentes» (art. 55.7 RS); invertir el debate del orden del día (art. 56.3 RS); como requisito para proponer añadir argumentos externos al orden del día, cambiando la mayoría cualificada necesaria para aprobar esta propuesta de mayoría de dos tercios a mayoría absoluta de los miembros (art. 56.4 RS).

La propuesta Zanda reitera la distribución para las comisiones permanentes planteada arriba *ex* art. 21.1 RS, además adaptaría la cuota de reparto para aquellos Grupos inferiores al número de comisiones, autorizando designar un senador hasta a cuatro comisiones diferentes (art. 21.2 RS). De acuerdo con el resto de los proponentes, el número de las comisiones se rebajaría a diez; la diferencia con la proposición Calderoli se reflejaría en la unión entre las comisiones «asuntos exteriores» y «políticas de la UE» en lugar de «defensa». Se procedería entonces a adecuar los demás artículos como arriba. Se otorgaría al nuevo *Comitato per la normazione* el mismo poder de expresar parecer contrario con consecuente remisión del texto a la Asamblea (art. 40.6 RS), y parecer obligatorio *ex* art. 40.10 RS, y asimismo se le delegaría junto a la comisión permanente competente la expresión de pareceres en los actos del Gobierno (art. 139-*bis*.1 RS). Al art. 53.3 RS añadiría las mociones de censura[25] entre los actos que se insertan automáticamente en el calendario de los trabajos de la Cámara alta y reformularía los ámbitos genéricos de regulación de los reglamentos internos de los Grupos (art. 53.7 RS). Igualmente, se propone la posibilidad de que, en caso de no encontrar el acuerdo

[24] En este caso se trataría de los arts. 34.3, 40.1-6-10, 41.5, 43.3-bis, 142.1-3, 143, 144, 144-bis, 144-ter RS.

[25] Se trata de las *mozioni di sfiducia*; se ha utilizado la versión española para simplificar la comprensión del instrumento, aunque no sean precisamente coincidentes.

para el esquema de los trabajos en la Cámara, puedan ser avanzadas propuestas por un senador por cada Grupo (art. 54 RS). A esto se integraría la idea de un nuevo procedimiento abreviado que declare la urgencia del debate y a la vez defina un plazo máximo para la deliberación de sesenta días (arts. 55.5-*bis* y *ter* RS), y el párrafo séptimo del mismo artículo y el art. 56.3 RS utilizarían la contracción ya adelantada por el senador Calderoli. Finalmente, se abrogaría la introducción de objetos externos al debate *ex* art. 56.4 RS.

Parrini se une en la repartición de un senador de cada diez para las comisiones (art. 21.1 RS), trayendo al Senado –en el párrafo 3 del mismo artículo– la sugerencia ya presentada por Giorgis en la otra Cámara en relación con el art. 19.2 RC, uniéndose en la reducción a diez de las comisiones del Senado. Se propone adecuar el umbral del art. 36.2 RS en seis senadores, y en cinco senadores los de los arts. 55.7, 56.3, 56.4 RS (estos últimos conforme a la propuesta Calderoli). Santangelo coincide con las demás propuestas en el art. 21.1 RS y en reducir a diez las comisiones del Senado (art. 22.1 RS) con algunas variaciones, y por otro lado sugiere la novedosa formación de comités temáticos adicionales en el seno de las comisiones permanentes (nuevo art. 22.2 RS). Para los textos asignados a comisión en *sede redigente*, el umbral mencionado arriba del art. 36.2 RS se bajaría a seis. Al art. 39 RS añade un párrafo 1-*bis,* que regularía la posibilidad de formar comités para la formulación de pareceres internos a las comisiones. Coincide con los demás en los umbrales relativos a los arts. 55.7, 56.3-4 RS.

En la Cámara baja, Baldelli –al igual que otros en el Senado– estima necesario modificar el umbral para la petición de deliberaciones de materias no presentes en el orden del día, y precisa así el nuevo requisito de diecinueve diputados, abandonando los treinta actualmente previstos en el art. 27.2 RC. En la iniciativa Giorgis primero se plantea seguir implementando las funciones de los diputados no inscritos a ningún Grupo, repartiéndolos en número igual en las comisiones teniendo cuidado en mantener la relación proporcional entre mayoría y oposición (art. 19.2 RC). Se establece un vínculo de mandato entre vicepresidentes y secretarios también en todas las comisiones permanentes (art. 20.1 RC). Se propone una reducción de las comisiones permanentes (art. 22.1 RC), agrupando:

«defensa» con «asuntos exteriores y comunitarios»; «finanzas» con «presupuestos, tesoro y programación»; «medioambiente, territorio y trabajos públicos» con «transportes, correos y telecomunicaciones», y «actividades productivas, comercio, turismo» con «agricultura». Se introduce también el tiempo de intervención de los diputados no inscritos a los Grupos (art. 24.7 RC), y en este caso se rebajaría el umbral para deliberar sobre una materia no presente en el orden del día a veinticinco diputados (art. 27.2 RC).

Al igual que en la anterior, Crippa *et alii* ven un posible vínculo de mandato en el art. 20 RC. Asimismo, se plantea aquí la *reductio ad decem* para las comisiones permanentes (art. 22.1 RC): el primer y segundo cambios serían iguales a la propuesta anterior; se propone que la comisión de medioambiente incluya «medioambiente, territorios, trabajos públicos, energía y transición ecológica»; la de transportes añadiría «movilidad sostenible y telecomunicaciones»; actividades productivas se sumaría a «actividades agrícolas, comercio y turismo», y en asuntos sociales se incluiría «asuntos sociales, sanidad y trabajo». Aquí también se interviene en la cifra para deliberar sobre un asunto externo al orden del día, rebajando el número a veinte diputados (art. 27.2 RC). Ahora bien, en ninguna de las propuestas presentadas en la *Camera* aparece plasmada la sugerencia de parte de la doctrina[26] de permitir a aquellos Grupos que no alcanzaran con sus diputados el número de las comisiones que uno de sus diputados participe en más de una comisión, hecho que hubiese obviado un desequilibrio con el Reglamento el Senado.

2.5. Del debate

No se excluyen de la revisión los turnos del debate. Calderoli es el primero en sugerir bajar el umbral de ocho a cinco senadores para: abrir un debate al margen de declaraciones de un representante del Ejecutivo (art. 99.2 RS); pedir llevar el debate a conclusión por adelantado (párrafo 3); presentar enmiendas al Senado durante la sesión, siempre relacionadas con otras enmiendas ya aprobadas en el Pleno (art. 100.5 RS); solicitar la apertura de un nuevo debate sobre las comunicaciones del Gobierno (art.105.1 RS). Luego, propone reducir de quince a diez senadores para poder llevar a votación en-

[26] Véase Fuccaro (2020: 441).

miendas que incluyan variaciones de créditos, no obstante el parecer contrario de la comisión presupuestaria (art. 102-*bis*.1 RS). Para la petición de verificación del número legal de los presentes antes de una votación aconsejaría fijar el número de siete senadores o un presidente de Grupo (ahora doce senadores según el art. 107.2 RS).

Zanda, en cambio, sustituiría el art. 100.5 RS remitiendo la discrecionalidad sobre la presentación de enmiendas durante la sesión al presidente de la Cámara. En relación con el criterio de inadmisibilidad de las enmiendas, se integraría una tutela reglamentaria al principio fijado en Constitución de votación de las leyes artículo por artículo (art. 72.1 CI) en manos del presidente de la Cámara, dejándole la facultad de corroborar su decisión oyendo el parecer del *Comitato per la legislazione* (art. 100.8 RS). Sobre las variaciones de créditos del art. 102-*bis*.1 RS, el número se fijaría en doce.

Parrini adecuaría los umbrales de los arts. 99.2-3, 100.5 y 105.1 RS conforme a la propuesta Calderoli. Además, en el art. 109.2 RS reformula los anuncios y declaraciones de voto. Santangelo también usa la *ratio* de la reducción a cinco para los arts. 99.2-3, 100.5, 105.1 RS, modificando la del art. 102-*bis.*1 RS a diez, creando así una tercera opción. Asimismo, conviene con la propuesta de reducir a siete el umbral art. 107.2 RS, promueve reducir el tiempo de intervención del art. 109.2 RS a dos minutos y sustituye en el párrafo 2-*bis* el Grupo mixto por el «Grupo de los no inscritos».

Respecto a la Cámara de los diputados, la propuesta Baldelli reduciría el umbral para la presentación de una cuestión prejudicial o suspensiva una vez empezado el debate, modificando el número de diputados necesarios de diez a seis en el Pleno y de tres a dos en comisión legislativa (art. 40.1 RC). Igualmente, llevar a conclusión un debate podría ser pedido por trece diputados en el Pleno (en lugar de veinte) y en comisión por tres (y no cuatro como se encuentra regulado actualmente *ex* art. 44.1 RC); estas cifras se propondrían también para la petición de verificación del número legal de los diputados presentes antes de una votación en Asamblea o en comisión (art. 46.4 RC).

Al igual que el resto de proponentes, Giorgis *et alii* intervienen para reformar también este *Capo* del Reglamento, y no solo adaptarlo. En el art. 39.1 RC recomiendan reducir a la mitad el tiempo de las intervenciones, fijándolo en quince minutos, y establecen en el

párrafo 5 una nueva excepción para los proyectos o proposiciones de ley constitucional y las reformas a la ley electoral, en los que se mantendría el límite actual de treinta minutos. Respecto al art. 40 RC, proponen la eliminación de las cuestiones suspensivas tanto en el Pleno como en comisión.

Por último, el texto Crippa rebajaría el umbral *ex a*rt. 40.1 RC a siete diputados en el Pleno, sin modificar el umbral en comisión, mientras, respecto al art. 44.1 RC, la contracción que se propone es de catorce miembros en el Pleno y tres en comisión, igual que en el art. 46.4 RC.

2.6. De las votaciones

Empezando una vez más por la misma propuesta, Calderoli rebajaría los requisitos para la petición de votación nominal y secreta en comisión en *sede deliberante* respectivamente a dos y tres senadores en comisión –en lugar de tres y cinco– y a cinco en el Pleno –en lugar de ocho– (art. 41.1 RS). Para la deliberación en el Pleno por votación nominal se sugieren diez senadores (ya no quince, arts. 113.2 y 116.1 RS) y doce senadores para la votación secreta (veinte son los previstos ahora *ex* art. 113.2 RS).

Parrini también propone los mismos umbrales de la anterior propuesta en el art. 41.1 RS, y sumaría la contracción de siete a cinco del número máximo de los miembros de la subcomisión *ex* 43.5 RS. Santangelo se uniforma a las propuestas anteriores para los arts. 41.1, 113.2 y 116.1 RS.

En la *Camera,* Baldelli intenta adaptarse a la reducción proporcional del Senado para votaciones nominales a trece diputados en el Pleno (frente los veinte actuales) y tres en comisión (frente los cuatro de ahora), y para la petición de votación secreta en el Pleno sugiere requerir diecinueve diputados en lugar de treinta (art. 51.2 RC). Plantea bajar también a seis diputados el número para la petición de reunión del Pleno en sesión «secreta» –léase «a puertas cerradas»– (el art. 63.3 RC). Giorgis *et alii* incluyen aquí solo una revisión del art. 50 RC para especificar la posibilidad de pedir la palabra al aproximarse una votación. Sobre la revisión del art. 51.2 RC, el texto Crippa vuelve a incidir en los *quorum* de catorce diputados ante el Pleno y tres en comisión para la petición de votación nominal, y veinte diputados para la petición de votación secreta.

2.7. Del procedimiento legislativo

Por el papel central que posee en el funcionamiento del Parlamento, el procedimiento legislativo es tal vez el más afectado por la variación de los umbrales. En el Senado, se intenta poner freno a las dudas en doctrina centradas en el desarrollo de una adecuada actividad preparatoria de los textos ante esta reducción (Belletti, 2020: 7). Contempla Calderoli poder presentar una cuestión prejudicial sobre los proyectos de ley de conversión de decretos-leyes adaptando el *quorum* de diez a siete senadores (art. 78.3 RS), al tiempo que recomendaría la restricción de veinte a doce para la declaración en casos especiales del procedimiento de urgencia (art. 81.1 RS), y para pedir la sesión secreta sobre asuntos presupuestarios en el Pleno (art. 165.2 RS). La *ratio* de contracción de ocho a cinco senadores se usaría para: presentar órdenes del día en el Pleno no admitidos por el Gobierno o rechazados por las comisiones (arts. 127.2, 142.1 RS); presentar mociones (art. 157.1 RS); separar normas en una reforma orgánica del Reglamento (art. 167.6 RS). Aumentaría a nueve el número máximo de interpelaciones urgentes por senador (art. 156-*bis*.2 RS) y de mociones (art. 157.3 RS).

Zanda reitera el umbral de la anterior iniciativa para el art. 127.2 RS. Plantea añadir un art. 151.2 RS para introducir más vínculos al control de Gobierno a través de las «preguntas orales urgentes e impostergables»[27], reformulando también las sesiones de «preguntas a respuesta inmediata y debate con réplica inmediata sobre una materia y un objeto determinados» (art. 151-*bis* RS). En el art. 161.3-*quater* RS insertaría la previsión de mecanismos de control del contenido de la materia sobre la que se plantea la cuestión de confianza en el proce-

[27] Se ampliaría aquí la diferencia de este mecanismo con la otra Cámara, admitiéndose ya ahora la posibilidad de que en el Senado sea el senador que se dispone a preguntar quien pida al presidente de la Cámara el carácter de urgencia de una pregunta (y no solo el Gobierno). El interesante punto de la propuesta Zanda introduciría un apartado 2 como sigue: «Si el autor de la pregunta solicita que no pueda aplazarse, el Presidente, tras considerar si el objeto de la pregunta se refiere a un asunto de interés público que merezca una pronta respuesta, fijará un plazo no superior a diez días a partir de su publicación, transcurrido el cual la pregunta se incluirá en todo caso en el orden del día de la Cámara. Se celebrará un debate separado sobre la respuesta dada por el Gobierno, tras el cual el autor de la pregunta podrá presentar una propuesta de Resolución, que se someterá a votación en la misma sesión».

dimiento legislativo, en particular en relación con las consecuencias financieras de las maxi-enmiendas innovadoras en comparación con el texto adoptado por la comisión competente.

Parrini intenta –de conformidad con Giorgis (véase abajo)– reforzar el instrumento de la iniciativa legislativa popular, previendo la obligatoriedad –en lugar de la actual «posibilidad»– de presentación del texto por uno de los proponentes[28], y reduciendo a dos meses el tiempo de examen del texto asignado a comisión (art. 74.3 RS). Asimismo, plantea insertar un art. 77-*bis* RS que integraría la posibilidad para el Gobierno de pedir a la Cámara una deliberación en un plazo máximo de cuarenta días, que actuaría como un segundo procedimiento de urgencia. La misma reducción a cinco se haría para los arts. 127.2, 142.1, 157.1 y 167.6 RS. En el art. 161 se añadirían los párrafos 3-*quinques* y 3-*sexies* regulando en armonía con la propuesta Giorgis la cuestión de confianza. Santangelo coincide con el recorte a siete *ex* art. 78.3 RS y a doce en el art. 81.1 RS. Concuerda igualmente con las demás propuestas en acortar a cinco los umbrales de los arts. 127.2, 142.1, 157.1 y 167.6 RS, reiterando la propuesta de adaptar a nueve los *quorum* de los arts. 156-*bis.*2 y 157.3 RS, y a doce el art. 165.2 RS.

Volviendo la mirada a la *Camera*, Baldelli y demás proponentes reiteran el mismo esquema de descenso de los requisitos. Para la petición de datos e informaciones al Gobierno *ex* art. 79.5 RC cuando una comisión delibera en *sede referente* bajarían el número de diputados para presentar dicha petición de cuatro a tres (párrafo 6). Asimismo, repiten la proporcionalidad de reducción de veinte a trece diputados para los siguientes casos: la petición de ampliar la posibilidad de pedir la palabra (art. 83.2 RC); para que una enmienda retirada sea asumida por otro grupo (art. 86.8 RC); en la presentación de una cuestión prejudicial a una ley de conversión de un decreto-ley (art. 96-*bis*.3 RC); para presentar enmiendas el día mismo del debate como excepción a la regla general (art. 114.1 RC); para presentar enmiendas a enmiendas (art. 114.2 RC). Usarían el patrón de recorte de treinta a diecinueve para la presentación de subenmiendas a enmiendas también durante la sesión, en los términos establecidos por el presidente (art. 86.5 RC), y para la presentación de interpelaciones

[28] Entendidos como uno de los primeros diez signatarios o una persona designada por ellos.

urgentes (art. 138-*bis*.1 RC). El esquema de contracción de diez a seis lo volverían a aplicar para: pedir que una vez presentado se declare la urgencia de un proyecto o una proposición de ley (art. 69.1 RC); pedir que el debate sobre un proyecto o proposición de ley se haga por cada parte o por cada título (art. 83.4 RC); oponerse a la asignación de un proyecto o proposición para competencia legislativa plena de una comisión (art. 92.3 RC); presentar una moción que impulse la deliberación sobre un determinado ámbito en el Pleno (art. 110.1 RC), o también para pedir debatir una moción retirada (art. 111.2 RC).

La iniciativa Giorgis añadiría un art. 69-*bis* RC en el que primaría la intervención del Gobierno en la declaración de tramitación de un texto por urgencia, planteando un plazo de cuarenta días para llevar el texto a deliberación, en congruencia con la propuesta de Parrini presentada en la otra rama del Parlamento. Incluiría la posibilidad de petición de palabra para los miembros no inscritos a ningún Grupo (art. 83.1 RC), excluyendo el Grupo mixto de los Grupos establecidos para la petición de convocación de la Junta de Portavoces (art. 83.5 RS). Sobre los tiempos del debate *ex* art. 85 RC propondría una remisión a la nueva formulación del art. 50.1 RC. Se mantendría en concordancia con las proporciones del resto de esta propuesta de reforma el umbral de veinticinco diputados para la presentación de subenmiendas (art. 86.5 RC), y se abrogaría la posibilidad de hacer propia la enmienda de otros (art. 86.8 RC). Se reformula totalmente el art. 88 RC, desarrollando nuevos *quorum* en la presentación de órdenes del día al Gobierno. Con una nueva versión del art. 89.1 RC introduciría un interesante mecanismo anti enmiendas *ómnibus*, dando al presidente la posibilidad de declarar *irricevibili* las enmiendas sustitutivas de artículos y a la vez supresoras de otros sin que exista una consecuencia lógico-normativa. Un interés particular suscita la previsión de un nuevo art. 100-*bis* RC, relativa a la calendarización y deliberación obligatoria sobre los textos de iniciativa legislativa popular, y de las proposiciones de ley con iniciativa de los Consejos Regionales, introduciendo una verdadera fase de «toma en consideración» previa de manera parecida a la fase prevista por el Reglamento de la *Camera* antes de la reforma de 1971. Aprobando esta propuesta de reforma, se regularía asimismo el contenido de las mociones (art. 110.1 RC) y, lo que es más relevante, de manera extensiva también el

instrumento de la cuestión de confianza (art. 116 RC, proponiendo la abrogación del art. 154.2 RC). Para la presentación de interpelaciones urgentes se adaptaría la cuota de mínimo veinte miembros de un Grupo (art. 138-*bis*.1 RC).

Por ende, la iniciativa Crippa utiliza la reducción de veinte a catorce para los siguientes umbrales: ampliación de la posibilidad de petición de la palabra en el debate (art. 83.2 RC); apropiarse de una enmienda retirada de otro Grupo (art. 86.8 RC); en la presentación de una cuestión prejudicial a la ley de conversión de un decreto-ley (art. 96-*bis*.3 RC); en la presentación de enmiendas el día del debate (art. 114.1 RC), y en la presentación de enmiendas a enmiendas el día del debate (art. 114.2 RC). Mientras, la *ratio* de treinta a veinte se volvería a aplicar para la presentación de subenmiendas (art. 86.5 RC) y para la presentación de interpelaciones urgentes (art. 138-*bis*.1 RC).

2.8. Los delegados regionales para la elección del presidente de la República

Un breve espacio se dedica al cambio en el peso que acabarían teniendo los delegados regionales en la elección del presidente de la República. Aquí, la modificación posterior a la reducción del número de parlamentarios se encuentra en un estado aún más primitivo, con la propuesta de ley constitucional A.C. 2238 que sigue aparcada en fase de enmienda en comisión en primera deliberación. Los delegados regionales desde siempre han tenido un peso relativo en dicho momento decisional –actualmente alrededor de un 6,09% (Baldoni, 2020: 421)– dado que además no se constituyen como grupo que vota de manera conforme en cada región, haciendo corresponder su voto más bien al del partido al que pertenecen[29]. Sin embargo, el ajustamiento a dos delegados por región podría, según varios expertos, «producir consecuencias perjudiciales» (Belletti, 2020: 11), desvitalizando las mayorías internas en los Consejos, puesto que en ese colegio electoral la mayoría y la minoría regional acabarían con consistencia análoga, ambas con un consejero, en lugar de dos y uno como ahora. Por el contrario, mantener los tres delegados garantizaría al menos *prima facie* una mayor influencia regional en la elección del presidente

[29] Así lo recuerda también Clementi (2019: 26).

(llevando los representantes hasta el 9,57% del total), mientras el efecto dispersivo del voto conforme a partido se revelaría un factor endémico que no se puede contrarrestar.

III. Reflexiones finales

Lo que se ha querido poner de manifiesto de manera también visual con este trabajo es la magnitud de las consecuencias que lleva consigo una revisión aparentemente menor como la reducción del número de parlamentarios[30]. Somos conscientes de que para una mejor comprensión de los mecanismos se hubiese podido estudiar un solo artículo en concreto en todas sus variantes, pero no era este el objetivo.

La «sencillez» (Podetta, 2021) del texto de algunas reformas de alcance limitado no tiene por qué coincidir con una comodidad en la transposición de este en el ordenamiento. En esta especificidad, la ley de reforma de reducción de los representantes parlamentarios en ninguno de sus aspectos puede ser autoaplicativa, a no ser que ante la posible negativa del poder legislativo se quiera arriesgar a mermar los principios rectores del funcionamiento de la institución, o, aun más, hacer que esta deje de funcionar. De ahí, se derivan breves consideraciones obligatorias *de iure condendo.* El legislador parte de la conciencia de que este tipo de reforma tiene una vocación claramente mayoritaria (Conti, 2020: 41), en particular con respecto al sistema electoral, como reconocía también el Tribunal Constitucional español en la sentencia 15/2015 (FJ 8). La laguna normativa que se forma a partir de una reforma aparentemente casi irrelevante a nivel del aparato constitucional obliga al mismo legislador –o a su sucesor– a un mucho más complejo razonamiento sobre el aterrizaje de la misma en el ordenamiento, so pena de «no comprender la lógica del movimiento y las consecuencias de las decisiones del legislador constitucional sobre la estructura del Parlamento» (Clementi, 2019: 25). Sobre la formación de las Cámaras, varias son las normas positivizadas en vista de la próxima legislatura. Aun así, sigue habiendo flancos abiertos que se pueden convertir en abismos: desde la posible abrogación de

[30] El trabajo ha sido más sencillo gracias a la minuciosa operación de seguimiento realizada por Fabrizzi y Piccirilli (2020-2021), recuperable en https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44302

la *circoscrizione Estero*, pasando por la base de las circunscripciones del Senado en caso de que se lleve a cabo la reforma constitucional mencionada (que modificaría solo parcialmente la repartición de los escaños de la Cámara Alta), hasta la más amplia reforma de la ley electoral en el caso de la aprobación de la iniciativa Brescia (o de otro de los textos presentados) antes de la disolución de las Cámaras.

Sobre el funcionamiento del Parlamento, una vez demostrada la necesidad de plasmación de la reforma, la revisión del número de parlamentarios es una ocasión para cambiar –tal vez de forma radical (léase «orgánica»)– su actividad; lo que está por decidir es el *quomodo*. Es patente que la aprobación de una o de otra opción de cada artículo de las propuestas de reforma planteadas modifica completamente la actitud de los Grupos ante los Reglamentos Parlamentarios, y de ahí el mismo funcionamiento de las Cámaras. Sin entrar en una valoración de las cifras específicas que están sobre la mesa –amplio es el debate doctrinal y solo parcialmente se ha traído a colación en la bibliografía–, la decisión condicionará de lleno la transformación del parlamentarismo italiano. Es evidente que en la base de la presentación de estas iniciativas está una visión diferente del ordenamiento constitucional. Una muestra paradigmática de esta afirmación es que, si, por ejemplo, en la formación de los órganos de control se aprueba una reducción relevante de su composición manteniendo el principio de proporcionalidad como eje, la representación de la oposición en el órgano se reduciría aún más (hasta casi desaparecer en el Senado), con consecuencias que pueden vulnerar su derecho de participación. Por el contrario, si la reducción se compagina con la aplicación del criterio de la representatividad en el órgano, lo que podría quebrantarse sería el mismo funcionamiento de las Cámaras, esto es, por la posibilidad de que se presenten acontecimientos de obstruccionismo en el seno de los órganos, o que se termine por no convocar una *Giunta* por motivos meramente políticos[31] (Bartolucci, 2016: 288).

[31] La contingencia mencionada es relativa a la XVII legislatura, en la que debido a la composición de la Junta para el Reglamento el presidente del Senado evitó convocarla en varias ocasiones, prefiriendo hacer uso de la Junta de Portavoces. Por este motivo se optó por reformar este artículo del Reglamento del Senado para primar, de un lado, el criterio de representación proporcional de los Grupos en dicho órgano, y, del otro, se positivizó la posibilidad para los Grupos de pedir la convocación del mismo órgano.

Los aspectos relacionados con un funcionamiento diferente del Parlamento son múltiples, algunos directos y otros indirectos. Entre los aspectos directamente relacionados están los que reflejan la intención de agilizar los debates y los procedimientos –con un claro riesgo de trasformar el Parlamento en una institución de ratificación– en línea con el gradual apoderamiento de la función legislativa del Ejecutivo. Este es el signo emblemático de que una mayor centralidad del Parlamento no se obtiene con una «cura para adelgazar» (Di Majo, 2020: 75) del mismo. Cabe mencionar, entre otros, la reducción de los plazos para el examen en comisión, la introducción de un nuevo procedimiento de debate y/o deliberación urgente con un plazo de deliberación establecido por Reglamento (ej.: Zanda, Parrini, Giorgis) y la reducción a la mitad de los tiempos del debate. Es cierto que algunas propuestas introducirían límites a la acción del Gobierno: como los de contenido en la aplicación de la cuestión de confianza, o, más genéricamente, la positivización de mecanismos en contra de las enmiendas de contenido múltiple. Parte de la doctrina[32] –y en esto nos adherimos– estima oportuna esta coyuntura para aprobar un estatuto de la oposición a tutela del rol del Parlamento, antes que todo en su función de control de Gobierno. Asimismo, entre los efectos directos también cabe citar la creación de nuevos vínculos para los parlamentarios a sus Grupos: estos aumentarían tanto en el momento de la elección (con la obligación de entrar en el Grupo formado por el partido con el que han sido elegidos), cuanto en el poder nulo que se les deja en el caso de transfuguismo –incluso perdiendo su propio cargo en el caso de presidentes, vicepresidentes y secretarios– y, finalmente, en el poder siempre inferior de la participación del representante de forma individual, con el riesgo de incrementar la instauración de una grupocracia[33]. Cuestión aneja es la naturaleza jurídica de los Grupos

[32] *Ex multis,* Cavino (2019), Baldoni (2020: 423), Conti (2020: 44), Sicuro (2021: 630).

[33] Cuando, en realidad, resultaría «incluso aceptable pagar el precio de la deslealtad parlamentaria, a sabiendas de que solo en esta libertad puede fundarse el buen funcionamiento de la dialéctica democrática» (Fricano, 2021: 275). El riesgo, compartido en el ordenamiento español, es mencionado por Garea Baragaño (2005: 25), y recuperado por Pérez Alamillo (2014, 160): «Lo cierto es que en el día a día se reduce prácticamente a los diputados a un atrezo en el Congreso. No hay diputados sino grupos parlamentarios, y no hay políticos con propuestas propias, sino partidos con estructuras monolíticas». Evidenciaba García-Escudero Márquez (2016) algunas posibilidades para la intervención del

–balanceándose entre órganos de las Cámaras y simples asociaciones– que no se vendría a definir con la reforma, y la relación directa de estos con los partidos. Como es notorio, la Constitución menciona ambos (arts. 49,72 y 82), pero no les relaciona entre sí.

Entre los aspectos indirectamente relacionados están las cuestiones de origen técnico, pero con derivación política; la adaptación de los *quorum* es el principal ejemplo, así como el número de las comisiones y la dimensión de los Grupos. Dependiendo de cuáles se acaben aprobando se decidirá si optar más por el criterio mayoritario o el criterio garantista hacia las minorías y la oposición, y afectará directamente al grado de pluralismo que caracteriza la estructura policéntrica de las Cámaras. Ante la reducción, el probable mantenimiento de la representación proporcional de los Grupos en las comisiones permanentes podría convertirse en el verdadero «*punctum dolens*» (Sicuro, 2021: 627) de la reforma. Finalmente, están las cuestiones realmente técnicas, como por ejemplo la creación de comités temáticos en el seno de las comisiones permanentes, la formación de un *Comitato per la normazione* en el Senado para velar por la calidad de los textos o la regulación de la función de control de Gobierno en las preguntas –que carecen de espontaneidad (el poco exitoso *premier question time*[34])– o en las mociones.

Para terminar, una pequeña *adenda*: también sería necesaria una disposición transitoria en la reforma constitucional para la entrada en vigor del nuevo funcionamiento de las Cámaras de la misma forma

---

parlamentario de manera individual en las Cortes Generales, como por ejemplo eliminar la firma del portavoz del Grupo en la presentación de enmiendas o modificar el debate en comisión, pero recordaba que hace falta voluntad política para creerse las reformas y buscar un equilibrio.

[34] Sostiene Conti (2020: 44) que «no tiene mucho sentido llamar al Presidente del Consejo de Ministros para que responda si ya conoce las preguntas que le van a hacer y si estas preguntas no son la parte del "león" en la selección de los temas sobre los que el Primer Ministro tiene que responder y demostrar su capacidad de demostrando su capacidad de orientación política». Asimismo, coincidía en la crítica Pérez Alamillo (2014: 167) en el caso del Reglamento del Congreso de los Diputados, aduciendo que «las figuras jurídicas de control político al Gobierno poseen unos plazos de presentación, aceptación e inclusión en el orden del día que favorecen claramente al Gobierno puesto que permiten tiempos de reacción amplios, como mínimo de casi cuarenta y ocho horas, para que el representante del Ejecutivo al que toque dar explicaciones tenga tiempo e información suficiente para resolver de manera solvente la exigencia de responsabilidades por parte de los grupos parlamentarios».

que lo regulado con la delegación legislativa en la formación de los nuevos colegios electorales (Curreri, 2020), e igualmente en las propuestas avanzadas respecto a la modificación de los Reglamentos, que por ahora solo está presente en las iniciativas Crippa (en la *Camera*) y Santangelo (en el Senado).

Como hemos adelantado en la introducción del trabajo, la reducción del número de representantes tiene efectos de vastísimo alcance en cualquier sistema. En el ordenamiento español, el único precedente de reducción de diputados, relativo a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, hizo sopesar –también al Tribunal Constitucional tras el recurso de inconstitucionalidad resuelto con la STC 15/2015– la supuesta vulneración de la proporcionalidad exigida por el art. 152.1 CE. Evidenciaba Aranda Álvarez (2015: 158) que también esta reforma «refuerza ostensiblemente los elementos mayoritarios del sistema frente a los proporcionales». Aun así, como ha recordado el autor, el Tribunal en la STC 75/1985, de 21 de junio, reconocía que

> la proporcionalidad es, más bien, una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral, hasta el punto que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte respecto a esa «pureza» de la proporcionalidad abstractamente considerada (FJ 5).

El ánimo de este trabajo ha sido el de dar al lector español una idea de que, en el caso de intención de reducir el número de representantes nacionales, las consecuencias no se limitarían a la ponderación de la vulneración de la proporcionalidad de los arts. 68.3 y/o 69.5 CE en relación con la representación en las Cámaras, sino que obligarían a plantearse el mantenimiento de esta entre otros principios rectores –de los que algunos se han mencionado arriba– del funcionamiento de la institución, conllevando la necesidad de una reforma profunda y compleja de los pilares del ordenamiento.

Bibliografía

Aranda Álvarez, E. (2015). La reducción de parlamentarios y la modificación del régimen retributivo de los miembros de las Asambleas de las Comunidades Autónomas. *Revista de Derecho Político*, 92, pp. 119-164.

Baldoni, D. (2020). I quorum nei nuovi regolamenti parlamentari. Quale statuto delle opposizioni nelle Camere a ranghi ridotti? *Forum di quaderni costituzionali*, 3, pp. 414-430.

Bartolucci, L. (2016). Lo scarso coinvolgimento delle Giunte per il Regolamento durante il percorso delle riforme istituzionali. En N. Lupo y G. Piccirilli (dirs.), *Legge elettorale e riforma costituzionale: procedure parlamentari «sotto stress»* (pp. 281-306). Il Mulino.

Belletti, M. (2020). Miopia istituzionale nella strategia delle riforme costituzionali, o consapevole ricerca di una «marginalizzazione» della rappresentanza parlamentare? *Federalismi.it, paper.* 15 de abril, pp. 1-13.

Buffoni, L. (2020). Il numero e la qualità nel governo rappresentativo e democratico. *Forum di quaderni costituzionali*, 3, pp. 242-274.

Catelani, E. (2020). Una riforma costituzionale puntuale che ha effetti ulteriori alla mera riduzione del numero dei Parlamentari? *Forum di quaderni costituzionali*, 3, pp. 286-316.

Carcaterra, G. (1968). La votazione. En Camera dei deputati, *Il regolamento della Camera dei deputati. Storia, Istituti, Procedure* (pp. 551 y ss.).

Cavino, M. (2019). La necessità formale di uno statuto dell'opposizione. *Federalismi.it*, 4, pp. 1-7.

Clementi, F. (2019). Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre «less is more». *Osservatorio sulle fonti,* 2, pp. 1-31.

Conti, G. L. (2020). Le conseguenze della riduzione dei parlamentari: un appello. *Forum di quaderni costituzionali.* 4, pp. 40-46.

Curreri, S. (2020). Gli effetti della riduzione dei parlamentari. Del fare riforme senza badare alle conseguenze. *Lacostituzione.info.* 6 de febrero, pp. 1-21.

Di Majo, L. (2020). Riduzione del numero dei parlamentari e centralità del parlamento. *Rivista del Gruppo di Pisa,* 3, pp. 40-77.

García-Escudero Márquez, P. (2016). Opciones normativas para una reforma del procedimiento legislativo. En *VIII Jornadas de Derecho Parlamentario: «el Reglamento al servicio de la renovación del Parlamento»* (25-26 de abril 2016), UNED, Fundación Manuel Giménez Abad. https://canal.uned.es/video/5a6f37b1b1111f6e388b4582

García Roca, F.J. (coord.). (2014). *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*. Aranzadi.

Fricano, A. (2021). Apologia del libero mandato parlamentare: quale futuro per una guarentigia in crisi? *Rivista del Gruppo di Pisa,* 1, pp. 247-282.

Fuccaro, N. (2020). L'incidenza della riduzione del numero dei parlamentari sui gruppi e le prospettive di riforma regolamentare in materia. *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, pp. 431-443.

Garea Baragaño, F. (2005). En Reformas para revitalizar el parlamento español. Seminarios y jornadas. *Fundación Alternativas*, 17.

Gherardi, S. (2019). La incidencia de los mecanismos parlamentarios en las reformas constitucionales en Italia. *Revista Foro,* 22 (2), pp. 187-219.

Gianniti L., Lupo, N., (2018). Corso di Diritto Parlamentare. *Il Mulino.*

Gianniti, L., Lupo, N., (2020). Le conseguenze della riduzione dei parlamentari sui Regolamenti di Camera e Senato. *Quaderni Costituzionali,* 3, pp. 559-575.

Gori, L. (2020). Sull'organizzazione del Parlamento e sui regolamenti parlamentari, *Meno parlamentari, più democrazia?*, E. Rossi (dir.). Pisa University Press.

Guarnier, T. (2020). L'esperienza del «contratto di governo». Atti del Convegno di Napoli (14-15 giugno 2019). En *Partiti politici e dinamiche di Governo* (pp. 85-122). Editoriale Scientifica.

Gusmai, A. (2019). *Il gruppo parlamentare. Profili evolutivi di un soggetto della rappresentanza politica*. Cacucci.

Fabrizzi, F., Piccirilli, G. (2021). Osservatorio parlamentare sulle riforme istituzionali conseguenti alla riduzione del numero dei parlamentari (aggiornato al 29/9/21). *Federalismi.it,* 29.

Luciani, M. (2020). Un «taglio» non meditato, *Meno parlamentari più democrazia?,* E. Rossi (dir.). Pisa University Press.

Lupo, N., Piccirilli, G. (dirs.) (2016). *Legge elettorale e riforma costituzionale: procedure parlamentari «sotto stress»*. Il Mulino.

Pérez Alamillo, R. (2014). La reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados; una asignatura histórica. *Revista de las Cortes Generales,* 92-93, segundo y tercer cuatrimestre, pp. 143-267.

Podetta, M. (2021). Le revisioni costituzionali «spot» e il degrado della materia costituzionale. *Lacostituzione.info,* 24 de agosto de 2021. https://www.printfriendly.com/p/g/GFGmpU

Porena, D. (2019). La proposta di legge costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari (A.C. 1585): un delicato «snodo» critico per il sistema rappresentativo della democrazia parlamentare. *Federalismi.it*, 14, pp. 1-28.

Presidenza del Consiglio dei ministri. (2020). *La riforma costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari.* Dipartimento per le riforme istituzionali. https://www.riformeistituzionali.gov.it/it/la-riduzione-del-numero-dei-parlamentari/

Romboli, R. (2021). La reducción del número de parlamentarios y la propuesta de reforma del sistema de elección del Consejo Superior de la Magistratura en Italia. *Teoría y Realidad Constitucional*, 47, pp. 265-296.

Sicuro, F. (2021). Il sistema delle commissioni parlamentari alla prova del ridimensionamento della rappresentanza politica. *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, pp. 593-661.

Tarli Barbieri, G. (2020). Riduzione del numero dei parlamentari e geografia elettorale. *Forum di quaderni costituzionali*, 3, pp. 191-231.

Tosi, S., Mannino, A. (1999). *Diritto parlamentare.* Giuffrè editore.

Tucciarelli, C. (2020). Il significato dei numeri: riduzione del numero di deputati e senatori e regolamenti parlamentari, *Osservatorio sulle fonti,* 1, pp. 167-186.

Volpi, M. (2020). La riduzione del numero dei parlamentari e il futuro della rappresentanza. *Costituzionalismo.it (*www.costituzionalismo.it*),* 1, pp. 43-75.

REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

III

Recensiones y semblanzas

Reviews and brief biographies

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 485-494
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1621

LÓPEZ AGUILAR, J. F. (2020). *EL PARLAMENTO EUROPEO: UNA EXPERIENCIA ÚNICA*. MADRID: WOLTERS KLUWER

Artemi Rallo Lombarte
Catedrático de Derecho Constitucional
Universitat Jaume I de Castellón
Senador
https://orcid.org/0000-0002-7164-7018

Cuando hace treinta años, en 1992, realicé un breve *stage* en la Dirección General de Estudios del Parlamento Europeo, radicada por aquel entonces en Luxemburgo, pude percibir en toda su magnitud el pleno sentido del adjetivo que le atribuye esta obra de Juan Fernando López Aguilar: «una experiencia única». El imponente edificio (cual auténtica torre de Babel) dedicado en exclusiva al Servicio de Traducción en el *Plateau de Kirchberg*, la gigantesca mudanza mensual a Estrasburgo, la prolija presencia e interacción de *stakeholders* omnipresentes en *hearings*, montañas inmensas de *rapports* y documentación parlamentaria apilados en los pasillos, el lobbismo… Aunque aquel era todavía un parlamento «en construcción» –esencialmente representativo y deliberante y a punto de asumir su función colegisladora–, no resultaba difícil imaginar la función esencial en el proceso de construcción europea que estaba llamado a desempeñar este fascinante engendro amorfo, poliédrico y voz *sui generis* de los pueblos de Europa.

La vasta, prolija e ininterrumpida producción científica del profesor López Aguilar culmina hoy con un título que el autor le debía tanto a la academia como al conjunto de la sociedad interesada por el devenir del reto constructivo del edificio europeo. Y es muy de agradecer que «el ritmo abrasivo» (en palabras del autor) de la actividad diaria del Parlamento Europeo (estresante e, incluso, me atrevería a calificarlo como extenuante si el rigor y la honestidad intelectual no flaquearan demasiadas veces ante la denostada imagen de la política

que tan a menudo recorre nuestra sociedad) le haya permitido añadir a su obra un nuevo libro imprescindible.

Se trataba de una deuda adquirida por el autor con carácter personalísimo porque muy pocos entre nosotros (intuyo que nadie) estarían hoy en condiciones de alumbrar este trabajo con la solvencia, el rigor y la perspectiva que otorgan el singular *currículum vitae* de López Aguilar: catedrático de Derecho Constitucional y Jean Monnet de Derecho Europeo, ministro de Justicia, diputado nacional y autonómico, europarlamentario. Estas dos líneas apenas traslucen la relevancia e intensidad del acervo humano, intelectual y político acumulado por el autor para lograr un producto editorial tan exitoso: reconocido especialista *urbi et orbe* en la institución parlamentaria desde el primigenio alumbramiento de su tesis doctoral en la Universidad de Bolonia; académico cosmopolita cuya incesante curiosidad intelectual le ha llevado al estudio de todos los modelos comparados desde la trasatlántica América del Norte hasta el Mar de Japón; estudioso precursor de toda la problemática constitucional relacionada con la Administración de Justicia, asesor ministerial, portavoz parlamentario de Justicia y ministro celoso y vigilante de la agenda del JAI (Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea); europarlamentario durante más de una década (desde 2009); presidente de la delegación socialista; y…¡presidente de la Comisión LIBE de Libertades, Justicia e Interior del Parlamento Europeo durante casi ocho años! Seguramente la atalaya más relevante y privilegiada para un conocimiento meticuloso, práctico y profundo no solo del Parlamento sino de la estructura y funcionamiento del conjunto de las instituciones europeas.

El profesor López Aguilar ha asumido el reto individual de saldar una deuda colectiva que el conjunto de la comunidad científica tenía consigo misma: la carestía de estudios monográficos sobre las instituciones comunitarias y, en particular, sobre el Parlamento Europeo siguen evidenciando un déficit clamoroso en la que debería constituir una obligada contribución a la reflexión, el conocimiento, la divulgación y la pedagogía en torno al nuevo orden institucional europeo. Resulta difícil de entender y, por supuesto, de justificar. Las meritorias contribuciones resultan aún escasas –como bien documenta el autor– si las ponemos en relación con la relevancia e impacto

que provocan en nuestra existencia y con la intensa conflictividad jurídico-política que la acompaña. Baste como ejemplo incontestable de esta paradoja el hecho de que existan entre nosotros numerosas publicaciones periódicas dedicadas monográficamente a glosar la problemática que genera la estructura y funcionamiento de numerosos Parlamentos autonómicos o, incluso, las Cortes Generales –como es el caso de la Revista que hoy acoge esta reseña bibliográfica– mientras que el Parlamento Europeo está ayuno de un soporte analista de tal carácter monográfico y los estudios específicos que se ocupan de esta institución son acogidos en las referidas publicaciones con carácter colateral. Un déficit del que debería tomarse nota para afrontar la futura, ineludible y perentoria estrategia de visualización del Parlamento Europeo que el autor reivindica como persistente y crónico *déficit de comunicación* y que debería alcanzar todos los órdenes (la comunicación social, la comunidad científica...).

López Aguilar, el jurista, el científico, el parlamentario, el político, el europeísta…todos ellos han aportado a esta obra con la pasión que siempre preside cada uno de los actos de su autor. Sin embargo, el «caricaturista» ha permanecido discretamente oculto. Si alguna ironía recorre el libro frente a las críticas facilonas que soporta de forma recurrente la Cámara europea (ausencia de los parlamentarios en los debates, régimen retributivo, etc.) será de las pocas concesiones que el autor realiza al humor en una obra que no admite broma ni caricatura ante la trascendencia del objeto de análisis. Su aguda perspicacia en el análisis de tantos episodios de la vida real del Parlamento Europeo siempre está presidida por una inequívoca voluntad de prestigiar con rigor la institución a la que ha servido durante la última década y por la que confiesa una fascinación ilimitada.

El constitucionalista López Aguilar no renuncia a estar presente desde el principio (capítulo 1) hasta el fin del libro (capítulo 7). Pudiera parecer suficientemente vasto y amplio el proceloso mundo del Parlamento Europeo como para, además, ubicar su análisis en las categorías fundacionales de la Unión Europea pero el autor lo reivindica. Seguramente, no podría hacerse sin manejar las categorías dogmáticas, los principios constitucionales y la perspectiva comparada en un contexto europeo de progresiva edificación constitucional no exenta de altibajos y sinsabores. El Derecho en mayúsculas define el

origen, la evolución y la existencia de la integración europea (también, como hemos comprobado con el Brexit, somete a las fuerzas centrífugas que la amenazan). Ni ha existido ni existe experiencia idéntica. La Unión Europea como producto y fruto del derecho, como unión de derecho y como experiencia única de integración sustentada en el derecho. El derecho como savia y nutriente básico de unas tradiciones constitucionales comunes que permiten informar una ciudadanía y un gobierno multinivel en el que la fuerza del derecho la confirma cada día el Tribunal de Luxemburgo articulando un singular constitucionalismo propio y distintivo de la Unión Europea que nunca se entenderá sin la pulsión federalista que le sirve de motor. Así lo afirma el autor antes de recorrer de forma magistral (a fuerza de claridad conceptual) las aportaciones dogmáticas del federalismo como teoría política hasta alcanzar su sofisticada y diversa manifestación actual en el bien traído «constitucionalismo de la globalización»: el de las soberanías compartidas y limitadas por el derecho.

¿Es acaso la historia constitucional de la Unión Europea la historia de un fracaso pretérito, inminente o anunciado? *Prima facie* así pudiera pensarse visto el desenlace que sufrió en su momento el proyecto de Constitución europea o más bien pudiera intuirse un desenlace fatal por éxito prematuro. Pero, frente a la nostalgia que envuelve este eterno *nasciturus* constitucional y ante la «enfermedad infantil del juridicismo», Europa ya disfruta de una Constitución que goza de magnífica salud como bien ilustra el autor: la cultura del constitucionalismo democrático y social que impregna nuestras tradiciones constitucionales comunes; las vigorosas aportaciones dogmáticas a la idea de «lo constitucional» y de la integración europea; la progresiva generación de una conciencia constitucional europea; una Carta común de derechos; un Parlamento multinacional directamente electivo; un acervo normativo directa y jurisdiccionalmente garantizado por la estructura judicial europea que culmina en Luxemburgo; etc. La idea constitucional de la Unión Europea tiene más fuerza que nunca. El derecho europeo es más constitucional que nunca si abandonamos corsés dogmáticos y rigideces conceptuales para adentrarnos en el sugerente viaje por el que el autor califica como nuevo constitucionalismo de nuestro tiempo (el del derecho postnacional, postestatal, postsoberano) recorriendo un itinerario protoconstitu-

cional que, por el momento, ha culminado con un Tratado de Lisboa que ejemplifica de forma inequívoca la ambición constitucional de la integración europea. A estas alturas puede afirmarse que la Unión Europea ha soportado las suficientes pruebas de esfuerzo y riesgos sistémicos (pugnas trasatlánticas, tensiones migratorias, desaparición de liderazgos políticos de referencia, crisis económicas estructurales, brexit, crisis sanitaria…) como para proclamar su irreversibilidad y la progresiva forja centrípeta de su forma política.

Hoy, la Unión Europea es más Europa a fuerza de adquirir una esencia propia, individualizada y diferenciada. En este viaje Lisboa marca un punto de inflexión al convertir definitivamente al Parlamento Europeo en un verdadero y auténtico Parlamento como lo califica el autor: «decisivo» en la orientación política de las instituciones europeas, en el ejercicio de la potestad presupuestaria y en la función legislativa pero, al tiempo, «diferente» a los modelos nacionales; «abierto», «flexible», «desestructurado». Los capítulos siguientes del libro permitirán glosar los argumentos que justifican estos calificativos y que, aparentemente, revalorizan y otorgan luz y esplendor democráticos a la única institución europea de elección popular directa. Pero también existen sombras que el Parlamento Europeo tiene que ir despejando para evitar convertir en lastres estas aparentes virtudes democráticas. Las geometrías variables, los votos impredecibles, la desregulación, la pseudo disciplina, las dimensiones elefantiásicas de la representación no pueden convertirse en una nueva rémora de las muchas que ya arrastra el funcionamiento regular de las instituciones europeas alejándose, con mucho, de lo que pudiéramos calificar como razonable o aceptable.

Tal vez el autor pueda en el futuro ofrecernos unas páginas adicionales que nos ilustren sobre las vías de conciliación entre una representación parlamentaria idónea y una gobernabilidad europea eficiente. A la espera de las mismas, por el momento, nos aporta unas reflexiones conclusivas en clave constitucional –en puertas de la Conferencia sobre el futuro de Europa– de entre las que destaca de forma muy sobresaliente la advertencia sobre el riesgo de «desparlamentarización» en beneficio de una pulsión «intergubernamental» o de una «regubernamentalización»; lo que iría en sentido contrario a la sufrida historia de la integración europea y a las más elementales esencias de

nuestras tradiciones constitucionales comunes que animan más bien hacia la «reparlamentarización». El contexto es extraordinariamente hostil y López Aguilar –amén de formular numerosas y concretas propuestas de vigorización parlamentaria– no duda en advertir del «seísmo constitucional» que amenaza el ser europeo sometido en la actualidad a desafíos y pruebas existenciales que alientan el grito: «ahora o nunca». Si la segunda década de este milenio arrumbó la credibilidad ciudadana de las instituciones europeas hasta extremos inimaginables, cabe intuir que esta tercera década que inauguramos puede ofrecer grandes oportunidades vista la capacidad de resistencia de los materiales del edificio europeo como la filia europeísta hacia instituciones comunitarias que estuvieron a la altura de los retos en los momentos críticos de la pandemia cuando el pueblo europeo les demandaba liderazgo y política. ¿Estamos en puertas de la revolución cívica proeuropea demandada por el autor?

El político López Aguilar asoma pronto en el capítulo II del libro pero no para realizar proselitismo ideológico o partidista –la totalidad del libro está ayuno de esta tentación– sino para identificar el más clamoroso déficit que arrastra desde siempre a un parlamentarismo europeo tan «intensamente político»: la falta de una comunicación real, efectiva y directa entre el Parlamento y la sociedad europea que lo elige. Gran verdad. Durante años y décadas se ha querido identificar como «déficit democrático» de las instituciones europeas la ausencia de una relación fiduciaria de estas con la Cámara representativa y su muy limitada capacidad de control y orientación política. Pero hoy las «relaciones constitucionales» entre las distintas instituciones responden a un esquema democrático homologado que no permite perseverar recurrentemente en atribuirles tal tacha. Por el contrario, algo diferencia, distingue y aleja extraordinariamente al Parlamento Europeo (plenamente homologado en su legitimación, funciones, estructura y funcionamiento) de sus asimilados nacionales (o, incluso, si se quiere, regionales): el Parlamento Europeo ni marca ni define la «agenda comunicativa» de la ciudadanía europea. Los ciudadanos europeos son casi totalmente ajenos a esta actividad parlamentaria. Los informativos radio televisivos nacionales no dedican en sus escaletas franjas informativas fijas al Parlamento Europeo ni dan acceso permanente en directo a sus corresponsalías presentes en la

sede parlamentaria. Los medios de comunicación escritos nacionales tampoco dedican páginas monográficas de «política» a los grupos parlamentarios presentes en Bruselas. Todo lo contrario a lo que sucede con el tratamiento informativo de la actividad de los Parlamentos nacionales por parte de todos estos medios de comunicación para los que constituyen referencia constante. Una paradoja incomprensible: cualquier ley nacional que adapta un reglamento europeo (de directa aplicación y eficacia para todo ciudadano) o que traspone una directiva (que suele definir un marco normativo vinculante bien acotado) es objeto de un tratamiento informativo en los medios nacionales que casi nunca merecieron, en el momento de su adopción por el Parlamento Europeo, las normas europeas que constituyen su base jurídica. Esto es, la decisión normativa primaria y prevalente del Parlamento Europeo pasa desapercibida para la opinión pública hasta que los medios de comunicación entran en escena cuando el Parlamento nacional adopta la norma accesoria o complementaria.

Sobre la irrenunciable necesidad de forjar y reforzar el vínculo de afecto y pertenencia a través de la comunicación política entre la ciudadanía europea, el pueblo europeo y las instituciones, el Parlamento, el autor reivindica la imprescindible visibilidad del Parlamento en el espacio público europeo aunque reconoce sus limitaciones: ausencia de medios de comunicación europeos y de una opinión pública europea. El Parlamento Europeo no ha encontrado un modelo de comunicación directa con su ciudadanía y eso lo estigmatiza como falto de transparencia y lo aboca a la invisibilidad. Y no porque su funcionamiento no esté falto de atractivo comunicativo como lo evidencian numerosas manifestaciones de intensidad, flexibilidad o imprevisibilidad (cuestiones de urgencia, tarjetas azules, *rapporteurs*, excepciones nacionales, indisciplinas, etc.) que deberían darle más lustre mediático. El Parlamento es el espacio público en el que se escenifica y teatraliza la política con mayúsculas. El Parlamento Europeo dispone de condiciones más que sobradas para superar el atractivo mediático de cualquier otro homólogo nacional (plurilingüismo, plurinacionalidad, pluriterritorialidad, pluripartidismo, etc.) pero, curiosamente, está en clara desventaja en una carrera que no puede perder a riesgo de que la lejanía y el alejamiento entre Parlamento y ciudadanía europeos se cronifique consolidándose una mirada hostil

hacia las élites políticas europeas que erosione su credibilidad, autoridad y legitimidad.

El experimentado europarlamentario López Aguilar se explaya al describir las entrañas de la estructura y del funcionamiento de la Cámara en los capítulos 3, 4 y 6. Con comprensible fascinación se describen las muchas singularidades de este cuerpo legislativo único: la doble/triple sede Bruselas/Luxemburgo/Estrasburgo y la permanente trashumancia entre ellas; la heterogeneidad de reglas electorales que concurren a la misma representación; las dimensiones gigantísticas de una Cámara que cuenta con 24 lenguas oficiales; la relevante posición del europarlamentario individualmente considerado en el funcionamiento y ejercicio de las funciones institucionales atribuidas a la Cámara; la arraigada cultura del compromiso, del acuerdo y de la transacción para construir consensos parlamentarios; la intocable prevalencia de la «burocracia profesionalizada» parlamentaria; la sofisticación del proceso y resultados de los triálogos; los rabiosamente exigentes exámenes sobre la probidad e idoneidad de los aspirantes a integrar el colegio de comisarios que, en ocasiones, a diferencia de lo que ocurre en los Parlamentos nacionales, no llegan a superarlos y requieren recambio sin poner en cuestión al resto de candidatos propuestos por el presidente; el voto nominal y personalizado; un calendario continuo que se extiende a lo largo del año con una intensidad ajena a la de los Parlamentos nacionales; los primeros conatos de censura; la sofisticada articulación de un exigente procedimiento legislativo; la notable relevancia de comisiones parlamentarias que, como la de Peticiones, resultan poco significativas en el esquema parlamentario nacional; la trascendencia de los diálogos hacia dentro y fuera del Parlamento a través de los intergrupos, las conferencias interparlamentarias o las delegaciones que articulan la diplomacia parlamentaria y, al tiempo, constituyen un potente instrumento paralelo en beneficio de la diplomacia europea; los *hearings* en cualquier modalidad imaginable que sirven a la apertura institucionalizada de los electos hacia una legión de *stakeholders* ansiosos de conocer y aportar a la actividad parlamentaria; el lobbismo, reglado e institucionalizado, que ocupa gran parte de la agenda del legislador pero que está envuelto de innumerables garantías para evitar los conflictos de interés; y tantos otros ejemplos de esta maravillosa arquitectura

parlamentaria cuyas entrañas resultan realmente cautivadoras para cualquier demócrata con vocación cosmopolita.

Pudiera pensarse que la fascinación y admiración del autor hacia esta singular institución le ha llevado exclusivamente a exponer con detalle el merecido virtuosismo del funcionamiento del Parlamento Europeo. Sin embargo, tampoco falta la decepción en la pluma del autor cuando identifica aspiraciones frustradas del Parlamento Europeo como la de validar la candidatura a presidente de la Comisión Europea del cabeza de lista de la familia política vencedora en las elecciones o cuando confirma el evidente riesgo de pérdida de poder, capacidad y control de los políticos (europarlamentarios) «de paso» frente a la burocracia profesionalizada «residente y permanente» que dirige y gestiona el Parlamento Europeo o cuando denuncia la devaluada disputa «hispanoespañola» de la Comisión de Peticiones. Seguramente, son muchos más los defectos que acompañan la existencia del Parlamento Europeo. Defectos o virtudes, difícil decir: el multipartidismo creciente; el desmembramiento de las familias políticas tradicionales; la pujanza del antieuropeísmo en el seno de las propias instituciones; la burocracia dominante en los procedimientos parlamentarios; la difícil gestión del plurilingüismo; etc. Pero, sin duda, el ejemplo más escabroso refiere al procedimiento legislativo. La cultura del diálogo para alcanzar consensos constituye nota inescindible del Parlamento Europeo como nos recuerda el autor. Pero lejos de ubicarse en el «haber» hay que situarla, la mayor parte de las veces, en el «debe» cuando alumbrar un texto normativo en Europa (reglamento o directiva) constituye una empresa hercúlea, titánica y casi eterna. Muchas de estas iniciativas legislativas recorren, al menos, dos legislaturas para lograr el éxito. Este es, sin duda, un muy mal ejemplo para la ciudadanía europea que resulta ineludible revertir a términos temporales lógicos y homologados.

El jurista López Aguilar se concede, por último, el capítulo 5 al objeto predilecto de su compromiso político y análisis científico desde hace tres décadas cuando se iniciara en el mismo como asesor ministerial: las políticas públicas relativas a la Justicia y la Seguridad. Si como portavoz parlamentario o ministro las abordó en el ámbito nacional, durante más de una década lo ha hecho desde un escaño en Bruselas/Estrasburgo y gozando de una privilegiada mirada como pre-

sidente de la Comisión LIBE sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia revalorizado tras Lisboa y omnicomprensivo de la agenda departamental más intensa de la Unión Europea: migraciones, asilo, Estado de derecho, democracia, derechos humanos.

El libro evidencia que no existe hoy en Europa voz más autorizada que la del autor para evaluar y pronunciarse sobre el presente y devenir futuro de esta parte esencial de la agenda europea que lejos de abocarnos al ensimismamiento ombliguista constituye auténtico escaparate ante el mundo del ser y esencia europeos. El hombre del derecho que es el profesor López Aguilar evidencia una comodidad intelectual envidiable al gestionar y evaluar como nadie la experiencia europea en el campo de la Justicia y la Seguridad que se ha ido sedimentando a lo largo de las últimas décadas.

El Parlamento Europeo: una experiencia única es, también, un libro único. No es un voluminoso manual descriptivo del derecho parlamentario europeo en el que predomine la puntillosa y detallada transcripción de disposiciones reglamentarias. Tampoco constituye un ensayo prospectivo sobre el origen y evolución de la institución central de la arquitectura institucional europea en el proceso de integración europea. Se trata de un libro que aprovecharán en plenitud los iniciados en el organigrama de los poderes comunitarios pero que, al tiempo, introducirá también al estudioso novel en un conocimiento riguroso tanto del plano teórico como del más práctico. Sin embargo, no debiera el lector incurrir en el error de creer que las dimensiones de este libro lo enfrentan a una lectura ligera ya que tras una presentación muy accesible se oculta una concentración dogmático-conceptual merecedora de una constante y precisa relectura de sus páginas. Estamos ante un libro honesto, crítico y valorativo y, al tiempo (lo que no resulta para nada incompatible), comprometido tanto con el simbolismo como con la funcionalidad de la institución central de una idea avanzada de Europa a la que contribuyen europeístas entusiastas de calibre intelectual superior como el profesor López Aguilar.

El Parlamento Europeo: una experiencia única no defraudará al lector puesto que él mismo vivirá una experiencia singular al adentrarse en los recovecos por los que transcurre la existencia del que a buen seguro es el Parlamento más vivo, intenso y vigoroso de Europa.

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 495-503
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1622

SÁNCHEZ NAVARRO, A. Y FERNÁNDEZ RIVEIRA, R. M. (2021). *REFLEXIONES PARA UNA DEMOCRACIA DE CALIDAD EN UNA ERA TECNOLÓGICA*. PAMPLONA: EDITORIAL ARANZADI CIVITAS

Daniel Simancas Sánchez
Profesor Ayudante
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0001-6136-4906

«Las innovaciones son, a la vez, aleatorias en su aparición y apremiantes en sus implicaciones. Sin motivo y sin piedad, contingentes e inexorables. Invaden las sociedades cortocircuitando los Estados […] La actualidad prueba que a un aumento de las máquinas no corresponde necesariamente una disminución de los prejuicios». Este extracto de la obra *Introducción a la mediología* (2001), de Régis Debray, bien podría servir de introducción a esta obra colectiva. No en vano, Granata-Menghini se expresa en términos similares en el prólogo de la obra con una afirmación lapidaria: los cambios tecnológicos tienen vida propia y, por ello, pueden desarrollar nuevas formas de libertad e interacción, pero también ayudar a sembrar la discordia en la sociedad. El desafío que tenemos por delante es conjugar los avances tecnológicos en pro de la mejora de la calidad democrática. La obra asume con arrojo la misión de sentar las pautas para alcanzar este objetivo.

El libro aparece estructurado en tres partes, cada una de ellas encabezada por una entrevista que prepara al lector acerca de lo que puede encontrarse en los capítulos. La primera parte, que se centra en el ejercicio de los derechos fundamentales vinculados al debate público y en la participación política en una sociedad tecnológica, se inicia con una entrevista a José Luis Piñar Mañas, director de la Agencia Española de Protección de Datos entre 2002 y 2007, en la que se recalca la influencia decisiva que tienen las tecnologías de la

información en la opinión pública y plantea la necesidad de controlar esta tecnología cuando se ponga en riesgo el ejercicio de derechos fundamentales.

Profundizando en esta cuestión, el profesor Bustos Gisbert reflexiona sobre el papel de los medios de comunicación como intermediarios entre el sistema representativo y la ciudadanía. Consciente del papel fundamental que desempeña el derecho a la información como garante de una opinión pública libre, el autor manifiesta su preocupación por la crisis de los dos ejes básicos que guían la actuación de los medios de comunicación (pluralismo y buena fe), así como por la injerencia estatal no solo en los medios públicos, sino también en los privados. Frente a ello, propone una serie de medidas para evitar que se desnaturalice el importante papel del que los medios gozan en una sociedad democrática, medidas tales como la creación de sistemas de autocontrol en los medios privados y el establecimiento de garantías para asegurar la neutralidad en los públicos.

Preocupado también por el avance vertiginoso del populismo y de la posverdad en esta era tecnológica, J.A. Sanz Moreno sostiene una atrevida tesis según la cual el origen de todos los males populistas radicaría en el principio de soberanía nacional, lo que le lleva a rechazar la teoría de que la soberanía reside en el pueblo o en la nación, proponiendo, en su lugar, que esta reside en cada uno de los individuos. Defiende, además, como remedio al populismo, un alejamiento del concepto de poder constituyente, ilimitado y no sujeto a contrapesos.

Al ámbito de los derechos políticos se refiere asimismo José Antonio Rubio Blanco, que plantea la conexión que hoy en día existe entre la capacidad de desenvolverse en el mundo digital y la participación política de los ciudadanos, realidad que se revela aún más nítida tras la pandemia. Partiendo de esta premisa, advierte de los posibles peligros para esta participación provocados, entre otros factores, por la avalancha de noticias falsas que pululan por las redes y las dificultades que tiene una parte de la población para el ejercicio del voto telemático. A propósito de esta tensión entre el ejercicio de la libertad de expresión en redes sociales y la lucha contra las noticias falsas, el profesor Barrat i Esteve centra su capítulo en la red social *Twitter* y en las polémicas funciones que esta se ha arrogado, en virtud

de papel de moderador del debate, en el control de los mensajes de los usuarios, funciones que, en ocasiones, lindan con la censura, como es el caso del borrado de mensajes o del establecimiento de algoritmos para ocultar determinadas opiniones vertidas en ella. Estas funciones son aún más discutibles si tenemos en cuenta que son ejercidas en periodos electorales donde la libre expresión de opiniones adquiere su máxima relevancia.

En línea con los anteriores autores, María Salvador Martínez da cuenta de cómo los partidos políticos han evidenciado nuevamente su capacidad de adaptación a los nuevos tiempos al subirse a la ola de la revolución digital, que se ha traducido en la puesta en marcha de una serie de mecanismos que abren el partido a los simpatizantes al tiempo que impulsan la participación de los afiliados, facilitando en consecuencia la realización de la exigencia constitucional de la democracia interna. No obstante, las nuevas tecnologías también vienen siendo empleadas por los enemigos de la democracia, esto es, por aquellos que pretenden por medio de la violencia sembrar el terror en la ciudadanía y destruir los valores democráticos sobre los que descansa nuestra convivencia. De este asunto se ocupa el profesor Álvarez Rodríguez, que apuesta por combatir con cabeza fría la difusión de mensajes terroristas en redes para evitar que movimientos populistas puedan sacar tajada de la radicalización de los discursos y del miedo de la ciudadanía. Es en esta línea donde parecen encontrarse, por lo demás, las instituciones europeas con la reciente aprobación del Reglamento 2021/784, de 29 de abril, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea.

Las instituciones europeas también han hecho frente al problema de la brecha digital en el ámbito de los derechos políticos. Este asunto es abordado por el profesor Coello de Portugal, quien señala la necesidad para las democracias contemporáneas de adaptarse a la revolución tecnológica sin que ello suponga la exclusión de amplias masas de ciudadanos que carecen de capacitación digital por razones tales como la edad, el género, la condición social o el nivel educativo. La falta de habilidades tecnológicas constituye un óbice para la participación política en los asuntos públicos y, por ende, comporta una amenaza para las democracias europeas.

Como colofón, Piedad García-Escudero aborda la nueva dimensión aplicativa que ha adquirido el artículo 50.2 Ley Orgánica del Régimen Electoral General, que proclama el principio de neutralidad de los poderes públicos, a raíz de la utilización de las nuevas tecnologías por parte de estos. Se analizan, en este sentido, dos casos recientemente resueltos por la Junta Electoral Central, en los que dos miembros del Gobierno resultan sancionados por la utilización de sedes institucionales para realizar declaraciones en medios de comunicación, así como por difundir mensajes propagandísticos desde redes sociales institucionales.

La segunda parte de la obra aborda el tema desde la óptica de las instituciones en un contexto de adaptación forzosa a la realidad pandémica. Comienza con la entrevista a la presidenta del Congreso de los Diputados, Meritxell Batet, en la que se reflexiona sobre la repercusión de esta nueva realidad, impulsada por los cambios tecnológicos y la terrible crisis sanitaria que seguimos padeciendo, en el funcionamiento del Parlamento. La presidenta es tajante en que las funciones del Poder Legislativo son atemporales, es decir, impermeables a los nuevos tiempos. Pero también admite que la democracia representativa no puede hacer oídos sordos ante la intensa tronada que los acompaña. Para que, como augura el proverbio, después de la tempestad llegue la calma, las instituciones no pueden permanecer impasibles, al menos si pretenden salir airosas de aquella, pues, siguiendo la máxima unamuniana, su progreso o, mejor dicho, su permanencia, se encuentra ligado a su renovación.

El avance de las tecnologías y los nuevos modos de comunicación sirven, sostiene la entrevistada, para reforzar la relación de confianza entre representantes y representados, al tiempo que aumentan el control democrático de estos sobre aquellos y plantean nuevas formas de participación ciudadana. Una de estas nuevas formas de participación es la abordada en el capítulo firmado por el profesor Barque. El autor expone que las nuevas tecnologías vienen siendo empleadas por las administraciones públicas francesas para fomentar la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y atajar de esta manera el problema de la desconfianza ciudadana en las instituciones. Esta estrategia, que ha dado lugar al artificioso y eufemístico concepto de la «democracia de proximidad», ha encontrado

proyección en la participación de los ciudadanos en los presupuestos públicos locales. Sin embargo, un grupo de diputados ha propuesto extender esta iniciativa a los presupuestos generales del Estado debido al limitado papel que reserva el texto constitucional francés en materia presupuestaria al Poder Legislativo. El profesor Barque, después de desgranar los principales problemas de esta iniciativa, pronostica una función meramente «cosmética» a los procesos de participación ciudadana a través de medios digitales.

Ni que decir tiene que esta revolución tecnológica que vivimos, aunque puede facilitar el funcionamiento de nuestras instituciones en situaciones de crisis, plantea asimismo una serie de riesgos, entre los que se encuentra, como se apunta en la entrevista, sustituir la dinámica parlamentaria por la de las redes sociales. Esto no solo comporta una subida en los decibelios del debate parlamentario y una polarización de los discursos de los parlamentarios al ritmo del número de *retuits* y *likes* obtenido en las redes sociales, cuanto que dificulta también la misión del parlamentario, que es la de dialogar en la búsqueda de acuerdos que mejoren la vida de los ciudadanos. En paralelo a estos riesgos exógenos, se encuentran los de naturaleza endógena, es decir, los que emanan de la (creemos) bienintencionada implementación de los medios tecnológicos en la actividad parlamentaria. En esta línea, la presidenta manifiesta que estos pueden facilitar el funcionamiento del Parlamento en situaciones de crisis, pero descarta que puedan servir para el debate parlamentario o el trabajo de negociación.

Hasta el advenimiento de la pandemia causada por la COVID-19, nuestros Parlamentos preveían de forma generalizada el ejercicio del voto telemático asíncrono, pero en ningún caso la participación en remoto para el desempeño de funciones parlamentarias como la deliberación y el debate. Es más, la participación parlamentaria telemática había sido rotundamente rechazada hasta en dos ocasiones por el Tribunal Constitucional (TC) a raíz de los intentos del Parlamento catalán por celebrar una investidura a distancia, al entender que atentaba contra la personalidad y la presencialidad que definen al mandato parlamentario. Sin embargo, cuando aún resonaba el eco de estas resoluciones, la crisis sanitaria requirió un esfuerzo ingente de adaptación, acompañado de ciertas dosis de improvisación, a fin de que los parlamentarios continuaran desempeñando sus funcio-

nes. A rebufo de las sentencias del TC, así como tomando buena nota sobre la experiencia del funcionamiento de los parlamentos en estos últimos meses, la profesora Fernández Riveira reflexiona en uno de los capítulos del libro acerca de si el ejercicio presencial y personal del mandato parlamentario resulta compatible con la utilización de medios electrónicos o si el ejercicio en remoto de las funciones parlamentarias contraviene los elementos definitorios del mandato parlamentario.

Aunque la crisis del coronavirus ha amenazado la actividad parlamentaria de todos los países de nuestro entorno, no todos han reaccionado de la misma manera. Para comprobarlo basta con asomarse por los capítulos relativos a experiencias comparadas. Por una parte, la profesora Fasone, que analiza el funcionamiento del Parlamento italiano durante la crisis del coronavirus, critica la falta de coordinación con la que el Poder Legislativo ha actuado para reajustar su actividad durante esta crisis sanitaria. La autora pone de relieve las respuestas asimétricas que se han adoptado en la Cámara de Diputados y el Senado acerca de la utilización de medios tecnológicos para permitir el desempeño de las funciones parlamentarias. Así, la Cámara de Diputados ha autorizado la participación telemática de sus miembros en todas las comisiones, mientras que los senadores han visto restringida esta opción, pudiendo solo participar en remoto para reuniones informales de las comisiones.

Del capítulo de González-Aurioles, que examina la reacción del Parlamento alemán frente a la crisis del coronavirus, pueden extraerse, cuando menos, dos conclusiones. La primera es la particular reacción de las autoridades alemanas para asegurar el buen funcionamiento del Parlamento durante la crisis del coronavirus**.** Estas impulsaron una modificación temporal del reglamento del Bundestag, que sirvió para introducir el voto y la participación electrónica, así como para impulsar la modificación de ciertas prácticas parlamentarias. La segunda es, sin embargo, el viraje de la democracia alemana hacia un sistema presidencialista, viraje que puede apreciarse sin excesiva dificultad en otras democracias europeas.

Esa misma tendencia parece haber experimentado la democracia británica si atendemos a lo manifestado por Montesinos Padilla y Jiménez Alemán. Los autores, que cierran esta segunda parte del libro,

subrayan que la crisis sanitaria ha sido aprovechada por el Gobierno británico para, en sus palabras, acelerar su «huida del Parlamento». El desprecio del Poder Ejecutivo al Parlamento británico no se habría visto enmendado por la aprobación del *Coronavirus Act 2020*, a pesar de que esta norma obligaba al Gobierno a informar regularmente al Parlamento y permitía a los parlamentarios denunciar cualesquiera problemas en su aplicación. Tampoco parece haber ayudado al Parlamento británico en su control al Gobierno la utilización de medios electrónicos, los cuales, si bien han permitido la celebración de sesiones en remoto y votaciones electrónicas, han terminado manifestándose, a juicio de los firmantes, insatisfactorias para realizar un control siquiera similar al que puede realizarse de forma presencial.

La tercera parte del libro, que aparece conformada por siete capítulos con temas aparentemente dispares y tangencialmente conectados entre sí, encierra realmente una idea clara: la necesidad de que existan procesos electorales limpios, inclusivos y abiertos a las nuevas tecnologías. Es precisamente a la realización de esta idea a la que, en opinión del presidente de la Junta Electoral Central, Colmenero Menéndez de Luarca, debe orientarse la actuación de la Junta Electoral Central (JEC) en los próximos años. En la entrevista, el presidente de la JEC invita a examinar las distintas opciones que nos brindan las nuevas tecnologías para facilitar el ejercicio del derecho al voto sin que ello comporte un menoscabo en sus notas características (universal, libre, igual y secreto). Son varios los capítulos que abordan, si bien desde perspectivas distintas, la implementación de las nuevas tecnologías en el proceso electoral.

Por una parte, Pablo Sarrias Bandrés, director de tecnología de Minsait (Indra), analiza la aplicación de la tecnología disponible en cada momento histórico para la celebración de procesos electorales, desde las ánforas de barro que utilizaba la sociedad ateniense para depositar sus votos hasta la votación por internet en países como Francia o Suiza. Este afable recorrido por la historia de la tecnología remarca los requisitos que deben concurrir para que efectivamente este avance tecnológico sea implementado con éxito y permanezca en el tiempo.

No es difícil inferir que uno de estos requisitos consiste en la existencia de un problema que el avance tecnológico pueda resolver

con eficacia. Este problema concurrió en los comicios celebrados en los últimos meses (elecciones gallegas, vascas y catalanas), pues si algo los caracterizaba era su celebración en mitad de una crisis sanitaria en la que se instaba a los ciudadanos a guardar la distancia de seguridad. En su capítulo, el profesor Sánchez Navarro resalta que en un escenario como el referido no se apostase de una vez por todas por el voto electrónico como alternativa a la clásica papeleta. Las elecciones, que acabaron celebrándose meses después por medios tradicionales, registraron, sin embargo, un aumento sin precedentes de solicitudes del voto por correo. El libro dedica precisamente un capítulo, firmado por el profesor Delgado-Iribarren, a las ya referidas elecciones vascas y gallegas, donde se analiza cada una de las fases del proceso electoral, desde su convocatoria hasta el escrutinio de la votación. El autor concluye calificando la celebración de los citados comicios de «razonable éxito» y aportando una serie de propuestas a futuro.

Decía Gregorio Peces-Barba, en su artículo «Reflexiones sobre el Parlamento» (1986), publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, que «el principio de la libertad comporta que en una sociedad democrática la participación de los ciudadanos [debe ir] acompañada de un sistema institucional en el que puedan intervenir libremente». En estas palabras parecen, pues, inspirarse las contribuciones elaboradas por Covadonga Ferrer Martín de Vidales y Adam Krzywoń. Por una parte, la primera aborda la protección de los datos personales relativos a opiniones políticas, y comienza estudiando la normativa referente al tratamiento de estos datos personales y la elaboración de perfiles ideológicos para después reflexionar acerca de si el tratamiento de datos personales por los partidos políticos contribuye realmente a la formación de una opinión pública libre o si, por el contrario, perjudica la formación de esta y vacía de contenido el derecho de sufragio. Por su parte, Krzywov examina la intervención judicial como medida para luchar contra la amenaza de la desinformación durante los procesos electorales. El autor estudia las características que tal intervención debe reunir para que, en su afán de salvaguardar la integridad de los comicios, no termine lesionando los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En línea con la idea que subyace a la tercera parte de la obra, María Garrote y Javier García Roca analizan el papel que viene ejerciendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para garantizar la existencia de un proceso electoral inclusivo que no tolere ningún tipo de discriminación. La profesora María Garrote aborda, por su parte, el derecho al voto de las personas con discapacidad. El capítulo repasa las legislaciones de un buen número de países miembros del Consejo de Europa, así como la jurisprudencia del TEDH con el objetivo de responder a la pregunta de si existe en la actualidad un estándar europeo común que reduzca el margen de apreciación en el reconocimiento del derecho al voto de las personas con discapacidad. Por último, el profesor García Roca expone cómo el TEDH ha ido dictando en los últimos años, debido al auge de movimientos populistas, autoritarios y fundamentalistas en los países integrantes del Consejo de Europa, una serie de resoluciones tendentes a la protección del derecho de sufragio pasivo de los líderes de la oposición. Esta relación de resoluciones permite sostener, a juicio del autor, la construcción de un estatuto convencional de los líderes de la oposición política por parte del TEDH.

A modo de conclusión, no puede negarse que la «sociedad red» en la que vivimos puede aprovecharse para conectar al conjunto de la ciudadanía y hacerla partícipe de los asuntos públicos. Sin embargo, esta red virtual también puede convertirse en una tela de araña que atrape a colectivos vulnerables con la consiguiente degradación de la calidad del debate público. De la lectura de esta obra extraemos las armas suficientes para impedir que esto ocurra. Es por ello por lo que recomendamos encarecidamente su lectura.

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 505-510
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1623

ARANDA ÁLVAREZ, E. (2021). *LOS EFECTOS DE LA CRISIS DEL COVID-19 EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO. UNA OPORTUNIDAD PARA REPENSAR LA RELACIÓN ENTRE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y GASTO PÚBLICO*. MADRID: MARCIAL PONS

Enrique Ortiz Calle
Catedrático de Derecho Financiero
Universidad Carlos III de Madrid
https://orcid.org/0000-0003-0410-6294

Se ha convertido en un lugar común afirmar que la construcción europea avanza a golpe de crisis. Y ciertamente la grave crisis que, en todos los órdenes, ha provocado el COVID-19 se ha erigido en una potente palanca para la modificación, que no dudamos en calificar de sustancial y profunda, de las normas fundamentales de la Constitución económica europea. Por esta razón no puede ser más oportuna la publicación de la monografía del profesor Elviro Aranda Álvarez, en la Editorial Marcial Pons, sobre *Los efectos de la crisis del COVID-19 en el Derecho constitucional económico de la Unión Europea*. No sorprende al lector interesado en esta materia la alta calidad del trabajo, pues el profesor Aranda ya había realizado aportaciones muy valiosas sobre cuestiones directamente relacionadas con el objeto de esta monografía, en particular, con el principio de estabilidad presupuestaria y su incidencia en la tramitación parlamentaria de la ley de presupuestos o en el reconocimiento de los derechos sociales.

Nos encontramos ante un trabajo riguroso que analiza de manera exhaustiva, desde una perspectiva básicamente constitucional, pero sin descuidar en absoluto los aspectos presupuestarios y financieros, las consecuencias sobre la gobernanza económica europea de las últimas medidas adoptadas por las instituciones comunitarias para hacer frente a la crisis del COVID-19 y que desde luego parece

que van mucho más allá de la situación coyuntural provocada por la pandemia. Pues, como certeramente advierte el autor, ha sido muy distinta –casi antagónica, podríamos decir– la forma de abordar las dos últimas crisis económicas, relativamente cercanas en el tiempo, que nos ha tocado vivir: la crisis financiera de 2008-2013 y la del COVID-19 acaecida a partir de 2020, en la que está teniendo lugar una movilización de recursos sin precedentes en el ámbito europeo, habiendo llegado *de facto* a una situación que se asemeja bastante a una mutualización de la deuda. Pensemos que hasta tiempos bien recientes se declaraba anatema por ciertos Estados del norte a cualquiera que se atreviera siquiera a plantear cualquier modalidad de *eurobonos*.

Solo el tiempo dirá si, una vez superados los efectos de la pandemia, se volverá a los principios del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y al rigor financiero temporalmente en suspenso una vez activada la cláusula de salvaguardia que amortigua las exigencias de la estabilidad presupuestaria y el control del déficit y la deuda; o más bien y mucho más probable, como bien apunta el autor del trabajo que reseñamos, la inmensa cuantía de los gastos que se van a acometer, las transformaciones estructurales que pretenden introducirse en las economías nacionales europeas en la línea de la digitalización y la sostenibilidad energético-ambiental y la misma duración de los programas, implican una reacción que alterará de forma sustancial y estable las bases del marco económico-financiero de la Unión y los Estados. Alteración que debería pasar por la estabilización de un sistema de *eurobonos* y la ampliación del sistema de recursos propios; elementos ambos que, en caso de ser desarrollados más allá de la crisis económica y sanitaria en la que todavía estamos inmersos, permitiría hablar por primera vez de la construcción de una Hacienda Pública europea. Ello es así porque se superarían las inevitables contradicciones, que tienen que afrontar los Estados que forman parte del Sistema Monetario Europeo, derivadas de la insólita situación de tener, por un lado, una política monetaria común en manos del Banco Central Europeo junto con normas estrictas de estabilidad presupuestaria y, de otro, una política fiscal y económica apenas coordinada y en manos esencialmente de unos Estados que además, en un contexto de globalización y libertad de circulación de capitales, compiten fiscalmente entre sí por atraer inversiones y empresas.

En cualquier caso, para hacerse una idea de que los cambios a que estamos asistiendo están lejos de ser coyunturales y que inevitablemente alterarán la gobernanza económica europea, bastaría con tener en cuenta, por citar un solo dato suficientemente significativo que, de acuerdo con la nueva Decisión 2020/2053 de recursos propios aprobada el 14 de diciembre de 2020, el aumento «extraordinario» y «temporal» de los límites máximos de los recursos propios para financiar créditos de pago y de compromiso del presupuesto de la Unión, es decir, al objeto de cancelar los créditos contraídos para financiar los Fondos *Next Generation EU*, se puede extender nada menos que hasta el 31 de diciembre de 2058. Tales Fondos van, por tanto, mucho más allá del Marco Financiero Plurianual 2021-2027. De ahí que compartamos la opinión fundamentada del profesor Aranda en el sentido de que las medidas nacionales y supranacionales de carácter excepcional que se han venido adoptando «van a trascender la emergencia causada por la pandemia y van a influir en la gobernanza económica europea» (p. 79).

En este contexto el profesor E. Aranda no aprecia contradicción a nivel europeo, ni tampoco desde luego en el plano constitucional español, entre el control del déficit y un gasto público en condiciones de cubrir las necesidades de un Estado social que produce una asignación equitativa de los recursos públicos de acuerdo con los criterios de eficiencia y economía (artículo 31.2 de la Constitución). Porque, como bien apunta el autor, «ver el gasto público y el control presupuestario como técnicas de política económica contrapuesta sería confundir los medios con los fines y olvidarse de que, tanto uno como el otro, han de tener como objetivo la consecución de una economía saneada capaz de aportar al sistema, mediante los principios de equidad, eficiencia y economía, los recursos necesarios para una vida con dignidad de las personas» (p. 23).

En este sentido, resulta especialmente interesante el análisis que despliega el autor sobre la situación generada por el principio de estabilidad presupuestaria y el problema de su integración en un sistema económico que requiere de gasto público (p. 69 y siguientes). Sin duda nos encontramos ante una de las carencias más graves de la configuración jurídica al máximo nivel normativo de la gobernanza económica europea. Con la aprobación de la Unión Económica y Monetaria en el Tratado de Maastricht era fácil prever que el derecho económico europeo estaría fuertemente condicionado por las políticas

monetarias. El pecado de origen, del que la Unión Europea sigue sin haberse redimido, seguramente radicó –como muy bien subraya el profesor Aranda– en que nunca se llevaron a la práctica las conclusiones del *Informe Delors*, previo a aquel tratado, en el que se recomendaba que la unión económica y fiscal y la unión monetaria debían desarrollarse de forma conjunta y paralela, con el objetivo último de que la Unión fuera más allá de integración económica y tuviera un perfil social claro en coherencia con la tradición del «modelo social europeo».

El resultado final ha sido que se ha creado un «modelo híbrido de gobernanza» (Ruiz Almendral) donde la política económica y la monetaria se hallan totalmente escindidas y atribuidas a niveles de gobierno distintos, así como a una institución independiente como es el Banco Central Europeo. Un modelo en el que predominan las políticas monetarias verticales y europeas (en orden a controlar la estabilidad de precios o los tipos de interés) sobre las de carácter fiscal y social transversales y de carácter nacional. En este sentido, la última regulación económica con un claro perfil monetarista fue el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (*Fiscal Compact*) que contribuyó a consolidar una Constitución económica europea sesgada hacia el objetivo casi único de que los Estados controlen la deuda y eviten un déficit público excesivo (García Roca y Martínez Lago). La reforma del artículo 135 de la Constitución y la Ley Orgánica 2/2012 de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera siguen lamentablemente esta misma senda.

En este sentido, es importante destacar la tesis del profesor Aranda favorable a que la tensión que seguramente se produce entre la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria y los límites al endeudamiento público y la protección efectiva de los derechos económicos y sociales se resuelva de acuerdo con criterios de ponderación de intereses, porque es lo que resulta más conforme con el Estado social y democrático de derecho. De ahí que, como advierte el autor, «urge una reconstrucción del concepto de Constitución económica en el que, además de todo el Derecho comunitario de esta época y las previsiones constitucionales de los Estados, incorporemos las experiencias que nos está mostrando la crisis del Covid-19 y la necesidad de poner en marcha políticas de gasto público a partir de la capacidad de endeudamiento y fortalecimiento fiscal de la UE» (p. 74). Pero más allá de las interpretaciones que se consideren más ajustadas a la letra y el espíritu de nuestra

norma fundamental, el autor pone al descubierto brillantemente, en definitiva, las contradicciones inherentes a unas normas de estabilidad presupuestaria muy rigurosas que, en ausencia de una política fiscal común, solo pueden dar como resultado una competitividad fiscal hacia la baja (*race to the bottom*) entre los Estados en la captación de capitales y empresas y al «estrangulamiento fiscal de los Estados», lo que arriesga la sostenibilidad del Estado de bienestar y la propia supervivencia del modelo social europeo.

A la ausencia de una política fiscal común habría que añadir como carencia adicional de la Constitución económica europea la escasa entidad económica del presupuesto de la Unión Europea, lo que ha venido impidiendo que se acometan desde el ámbito comunitario políticas ambiciosas de gasto público con capacidad real de transformación en cualquier ámbito social o económico, con la excepción quizás de la política agraria común. Pensemos que las administraciones locales de los Estados miembros tienen por sí solas un presupuesto diez veces superior al comunitario y que este ha representado hasta ahora apenas un 1% del Producto Interior Bruto Europeo. La crisis del COVID-19 parece haber dado un giro a esta situación, ya que la financiación de los programas vinculados al «Plan de Recuperación» han exigido, como hemos dicho, la aprobación de una nueva decisión de recursos propios. En la monografía que comentamos se contiene un penetrante análisis de la adquisición de los recursos necesarios para hacer efectivos los gastos consignados en el Plan de Recuperación (p. 136 y ss.). El profesor Aranda explica con gran claridad la «ingeniería financiera y contable» contenida en la nueva decisión de recursos propios en la que se ha autorizado a la Comisión para contraer los empréstitos necesarios que financien los 750.000 millones de euros destinados a los programas de inversión integrados en aquel plan. Resulta evidente que los recursos propios eran claramente insuficientes por sí solos para afrontar la ingente inversión pública que supere los efectos de la pandemia y transforme la economía europea. Como bien advierte el autor, es urgente la reforma del sistema de recursos propios a fin de garantizar una mayor autonomía financiera de las instituciones de la Unión Europea mediante un sistema de ingresos vinculados a políticas de valor añadido de la Unión Europea, además

de conseguir que los recursos vinculados a la Renta Nacional Bruta no superen el 40 por 100 de los recursos presupuestarios de la Unión.

Porque la nueva decisión solo ha introducido un nuevo recurso propio consistente en una contribución nacional calculada en función de los envases de plástico no reciclados. De ahí que consideremos clave que se cumpla el Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, de 16 de diciembre de 2020, en la que se contiene una hoja de ruta para la introducción de nuevos recursos propios, en particular: un mecanismo de ajustes en frontera de las emisiones de carbono, la tasa digital, un recurso basado en el régimen de comercio de derechos de emisión, un impuesto sobre transacciones financieras y una nueva base imponible común consolidada del Impuesto sobre Sociedades.

En otro orden de consideraciones, demos rápidamente cuenta de las interesantes reflexiones que despliega el autor acerca de la política monetaria adoptada durante los primeros meses de crisis por la Unión Europea, a través de los programas de compra del Banco Central Europeo para hacer frente a las necesidades de financiación derivadas de los efectos de la crisis del COVID-19, con referencia a los conflictos habidos entre el Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (p. 143 y ss.) y que desarrollan profusamente la polémica cuestión de la *identidad constitucional* alemana. Unos conflictos que, como es sabido, vienen de lejos (casos *Maastricht* y *Lisboa*), que han tenido su última expresión en la controvertida Sentencia de 5 de mayo de 2020 del Tribunal de Karlsruhe y que todavía no se pueden dar por cerrados.

Para concluir esta reseña, digamos que aquí solo hemos apuntado algunas de las muchas cuestiones que se abordan en una monografía que examina con gran rigor las transformaciones que están alterando las bases jurídicas de la gobernanza económica europea *a raíz de la crisis del* COVID-19, apuntando soluciones innovadoras y fundamentadas sobre problemas que ocuparán y preocuparán a buen seguro a los agentes políticos y a los estudiosos durante los próximos años, porque afectan directamente al futuro de la construcción europea en un momento histórico decisivo. Por todo ello, hay motivos más que suficientes para recomendar la atenta lectura de una obra que no dudamos en calificar de sobresaliente y que se constituirá con toda seguridad en referencia obligada de futuras investigaciones.

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 511-517
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1624

ARÉVALO GUTIÉRREZ, A. (DIR.) Y MARAÑÓN GÓMEZ, R. (COORD.). (2021). *EL PARLAMENTO EN LOS TIEMPOS DE LA PANDEMIA*. MADRID: DYKINSON

Olga Herráiz Serrano
Profesora Asociada
Doctora en Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza
Letrada de las Cortes de Aragón
https://orcid.org/0000-0001-8022-8045

El volumen colectivo del que damos cuenta se une a una serie de estudios que ya han visto la luz en el año y medio que llevamos sufriendo la pandemia del COVID-19 para analizar el impacto que la misma ha tenido sobre la actividad y funciones de los distintos Parlamentos españoles. En concreto, los autores de esta monografía prestan sus servicios en la Asamblea de Madrid y se centran, principal, pero no exclusivamente, en la afección que la gestión de la crisis sanitaria ha tenido sobre el funcionamiento de esta Cámara. No obstante, en función del tema de estudio de cada uno, han abordado inevitablemente lo acordado o sucedido en el resto de Parlamentos, en lo que constituye una pormenorizada cronología de acontecimientos, tanto más valorable cuanto más tiempo pase como testimonio de lo que hubo que hacer, improvisar o probar para ir resolviendo las dificultades en tiempo real.

Componen el volumen diez trabajos a los que nos referiremos en orden dispar a aquel con el que aparecen en el índice. Así, identificamos, en primer lugar, dos estudios generales, o lo que es lo mismo, sobre el impacto global en el desarrollo de la actividad parlamentaria de la Asamblea de Madrid, a cargo de Raquel Marañón Gómez, secretaria general y Ana del Pino Carazo, letrada. Realizan ambas un relato exhaustivo, con referencias al contexto autonómico comparado, desde la decisión inicial de suspensión de la actividad de las Cámaras en la confianza de que la situación podría superarse

en breve período de tiempo hasta la reanudación progresiva con limitaciones de las sesiones del pleno y comisiones, limitaciones que fueron muy diversas y que cambiaron con el tiempo, como describen pormenorizadamente a partir de los distintos acuerdos de la Mesa de la Asamblea que las iban articulando.

Por su parte, encontramos tres trabajos referidos a la afección del COVID-19 en funciones concretas del Parlamento. Se centra en la función legislativa, que necesariamente ha de ir referida a la de las Cortes Generales, aunque sea para constatar que el grueso ha consistido en la convalidación de reales decretos-leyes, Alfonso Arévalo Gutiérrez (letrado-director de Gestión Parlamentaria de la Asamblea de Madrid). Se ocupa de la función de control a través del análisis de la actividad de las comisiones de investigación que han desarrollado su trabajo en la Asamblea de Madrid durante la pandemia el letrado Antonio Lucio Gil. Respecto de la función de información, aunque otros seguirían subsumiéndola en la de control, Tatiana Recoder Vallina, también letrada de la Asamblea, analiza la labor de las comisiones especiales de estudio constituidas en los diferentes Parlamentos españoles para abordar la reconstrucción de sus respectivos territorios, ya con carácter general, ya en la perspectiva sociosanitaria.

Tras esos cinco estudios, el lector puede encontrar asimismo dos precisos análisis complementarios sobre la aplicación instrumental de herramientas informáticas para recuperar el ejercicio de las funciones parlamentarias. El primero, que aborda el despliegue tecnológico que ha hecho posible la celebración de sesiones y el funcionamiento de las cámaras legislativas en un contexto sanitario marcado por el confinamiento domiciliario, primero, y el distanciamiento social, después, ha corrido a cargo de Almudena Marazuela Bermejo, letrada-directora de Informática, Tecnología y Transparencia de la Asamblea de Madrid. Habida cuenta de esa extensión tecnológica, reflexiona sobre la importancia que ha cobrado la protección de datos la letrada-delegada de Protección de Datos de la Asamblea, Esther de Alba Bastarrechea.

Cierran la relación de trabajos que componen esta obra colectiva dos dedicados a la relación del Parlamento con terceros durante la pandemia y otro que realiza una visión *ad intra* de la Administración

parlamentaria. Por lo que respecta a los dos primeros, la letrada Blanca Cid Villagrasa efectúa un interesantísimo análisis de la litigiosidad que, ya en sede contenciosa ordinaria, ya en sede constitucional, se ha originado por las medidas adoptadas con la declaración del estado de alarma o por las decisiones tomadas por las mesas de los distintos Parlamentos españoles. En segundo lugar, la letrada-directora de Gestión Administrativa de la Asamblea de Madrid, Mónica Martín de Hijas, se refiere a la contratación de las cámaras legislativas en tiempos de COVID. Finalmente, se centra en la aplicación del régimen del teletrabajo en el seno de las Administraciones parlamentarias y en su regulación el letrado-jefe de la Asesoría Jurídica de la Asamblea de Madrid, Roberto González de Zárate.

Además del valor que, como se ha anticipado, encierra la obra que recensionamos por enumerar y recapitular cuáles fueron las medidas adoptadas en cada momento y el por qué de cada decisión en función de las circunstancias concurrentes, el libro tiene otra virtud que el lector apreciará de inmediato. Los autores, aunque protagonistas directos y, a veces, participantes de las decisiones que hubo que tomar, no han perdido la objetividad y el espíritu crítico necesario al hacer balance en semejante coyuntura. No todo lo que se hizo se hizo bien aunque en la mayoría de los casos era lo que podía hacerse en cada momento, pero, pasado un tiempo desde la toma de aquellas decisiones, es bueno realizar una crítica constructiva y aprender de la gestión de lo que llevamos de pandemia por lo que pueda venir.

Por ejemplo, aunque estemos casi acostumbrados al abuso que los distintos gobiernos centrales realizan de la figura del real decreto-ley, no puede dejar de denunciarse, como hace Arévalo Gutiérrez, la hibernación en que se ha dejado la función legislativa del Parlamento y que el uso del decreto-ley no haya respondido en absoluto a la proporcionalidad con la que lo contempló el constituyente, sin que pueda servir de excusa para todo la declaración del estado de alarma. Los datos del año 2020 son tozudos: dos decretos-leyes aprobados antes y veintisiete decretos-leyes posteriores a dicha declaración frentes a las ocho leyes (una orgánica y siete ordinarias) que fueron aprobadas por las Cortes Generales.

Por su parte, como hiciera en su día Piedad García-Escudero (en su trabajo «Actividad y funcionamiento de las Cortes Generales

durante el estado de alarma por COVID-19», en *El Parlamento ante la COVID-19*), los trabajos de Marañón Gómez y del Pino Carazo invitan a reflexionar sobre los límites de la maleabilidad de los reglamentos parlamentarios para tratar de amparar tantas y tales medidas como las que han tenido que adoptarse en una situación tan imprevisible y compleja. En definitiva, sabemos que se hizo lo que se pudo y, en muchos casos, avalado por la sacrosanta unanimidad, pero no necesariamente todas las decisiones adoptadas en pandemia por las mesas de nuestros Parlamentos pasarían los filtros de nuestro Estado de Derecho. Es el caso de la limitación inicial del ejercicio de la función de control sobre materias distintas de la pandemia, o la restricción del control a un determinado tipo de iniciativas, o la manera de articular el voto de los diputados en algunas asambleas. Marañón Gómez (p. 59) explica (que no justifica) que la variedad de respuestas dadas desde los distintos Parlamentos obedece a las posibilidades tanto presupuestarias como tecnológicas de cada uno, así como al nivel de aceptación política de las posibles alternativas, señalando que, en cada caso, se acordó lo que los actores de cada Parlamento consideraron, en unas circunstancias excepcionales, que parecía tener garantías suficientes. Está claro que la línea de lo admisible en tiempos de COVID se ha ensanchado, pero del Pino Carazo concluye que, de tener que llegar a enfrentarse al juicio de proporcionalidad que es el criterio que aplica nuestro Tribunal Constitucional, algunas de las limitaciones impuestas tal vez no lo superaran (pp. 150 y 151).

Es cierto que, en otras funciones, como en la de control que un Parlamento ejerce a través de la creación de comisiones de investigación (Lucio Gil refiere su estudio a las dos que han estado activas en la Asamblea de Madrid durante la pandemia), las asambleas autonómicas encuentran más limitaciones estructurales (para la averiguación del domicilio de algunos comparecientes o, por interpretaciones jurídicas absolutamente discutibles del Consejo de Estado, para hacer comparecer a autoridades de la Administración estatal o para obtener información de ellas) que las que han tenido a consecuencia de la coyuntura de una pandemia, pero esto es una *rara avis*.

Con carácter general, todos los autores de este monográfico hacen una valoración general positiva de la capacidad de adaptación a la situación imprevisible de crisis sanitaria sin precedentes que han

tenido todos los Parlamentos españoles. Recoder Vallina, sin ir más lejos, pondera la rapidez con que la institución parlamentaria acordó escuchar a la sociedad civil (en el seno de comisiones especiales de estudio) para valorar la gestión de la pandemia y adoptar decisiones de cara al futuro (p. 224). También es verdad que se ha aprendido y practicado una tal variedad de soluciones en todas nuestras asambleas como para impedir que, si se volviera a los momentos más críticos, tuvieran que adoptarse algunas de las restricciones del comienzo de la crisis, como la suspensión completa de la actividad parlamentaria.

De hecho, Cid Villagrasa (p. 155) considera que dicha suspensión no fue entendida por todos los ciudadanos que veían que, mientras sus representantes suspendían en buena medida sus funciones, otras personas tenían que seguir prestando servicios esenciales, expuestas al virus. Pronto aprendimos, por tanto, que, aunque sacrificando la presencialidad ínsita con carácter general a un Parlamento, su actividad debía reanudarse cuanto antes, gracias a todas las posibilidades que brindaban las nuevas tecnologías. Relata la evolución en el empleo de estas (sobre todo de las herramientas de videoconferencia) Marazuela Bermejo, pero, igualmente llevada de un espíritu crítico absolutamente necesario para aprender de la gestión de la pandemia, enumera las deficiencias técnicas que han demostrado, para justificar los esfuerzos que están llevando a cabo actualmente en la Asamblea de Madrid para conseguir una solución técnica de voto remoto simultáneo, a medida de la institución.

Todavía en el ámbito de las nuevas tecnologías, de Alba Bastarrechea realiza una interesante reflexión acerca de la necesidad de ampliar el dilema de seguridad frente a libertad a que parecemos circunscribir el tratamiento jurídico de la pandemia, ampliándolo también al derecho a la intimidad en el que se inscribiría el de protección de datos personales. Valorando muy positivamente que no haya habido que reformar el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea para tratar datos de categoría especial como los de salud sin necesidad de consentimiento de los interesados al concurrir una situación en que había que preservar la vida de las personas, la mencionada autora critica, sin embargo, la falta de un protocolo unificado en toda Europa para la recogida y el tratamiento de los datos de contagiados y fallecidos, o se hace eco de polémicas como la de la

exclusión de determinados pacientes de ciertos tratamientos (habida cuenta su escasez) y la falta de regulación para que, en su caso, la limitación solo pueda realizarse con base en datos clínicos y no, por ejemplo, en la edad.

Está claro que algunas de las polémicas que abordan los autores de la monografía van a tener una respuesta judicial. De hecho, aunque posterior al trabajo de Cid Villagrasa, hemos conocido este verano la STC 148/2021, de 14 de julio, que estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad frente a la declaración misma del estado de alarma. Pero, como la autora relata, aún quedan otros recursos importantes por resolverse, entre los que cabe destacar el de amparo interpuesto por el Grupo Parlamentario VOX contra el acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados que suspendió. durante un tiempo. el cómputo de los plazos reglamentarios de las iniciativas en tramitación, muy similar al que adoptaron muchos Parlamentos autonómicos; o los recursos de inconstitucionalidad contra los decretos-leyes aprobados por la Diputación Permanente del Parlamento de Andalucía por entender que este órgano se puso en funcionamiento sin cobertura reglamentaria al estar la Cámara en período ordinario de sesiones.

Por último, destacaremos otro valor que tienen los estudios incluidos en el volumen colectivo del que damos cuenta al ser análisis de aplicación no solo de acuerdos o decisiones transitorias que hubo que instrumentar para hacer posible el desenvolvimiento de la actividad bajo premisas poco habituales, sino también de otras medidas que han venido para quedarse. Es el caso de algunas de las adoptadas en materia de contratación administrativa a las que se refiere Martín de Hijas, o de la prestación de servicios en régimen de teletrabajo, cuyas primeras regulaciones con carácter general o en el seno de los Parlamentos analiza González de Zárate. La necesidad que han tenido las Cámaras de acudir a aquel para garantizar el normal funcionamiento de la institución, pero sin comprometer la salud de las personas, ha puesto sobre la mesa las ventajas y también las deficiencias de regulación de esta modalidad de prestación de servicios a distancia. La autonomía parlamentaria y la negociación colectiva van a jugar un papel fundamental a la hora de adaptar su régimen jurídico a las

características y necesidades de cada Parlamento, pero está claro que la pandemia ha precipitado el debate y la reflexión al respecto.

En definitiva, la monografía que dirige Arévalo Gutiérrez profundiza en algunas de las manifestaciones (limitaciones de las funciones legislativa y de control, por ejemplo) de la eterna crisis de los Parlamentos que el COVID-19 no ha hecho sino agudizar. Sin embargo, los autores insisten en las luces que también siempre han brillado a favor de estas instituciones: capacidad de adaptación a las circunstancias; renovación tecnológica; herramientas de participación ciudadana y las infinitas posibilidades que ofrece la autonomía parlamentaria bien entendida. En la renovación de los Parlamentos, será posible llegar tan lejos como quiera la voluntad política habiéndose demostrado hasta la fecha que las mayorías de gobierno no sienten la necesidad de convertirlos en centro de la vida política. En algunas asambleas, el impacto que sobre la gobernabilidad ha ocasionado la irrupción de nuevos partidos ha jugado a favor del protagonismo del Parlamento para fraguar acuerdos mientras que, en otros, solo ha servido para conformar ejecutivos de coalición con más fuerzas políticas. Si la pandemia ha supuesto el reto de mantener el Parlamento abierto en su sentido más literal, sigue pendiente el de hacer de este una institución completamente abierta en su acepción simbólica, como un derecho de los ciudadanos.

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 519-526
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1625

COELLO DE PORTUGAL, J. M. (2020). *LA JEFATURA DEL ESTADO*. NAVARRA: THOMSON REUTERS ARANZADI

Clara Souto Galván
Profesora Contratada
Doctora en Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos
https://orcid.org/0000-0002-9228-5714

El autor de esta obra, José María Coello, actualmente es profesor contratado doctor de Derecho constitucional de la Universidad Complutense de Madrid y vicedecano de Relaciones Internacionales e Institucionales. Ha sido miembro de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa del Ministerio de Justicia donde ha realizado numerosos informes y dictámenes sobre asuntos nacionales e internacionales afectantes al ejercicio de la libertad religiosa, así como a los intereses de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A lo largo de su recorrido académico, ha centrado su investigación, entre otros, en temas como el derecho parlamentario y derecho electoral y nuevas tecnologías, el derecho de la Unión Europea, el derecho militar, patrimonio cultural, la historia constitucional y la jefatura del Estado. Esta última investigación ha dado como resultado este notorio libro, fruto de su tesis doctoral, en el que nos ofrece un interesante análisis sobre la institución jurídica de la jefatura del Estado, desde su aparición en el Estado liberal hasta la actualidad. Realiza un estudio histórico-jurídico de esta Institución durante el Estado democrático, destacando las diferentes opiniones que se han generado entra las doctrinas del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público.

La obra está estructurada en dos partes, una primera que trata sobre la configuración constitucional de la jefatura del Estado, y una segunda que versa sobre la inadvertida confusión entre las doctrinas

jurídicas propias del derecho constitucional y del derecho internacional en relación con la jefatura del Estado.

La primera parte de esta investigación se divide a su vez en nueve capítulos, en los que el autor nos revela el nacimiento de una nueva institución de derecho constitucional, así como su desarrollo histórico, expone los elementos esenciales de esta institución, los caracteres, las clases y las funciones de la jefatura del Estado, centrándose en los tres últimos capítulos en el acceso, ejercicio y cese del jefe del Estado, la dotación presupuestaria, residencial y administrativa, terminando con la protección de esta institución jurídica, tanto del órgano como de su titular.

La segunda parte de este libro se divide en tres capítulos, primero se centra en las doctrinas jurídicas del derecho constitucional y derecho internacional, haciendo hincapié en la imprecisión en el uso del lenguaje jurídico del derecho público, para después exponer los factores de confusión entre las doctrinas del derecho constitucional y del derecho internacional y, en el último capítulo, destaca el necesario deslinde entre ambas doctrinas, enfocadas en el reconocimiento exterior de jefes del Estado.

José María Coello realiza un detallado recorrido histórico de la configuración de la jefatura del Estado como institución jurídica de derecho constitucional, en la primera parte de su obra. En el primer capítulo nos ilustra con los estudios doctrinales que se han realizado sobre la jefatura del Estado, y es que son pocos, los autores que se han centrado en el concepto de esta institución desde su creación, en comparación con otras instituciones constitucionales.

Este escaso estudio ha provocado que no exista un concepto jurídico que lo defina, «sino solo una intuición acerca de sus rasgos externos», como nos explica el autor, lo que le lleva a plantearse «la verdadera esencia histórica, política y jurídica», para lo que se centra en la naturaleza jurídica de la jefatura del Estado, en las causas que originaron su aparición, en el desarrollo de sus formas históricas, además de adentrarse en los elementos esenciales en los caracteres orgánicos, en sus formas y funciones actuales y cómo son desempeñadas, a día de hoy, además de detallar la dotación y protección de esta institución.

El autor narra el nacimiento de la jefatura del Estado, centrándose en su creador Wilhelm Eduard Albrecht, –además de otros muchos «jurisconsultos»–, que formaban parte de una heterodoxa escuela de juristas que querían dar respuesta a los problemas políticos que surgían en el período del Estado liberal, preocupados por asentar una nueva organización jurídica del Estado burgués que terminaba con siglos del tradicionalismo monárquico, aplicando las doctrinas de la personalidad jurídica del derecho privado al Estado, surgiendo así una doble representación de la personalidad del Estado, por un lado la representación política –que corresponde al Parlamento– y por otro, la representación jurídica que asumiría, desde ese momento, el jefe del Estado.

En el devenir de esta obra, Coello expondrá nítidamente la aparición de las doctrinas que darán lugar a nuevos conceptos jurídicos que supondrán la configuración de esta institución. Así, nos expone las diferentes doctrinas (Grocio, doctrinas canónicas) sobre la personalidad jurídica, destacando a Savigny, quien propuso el nuevo concepto de persona jurídica, como «un nuevo vínculo real, en definitiva, pero de esencia y existencia no moral sino meramente jurídica», como matiza el autor, quien explica el nacimiento de la jefatura del Estado a través de Albrecht, que basó su planteamiento en la técnica de personalidad de Savigny, además de ser el primero en señalar que «el nuevo Estado necesitaba de un órgano que lo representara jurídicamente destacando la necesidad de contar con un jefe de Estado representativo del conjunto de sus poderes constitucionales».

De esta manera, José María Coello dedica un interesante apartado a explicar cómo Albrecht escogió el nombre de jefe del Estado para esta nueva institución constitucional, denominación que, a día de hoy, se sigue manteniendo, aunque ha desarrollado un amplio abanico de formas: monarquía constitucional, monarquía parlamentaria, presidencialismo constitucional, republicanismo parlamentario, entre otros. Y continúa exponiendo los motivos, por los que considera la ausencia de la institución del derecho internacional público, de manera breve, porque lo desarrolla de forma más detallada en la última parte del trabajo. De esta manera, termina este primer capítulo presentando la definición de jefatura del Estado constitucional, explicando que «las definiciones en torno a la jefatura del Estado han solido estar

dotadas de un cierto carácter aproximativo o meramente intuitivo de esta institución, sin entrar en sus rasgos esenciales y caracterizadores» para lo que se adentra en los siguientes capítulos a explorar más detenidamente los rasgos caracterizadores de esta institución.

Coello, continúa en el segundo capítulo, realizando el desarrollo histórico de la jefatura del Estado como institución de derecho constitucional, partiendo de la inauguración de la monarquía constitucional, reconociendo que la jefatura del Estado es «deudora intelectual del viejo concepto de monarquía» y que, durante el siglo XIX, se produce una simbiosis entre ambas instituciones monarquía y jefatura del Estado, aunque prevalece esta última como mejor solución política para el desarrollo de las funciones en el nuevo Estado liberal. Así, expondrá las diferentes formas de jefatura del Estado, desde la aparición del presidencialismo, pasando por el nacimiento de la monarquía parlamentaria, por la creación de la presidencia parlamentaria y, por último, haciendo una breve mención al surgimiento del semipresidencialismo.

El capítulo tercero lo dedica a analizar los elementos esenciales de la jefatura del Estado. Por un lado, lo destaca como uno de los principales rasgos la legitimidad democrática. Considera que el concepto de legitimidad democrática «se encuentra ínsito en la idea misma de jefatura del Estado constitucional desde la creación misma del concepto de esta institución», para lo que es necesario la designación constitucional, que debe tener su respaldo en la «Constitución política democráticamente aprobada». Además, continúa matizando que una segunda forma de legitimar la jefatura del Estado es la designación electoral, a través de la celebración periódica, directa o indirecta del jefe del Estado. El segundo elemento esencial de la Jefatura del Estado, la racionalidad jurídica, el autor señala que «la racionalidad jurídica hace que el conjunto de las funciones de la Jefatura del Estado y aún su existencia misma tengan origen y asiento en la Constitución como norma que constituye la expresión jurídica de la racionalidad política».

Y continúa realizando un análisis muy detallado sobre el concepto de racionalidad jurídica, destacando la necesidad de su inclusión en la Constitución como elemento esencial de la jefatura del Estado. También hace mención a aquellas doctrinas científicas

que defienden la irracionalidad de la jefatura del Estado, haciendo mención, a autores como Otto Kimminich, quien analiza la tesis de la jefatura del Estado como «guardián de la Constitución», en el ámbito español hace referencia a las tesis introducidas por Pérez Royo, reflejadas en uno de sus estudios sobre la «Jefatura del Estado y Democracia parlamentaria» en la que reflexiona sobre la obra de Montesquieu y el dogma de la separación de poderes, quien ponía «el acento en lo que diferencia a las instituciones de la monarquía absoluta de las del Estado propiamente dichas»[1]. Para concluir este capítulo, Coello expone las clases de racionalización constitucional de la jefatura del Estado.

El autor, en el capítulo cuarto aborda la cuestión acerca de los caracteres de la jefatura del Estado en cuanto institución jurídica de Derecho constitucional, su existencia orgánica, necesaria, permanente y genérica, que permite al lector conocer la naturaleza jurídica de esta institución, no solo a través del estudio de la doctrina de Derecho constitucional, sino también haciendo hincapié en el Derecho Internacional Público, pues como señala Coello es en «este deslinde conceptual y funcional donde encuentra gran parte de su sentido esta breve obra».

En los siguientes capítulos, el autor desarrolla con detalle las clases de jefaturas del Estado, las funciones, el acceso, ejercicio y cese del jefe del Estado, dedica un capítulo a la dotación de la jefatura del Estado, tanto desde el punto de vista de la dotación presupuestaria, residencial y administrativa. Para finalizar esta primera parte de la obra, analiza la protección de la jefatura del Estado, no solo del órgano, sino también de su titular. Desde el punto de vista constitucional, existen Constituciones que contienen diferentes tipos de reforma constitucional. En España el sistema de protección de la Corona deriva del procedimiento de reforma agravado, lo que le permite cierta «estabilidad formal». Las Constituciones, por lo general, «otorgan el máximo nivel de rigidez normativa a la regulación de la jefatura del Estado prevista en ellas». Coello, además de analizar la protección orgánica de esta institución, estudia la protección del titular que ocupa el cargo, además de mencionar el aforamiento procesal, que en

[1] Pérez Royo, J., Jefatura del Estado y Democracia parlamentaria, Revistas de Estudios Políticos (Nueva Época), nº39. Mayo-Junio, 1984, p.2.

palabras del autor «no constituye un privilegio a favor del titular de la Jefatura del Estado mientras ocupa el cargo, sino un mecanismo de protección de la magistratura que ocupa y del sistema en su conjunto».

La segunda parte de la obra, como hemos visto al comienzo de esta recensión, la titula *La inadvertida confusión entre las doctrinas jurídicas propias del derecho constitucional y del derecho internacional en relación con la jefatura del Estado.* El autor realiza un interesante estudio acerca de la importancia de la función del lenguaje en la relación entre los seres humanos, «como instrumento de comunicación por los miembros de esa comunidad». Menciona los diferentes códigos de cada ciencia, para resaltar la importancia del buen conocimiento de cada uno de ellos para una correcta comunicación, haciendo especial referencia al lenguaje de las ciencias jurídicas, destacando que «el objeto científico de las ciencias jurídicas se centra en la protección de la dignidad y en la ordenación de las conductas humanas para facilitar la vida en sociedad» y que al tratarse de un lenguaje esencialmente prescriptivo «la precisión en el concepto del objeto de definición o tipificación es la primera exigencia de la juridicidad». La falta de precisión conceptual imposibilita el conocimiento científico del Derecho, por lo que la claridad se constituye como requisito imprescindible para asegurar la precisión y el rigor en el uso del lenguaje jurídico.

Coello de Portugal sostiene la importancia del rigor conceptual y que este rigor se aplique a la hora de delimitar las instituciones y sus funciones, y que «atribuyan a éstas los efectos jurídicos que les son propios con absoluto rigor y precisión».

Un informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje jurídico del Ministerio de Justicia de España de 2011 ya señalaba que «un mal uso del lenguaje jurídico por parte de las instituciones y los profesionales genera inseguridad jurídica e incide negativamente en la solución de conflictos sociales». En 2021 se realiza un protocolo general de colaboración para el fomento de un lenguaje jurídico moderno y accesible para la ciudadanía, en el que se deja constancia del derecho a comprender el ordenamiento jurídico y los textos jurídicos de diversa índole para un correcto funcionamiento tanto del Estado de derecho como de la Administración de Justicia.

Y es que la imprecisión en la utilización del lenguaje técnico se ha impuesto, como destaca el autor, de una manera muy relevante en relación con la jefatura del Estado, por lo que en el penúltimo capítulo describe los factores de confusión entre las doctrinas del derecho constitucional y del derecho internacional en relación con la jefatura del Estado. Coello de Portugal destaca, entre los conceptos clásicos, los poderes del monarca, de Juan Bodino, en sus seis libros de la república. Los poderes del Estado del Barón de Montesquieu, en su obra el Espíritu de las Leyes; y así va haciendo mención a los términos jurídicos que se han ido acuñando a lo largo de la historia y cómo todos estos términos se han ido asumiendo por parte de las diferentes ramas del Derecho, destacando la doctrina propia del Derecho Internacional Público.

El autor dedica un apartado a la «Creación de una doctrina propia del derecho internacional acerca de la jefatura del Estado», y es que el Derecho Internacional Público, durante su desarrollo doctrinal, ha cimentado los principios de justicia y seguridad jurídica propios de todo Derecho, construyendo un orden jurídico aplicable a la sociedad internacional, como señala Pistone. El aumento de las normas del Derecho Internacional Público en torno a la jefatura del Estado es una de las causas por las que se produce confusión entre la institución constitucional de la jefatura del Estado y el tratamiento internacional de esta institución. Coello de Portugal finaliza este capítulo haciendo referencia a la utilización de las jefaturas de Estado como símbolos de integración de comunidades culturales transnacionales.

Esta enriquecedora obra finaliza con un capítulo dedicado al necesario deslinde entre la doctrina del derecho constitucional sobre la jefatura del Estado y la doctrina internacional sobre el reconocimiento exterior de jefes de Estado. Y concluye con la idea de que «debe constituir un empeño del Derecho Constitucional la defensa de su propio ámbito científico y del contenido dogmático sustantivo y propio de sus instituciones jurídicas primigenias, entre las que se cuenta la Jefatura del Estado».

En conclusión, Coello de Portugal realiza una obra sobre la jefatura del Estado de un alto nivel jurídico, acompañada de un amplio abanico de referencias bibliográficas que enriquecen la lectura,

además de relatar aspectos muy reveladores sobre una institución del Estado que se encuentra en constante debate.

En definitiva, nos encontramos ante una obra de necesaria lectura para todos los interesados en diferenciar, como menciona el autor «una situación verdaderamente constitucional, con la clara intención de autolegitimar como democrático un régimen totalitario y como legítima su acción autocrática» y «para deslindar un ámbito científico de otro y para separar la libertad de la coacción y la civilización de la barbarie».

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 527-535
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1626

GEROTTO, S., MAHON, P. Y SÁNCHEZ FERRIZ, R. (2020). *IL SISTEMA COSTITUZIONALE SVIZZERO*. MILANO: WOLTERS KLUWER ITALIA, CEDAM

Jorge Castellanos Claramunt
Profesor Ayudante Doctor de Derecho constitucional
Universitat de València
https://orcid.org/0000-0001-9621-6831

La organización de la vida política Suiza produce fascinación y admiración por su peculiaridad, singularidad y originalidad a nivel mundial. No en vano, cada año más de la mitad de las votaciones populares de todo el planeta se desarrollan en Suiza; se considera una «democracia consensual» además. Con lo cual es claramente el país más representativo para realizar un análisis en detalle de su sistema político representativo y el nivel de participación ciudadana que se logra.

El lugar de nacimiento de Rousseau, ginebrino ilustre, dispone de unas características que la hacen única y le confieren unas peculiaridades y señas de identidad definitivas: grado de participación ciudadana en todos los ámbitos políticos, carácter de neutralidad e independencia de ciertas organizaciones supranacionales, centralidad europea, régimen financiero y fiscal, organización del sistema bancario, cantones (que son los centros de gravedad del Estado y conforman una especie de mercado común), contexto multicultural y plurilingüe, diversidad religiosa, así como su población y extensión.

Lo primero que debemos indicar es la propia estructura de la obra que vamos a analizar. Así encontramos su inicio con un «Prólogo», seguido de una «Introducción», el pertinente «Índice» que desgrana los «siete capítulos» que componen el libro, finalizado por una extensa «Bibliografía». La «Introducción» la redacta Pascal Mahon, así como los «Capítulos I, II, VI y VII»; los «Capítulos III y VI» son autoría de Sergio Gerotto; los restantes «Capítulos IV, V,

y VI» llevan la firma de la profesora Remedio Sánchez Ferriz. El «Capítulo VI», por tanto, es redactado por los tres autores.

La bibliografía está dispuesta alfabéticamente, pero organizada en función de la temática de la obra consultada, desde obras de carácter general, pasando por fuentes del derecho suizo, obras sobre federalismo, democracia, lo cual facilita su consulta y su estudio concreto cuando de algún aspecto preciso necesitamos una mayor información o estudio.

En el desarrollo de la publicación, desde la introducción y pasando por los siete capítulos que la conforman, se llega a la conclusión de que el modo de organizarse políticamente en el pequeño país centroeuropeo es el culmen del equilibrio entre democracia directa y democracia representativa.

Cada capítulo cuenta con un sumario con los distintos epígrafes que lo conforman, numerados y con subdivisiones de esos mismos epígrafes, para estructurar la información, hacerse una idea general del ámbito que se va a desarrollar y facilitar de este modo una comprensión general de la sección.

Ya desde el prólogo nos encontramos una toma de contacto con la realidad helvética, que los tres autores van a saber diseccionar en una labor de cirujano a lo largo de casi 300 páginas. Y es que el prestigio de los tres es conocido en toda Europa. Sergio Gerotto es profesor de Derecho Público comparado en la Universidad de Pádova, experto y gran conocedor de la realidad helvética, con varios libros relativos al país alpino, como *Svizzera*[1] traducido al español en 2015: *Suiza, sobre cómo se gobiernan los suizos*[2]. Pascal Mahon es profesor de Derecho Constitucional suizo comparado en la Universidad de Neuchatel y, obviamente, profundísimo conocedor del ordenamiento jurídico de su país, así como de su estudio comparado respecto de otros países europeos. Y, por último, Remedio Sánchez Ferriz es catedrática de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia, analista del sistema constitucional suizo durante años, con su obra representativa

[1] Gerotto, S. (2011). *Svizzera*, Bolonia: Il Mulino.

[2] Gerotto, S. (2015). *Suiza, sobre cómo se gobiernan los suizos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

sobre el tema en 2002, *Suiza, sistema político y Constitución*, en coautoría con la recordada profesora María Vicenta García Soriano[3].

Así, en esta exhaustiva obra se parte de una significativa dosis de admiración por el sistema helvético, cuyo ordenamiento reconocen los autores que suscita «interesse ed ammirazione»[4], en una declaración de intenciones desde la primera línea del exordio. Para llevar a cabo una labor de profundización y dominio de un tema de estudio como es el caso se debe partir de una adecuada elección y delimitación del objetivo y en esta ocasión se acierta de manera evidente. No habría un lugar o territorio más adecuado para centrar el estudio por las peculiaridades suizas tanto históricas como sociales.

En el análisis comparado de los fundamentos y funciones del Estado se informa que no se ha querido cansar con analogías de otras realidades o contextos políticos en aras de no abrumar, por lo que la comparativa del modo suizo de organizarse se ha centrado en Italia, España y algún otro caso que pudiera ser significativo para el lector y porque son los de mayor dominio de los autores.

En la introducción se pretende explicar desde un análisis diacrónico cómo ha ido evolucionando Suiza desde sus orígenes como tal hasta el periodo actual, política y sociológicamente. Su ubicación alpina y centroeuropea, además de su cercanía y vecindad con Francia, Alemania o Italia ha marcado indudablemente su particular historia y han ido configurando muchas de las características que le son propias y que son relatadas en la publicación que se analiza. En este sentido, también hay que tener en cuenta que se halla subdividida en cuatro áreas en las que la lengua y la religión marcan su estructura: Suiza alemana, francesa, italiana y la minoría que habla el romanche. Y, también cabe subrayar como elemento introductorio, que 1848 marca el momento de configuración del Estado moderno suizo, aunque después se han modificado o cambiado las reglas de juego en diversas

---

[3] Sánchez Ferriz, R., y García Soriano, M. V. (2002). *Suiza: sistema político y Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Dicha obra ha sido reseñada por el profesor Alguacil González-Aurioles, en *Teoría y realidad constitucional*, 18, 2006, pp. 542-546. Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional2006-18-0023/PDF

[4] Interés y admiración.

fechas: 1874 (referéndum legislativo), 1891 a través de la iniciativa popular para la reforma de la Constitución, etc.

El primer capítulo se centra en una visión cronológica de la historia y las constituciones de la Confederación helvética. Primero, en los orígenes sobre el Siglo XIII hasta 1798-1815, momento a partir del cual tuvo más incidencia la influencia francesa. En segundo lugar, desde 1815 a 1848. Y en último, desde mediados del Siglo XIX en adelante, que se impuso la concepción americano-francesa en lo constitucional. Se destaca la evolución del texto constitucional desde 1874, ya que se ha modificado más de 140 veces (pág. 19), las reformas de la justicia, pero sobre todo el grado de participación e imbricación de los ciudadanos en el quehacer político.

A partir del segundo capítulo se estudian directamente las fuentes del derecho y la organización estatal propiamente dicha. Suiza posee un sistema muy complejo, con tres órdenes jurídicos aplicables y superpuestos, lo que provoca que los autores tengan que llegar al detalle para explicar las características concretas en cada área. Por ello se profundiza en la Constitución helvética para detallar las diferentes figuras jurídicas que conforman su estructura y división jerárquica. Las ordenanzas, la delegación legislativa, los procedimientos de reforma del texto constitucional, los sistemas normativos cantonales, etc., son diseccionados a lo largo de este apartado. Además, se enriquecen los epígrafes con hipótesis adecuadas que pueden ser de interés para el lector; plantea opciones estimulantes y la casuística más significativa en los pies de página, sin abrumar ni hacer pesada la lectura.

El tercer capítulo resalta la composición de los cantones y las características del federalismo suizo. Se incluye, comentándolo, parte del articulado de la Carta Magna helvética para mostrar más claramente el principio de participación y su aplicación cantonal y en los municipios. En esta sección se denota el especial énfasis didáctico, porque se combina el texto legal, con la explicación concreta junto con las notas al pie. También se aborda el tema del federalismo fiscal y cómo es tratado en el ordenamiento federal, además de la polémica cuestión de los paraísos fiscales. Además, las diferentes concepciones existentes sobre la autonomía comunal, tan específica en tierras helvéticas, y sus variantes. Esta parte final es interesante de resaltar

porque no es un tema tan tratado normalmente en otras obras sobre el tema y le confiere un interés especial.

El cuarto y el quinto de los capítulos entran de lleno en el ejercicio democrático. Los tres niveles de democracia aplicables en Suiza: democracia representativa, semidirecta y directa se ejercen como un «potere popolare dal basso all'alto»[5] (pág. 104). «Quasi un comune su cinque dispone del proprio Parlamento, e quattro su cinque praticano la democrazia diretta in seno ad un'assemblea comunale. La democrazia svizzera è di carattere comunale prima ancora che cantonale, e cantonale prima di federale, venendo l'autorità dal basso e non dall'alto»[6] (pág. 116). Esta es, precisamente, la prueba del carácter cooperativo y participativo de la sociedad civil.

La participación política es el eje vertebrador de todo el capítulo y sus diferentes plasmaciones a nivel legal y de forma efectiva. Se analizan los derechos políticos en el texto constitucional y cómo se ha abordado la cuestión en algunos manuales españoles, pero también en otros autores europeos (pág. 112), dada la relevancia de la significación política y constitucional de los derechos políticos en Suiza, con lo que se consigue enriquecer la perspectiva sobre lo tratado.

La regulación de la iniciativa popular y el bicameralismo perfecto suizo tiene un desglose profundo en el quinto apartado capitular, ya que además, como se insiste: «Tutti i Cantoni prevedono l'iniziativa popolare, tanto in materia costituzionale come legislativa»[7] (pág. 145). Y, asimismo, existe una «ampia libertà di cui godono i Cantoni per stabilire il numero di firmatari richiesti per la presentazione di una iniziativa popolare»[8] (pág. 146). También se compara el tratamiento de la figura del referéndum helvético con su plasmación en el articulado de la Constitución española (pág. 148) y se detalla de manera profusa

---

[5] Poder popular de abajo a arriba.

[6] Casi un municipio de cada cinco dispone de su propio Parlamento y cuatro de cada cinco practican la democracia directa en el seno de la Asamblea comunal. El principio de la democracia suiza es de carácter comunal antes que cantonal y cantonal antes que federal, viniendo por tanto la autoridad de abajo y no de arriba.

[7] Todos los cantones prevén la iniciativa popular, tanto en materia constitucional como legislativa.

[8] Cada cantón goza de libertad para establecer el número de firmantes exigidos para la presentación de las iniciativas.

las clases que hay, las condiciones para su ejercicio y cómo el pueblo ejerce el papel de oposición condicionando e imponiendo la agenda política y controlando la labor normativa.

Además, también existe la Asamblea en los municipios, forma más pura de democracia directa, con lo cual se insiste en que conviven los instrumentos de democracia directa con los de democracia semidirecta.

Otras formas de ejercicio de participación menos conocidas o menos usadas en otros países también son analizadas, como es el caso de la *Landsgemeinde* (asamblea de todos los ciudadanos con derecho al voto reunida en la plaza pública para adoptar decisiones relevantes para la comunidad, culmen de la democracia directa), el derecho de revocación, la participación en las consultas prelegislativas y el derecho de petición, con lo cual queda claro el origen y competencias de estas modalidades e incluso este último derecho de petición que el autor cataloga como *spilla d'oro*[9] (pág. 175) y ejemplifica al sistema en su totalidad, pues la cotidianeidad de la presencia de los suizos en los asuntos de interés público es la constante. Y aquí se incluye una comparativa con el caso español en el que el derecho de petición es un modo de conexión poco usado y en cambio en el caso helvético se afirma que puede parecer hasta redundante, porque la participación no es la excepción sino la norma. Es otro punto en el que se vuelve a destacar y evidenciar la admiración por el sistema estudiado en esta completísima obra.

Los últimos dos capítulos de la obra *Il sistema costituzionale svizzero* son más prolijos y extensos. Abarcan más de 100 páginas entre los dos y actúan a modo de corolario de la obra, porque el primero se centra de manera exhaustiva en la organización del poder detallando las funciones y atribuciones del Consejo, Cámaras, Tribunal Federal... y el último en el control de la actividad administrativa y su aplicación.

El pueblo ejerce una doble labor como poder supremo y a la vez como oposición a todo poder constituido. En el país alpino es constante la presencia del pueblo helvético en la práctica política y en la adopción de las principales decisiones. Es un contrapeso de

[9] Broche de oro.

la Asamblea y del Consejo Federal. La función protagonista que se asigna al pueblo es un ejemplo para otras constituciones europeas. El cuerpo electoral es constitutivo y constituyente; es órgano supremo y fuente de legitimidad del ordenamiento constitucional suizo, factor clave que los autores remarcan adecuadamente en estos capítulos finales. En este punto se vuelve a recurrir a la comparativa con el caso español y el caso italiano (pág. 179) para ver el diferente nivel de protagonismo que alcanza en el proceso helvético de participación, ya que se dan más pasos para su implicación efectiva: «nelle democrazie rappresentative contemporanee, il popolo non ha modo di manifestarsi quotidianamente, né di relazionarsi direttamente con la funzione legislativa ed esecutiva, le quali sole mantengono vivo l'ordinamento giuridico adeguandolo alla evoluzione sociale ed applicandolo giorno dopo giorno»[10], fragmento este que evidencia la postura favorable del autor y sirve de comparativa valorativa entre los casos mencionados y el centroeuropeo.

El Consejo cuenta con unas características que le son propias y están muy bien explicadas por Sergio Gerotto, demostrando su dominio en la materia. Afirma que estas características lo condicionan como un sistema único en el panorama analizado del derecho comparado. Asimismo, manifiesta que es más útil integrar en forma estable a la oposición en el equipo gubernativo, impidiendo así que estos puedan utilizar los mecanismos de democracia directa en posiciones antigubernativas. Es la búsqueda del consenso perenne. Para el final queda el análisis del funcionamiento de los diferentes Tribunales y sus derivaciones normativas aplicables. Es la parte más técnica y centrada en lo administrativo, los cauces de los recursos, procesos, jurisdicciones, etc., que son de vital importancia para entender el sistema suizo con sus peculiaridades y buscando las distintas claves para entender su arquitectura legal. Se delimita cada ámbito adecuadamente, ya sea la parte relativa a la jurisdicción federal o a la cantonal, para aclarar conceptos y evitar confusiones competenciales.

---

[10] En las democracias representativas contemporáneas, el pueblo no tiene forma de manifestarse en el día a día, ni relacionarse directamente con las funciones legislativas y ejecutivas y las funciones ejecutivas, que son las únicas que mantienen vivo el sistema jurídico, adaptándolo a la evolución social y día tras día.

Como conclusión y a modo de mirada general se resalta en el libro que este país de fuerte federalismo multicultural y democracia directa dispone de una gran variedad de instrumentos de participación política.

Las tres acciones de «elegir, votar y firmar» que caracterizan los procesos suizos están presentes a lo largo y ancho de la obra. De hecho, no se sitúa el Parlamento en posición preeminente respecto a los demás órganos políticos. Se ha querido ver en su totalidad para el caso suizo en este ámbito, y en algunos casos concretos, una analogía con el sistema de *check and balances* propio de los Estados Unidos de América.

Además, otra de las tesis es que el Parlamento helvético es un *Parlamento de milicia*, puesto que los representantes elegidos tienen un compromiso cívico y no se produce la profesionalización de su función, caso que sí ocurre en otros parlamentos europeos (pág. 197) con consecuencias no muy positivas en bastantes ocasiones y con una pérdida de prestigio en general de la clase política por algunas malas praxis derivadas de esta forma de actuar, empañando la imagen del representante público en algunos países del Viejo Continente. Se explica que como desenlace de esa situación los parlamentarios conservan su profesión originaria y principal y las sesiones que se celebran son las mínimas e indispensables.

Prevalece el principio colegial sobre los personalismos, como norma general de la actividad política y siempre se piensa en el interés general para la comunidad o el cantón, con lo cual redundará en lo mejor para la Confederación. Cuando la doctrina piensa en el legislador federal se refiere como al conjunto de Asamblea Federal y pueblo. Y es que, pluralismo y democracia son dos caras de la misma moneda en Suiza. Los objetivos son comunes, aun existiendo muchas realidades distintas e identidades diversas en el territorio alpino.

Por todo lo comentado se puede concluir que la gran labor de los tres reconocidos autores de *Il sistema costituzionale svizzero*, Sergio Gerotto, Pascal Mahon y Remedio Sánchez Ferriz, ha constituido un excepcional trabajo analítico y comparativo del sistema constitucional helvético, partiendo de la peculiaridad y la ejemplaridad del caso, para mostrar las bondades participativas y de convivencia de

un territorio que es un crisol de culturas, una variedad lingüística enriquecedora y un abanico de religiones.

Todos los problemas que se presentan normalmente para la praxis política podrían dificultar cómo gobernarse y, sin embargo, superando las adversidades e inconvenientes, se sabe resolver privilegiando la democracia directa, primando el papel del individuo y su iniciativa en el día a día de la política y ejecutando una adecuada representatividad proporcional de un territorio heterogéneo. Ejemplo para otras latitudes, sin duda.

Este texto está destinado a ser una de las referencias clave sobre el estudio de la doctrina constitucionalista suiza, su grado de participación ciudadana sobresaliente y una consulta obligatoria, si se quiere profundizar en diversas materias relativas al derecho en la Europa de la actualidad.

REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

IV

Informes y jurisprudencia parlamentaria comentada

Reports and parliamentary Case law with commentaries

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 539-546
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1628

GUÍA SOBRE LA DELEGACIÓN EN LA MESA DE LAS FACULTADES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 44 DEL REGLAMENTO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

GUIDE TO THE DELEGATION TO THE BUREAU OF THE POWERS PROVIDED FOR IN SECTION 44 OF THE STANDING ORDERS OF THE CONGRESS OF DEPUTIES

Secretaría General del Congreso de los Diputados

SUMARIO: 1. Normativa aplicable. *A. Acuerdo de celebración de iniciativas. B. Inclusión de las iniciativas en el orden del día.* 2. La delegación y sus clases. 3. Procedimiento para acordar la delegación. 4. La posterior inclusión de iniciativas en el orden del día. 5. Procedimiento a seguir en los casos de delegaciones condicionadas sin unanimidad. 6. Procedimiento a seguir en el caso de comparecencias o solicitudes de información y documentación que deban tramitarse antes de que se haya acordado la delegación.

La presente nota tiene por objeto analizar la delegación en las Mesas de las Comisiones de las facultades previstas en el artículo 44 del Reglamento de la Cámara así como las diferentes situaciones que se pueden dar a raíz de esa delegación.

1. Normativa aplicable

A. Acuerdo de celebración de iniciativas

El punto de partida lo encontramos en el artículo 110 de la **Constitución**, que dispone:

1. Las Cámaras y sus Comisiones pueden reclamar la presencia de los miembros del Gobierno.
2. Los miembros del Gobierno tienen acceso a las sesiones de las Cámaras y a sus Comisiones y la facultad de hacerse oír en ellas, y podrán solicitar que informen ante las mismas funcionarios de sus Departamentos.

El artículo 44 del **Reglamento del Congreso de los Diputados** (RC) establece lo siguiente:

Las Comisiones, por conducto del Presidente del Congreso, podrán recabar:

1º. La información y la documentación que precisen del Gobierno y de las Administraciones Públicas, siendo aplicable lo establecido en el apartado 2 del artículo 7º.

2º. La presencia ante ellas de los miembros de Gobierno, para que informen sobre asuntos relacionados con sus respectivos Departamentos.

3º. La presencia de autoridades y funcionarios públicos competentes por razón de la materia objeto del debate, a fin de informar a la Comisión.

4º. La comparecencia de otras personas competentes en la materia, a efectos de informar y asesorar a la Comisión.

Finalmente, la **Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados** de 2 de noviembre de 1983 establece que "Las comisiones pueden delegar en sus respectivas Mesas la adopción de los acuerdos a que se refiere el artículo 44 del Reglamento".

B. Inclusión de las iniciativas en el orden del día

En otro orden de cosas, es preciso referirse al artículo 67.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados, que establece que "El orden del día de las Comisiones será fijado por su respectiva Mesa, de acuerdo con el Presidente de la Cámara, teniendo en cuenta el calendario fijado por la Mesa del Congreso".

Del régimen jurídico arriba expuesto puede extraerse que la celebración de una sesión de una Comisión que incluya alguna de las iniciativas enumeradas en el artículo 44 RC requiere de la concurrencia de dos acuerdos:

a) El acuerdo en torno a la procedencia o no de llevar a la práctica la iniciativa (solicitud de información y documentación o la comparecencia de miembros del Gobierno, autoridades, funcionarios públicos u otras personas competentes en la materia). La competencia para acordar este acuerdo corresponderá a la Comisión o a la Mesa de la misma en el caso de que exista una delegación en los términos previstos en la Resolución de la Presidencia arriba citada. El acuerdo favorable implicará que la iniciativa está en condiciones de ser incluida en el orden del día de una sesión de la Comisión. El acuerdo desfavorable provocará que la comparecencia o solicitud de información o documentación quedará rechazada, desapareciendo por tanto del estado de actividad de la Comisión.
b) El acuerdo de incluir la iniciativa en el orden del día de una sesión de la Comisión. La competencia para adoptar este acuerdo corresponde en exclusiva a la Mesa de la Comisión de acuerdo con la Presidencia de la Cámara, si bien en la práctica la Presidencia no participa en esta decisión. Esta competencia no está mediatizada ni condicionada en ningún otro precepto reglamentario, debiendo pues interpretarse que la Mesa es absolutamente libre de incluir o no un asunto en el orden del día de una sesión.

2. La delegación y sus clases

Al amparo de la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 2 de noviembre de 1983 es habitual que las Co-

misiones deleguen en sus respectivas Mesas la facultad para adoptar los acuerdos previstos en el artículo 44 RC. Esta delegación ha venido siendo de dos clases:

- **Delegación pura o simple**. Se trata de una delegación incondicionada, lo que implica que la decisión de la Mesa de la Comisión es definitiva y en el caso de ser negativa pone fin al trámite parlamentario de la iniciativa.
- **Delegación condicionada**. Aunque no se encuentra desarrollado en la Resolución de la Presidencia, el condicionamiento de la delegación supone que, en el caso de que una de las iniciativas previstas en el artículo 44 sea rechazada con algún voto en contra, se deberá trasladar la decisión final al conjunto de la Comisión. Debe subrayarse, como se desarrollará más adelante, que la condicionalidad supone que **la delegación queda suspendida en el caso de que no exista unanimidad en el rechazo**. La Comisión, por lo tanto, deberá decidir si acepta o no la iniciativa. Lo que se somete a votación no es la ratificación del acuerdo de la Mesa sino la propia adopción del acuerdo en torno a la comparecencia o solicitud de información o documentación.

3. Procedimiento para acordar la delegación

Para poder acordar la delegación, es preciso que la misma sea introducida en el orden del día de la sesión de la Comisión mediante un acuerdo de la Mesa. Aunque es posible que en el curso del debate en el seno de la Mesa (con la presencia de los Portavoces, en su caso) se opte por alguna de las modalidades de delegación, **esta decisión no vincula en ningún caso a la Comisión**. Por ese motivo el punto del orden del día correspondiente a la delegación no deberá hacer ninguna alusión al carácter condicionado o no de la misma, puesto que la Comisión deberá poder elegir libremente la modalidad. La redacción del mencionado punto del orden del día será, pues, la siguiente:

> *Delegación en la Mesa de la Comisión de la competencia para la adopción de los acuerdos previstos en el artículo 44 del Reglamento, según lo dispuesto en la Resolución de la Presidencia de la Cámara de 2 de noviembre de 1983*

Ya en el seno de la Comisión, el punto comenzará con la lectura que desde la Presidencia de la Comisión se lleve a cabo del acuerdo de delegación. Resulta especialmente relevante que el Presidente sea claro al exponer los términos en los que se produce la misma. Una vez que se ha dado lectura a la propuesta de acuerdo de delegación, el Presidente podrá preguntar a la Comisión si ésta puede entenderse adoptada por asentimiento. En caso afirmativo, la delegación habrá quedado acordada en los términos expuestos.

Si algún miembro de la Comisión manifiesta su oposición, sería conveniente que desde la Presidencia se abriese un turno de intervenciones. En ausencia de precepto reglamentario específico es posible aplicar el artículo 74.1 RC (turno a favor y en contra) o, lo que es más frecuente, un turno de intervenciones de los grupos que así lo deseen para fijar su posición.

Concluido el debate, en su caso, se procederá a la votación. Si sólo existiese la propuesta leída desde la Presidencia, ésta será sometida a votación, resultando aprobada en el caso de obtener más síes que noes. En el caso de que del contenido del debate se desprenda que existen distintas propuestas (v. gr. una delegación condicionada y una no condicionada), todas ellas serán sometidas a votación:

- Si ninguna resulta aprobada, se entenderá que no ha quedado acordada ninguna delegación.
- Si sólo una de las modalidades resulta aprobada, se entenderá acordada la delegación en sus términos.
- Si las dos resultaran aprobadas, debe entenderse que la Presidencia tiene la facultad de interpretar el resultado en el sentido de que se ha acordado una delegación y también el condicionamiento de la misma, sin perjuicio de que esta decisión pueda ser revisada más adelante.

4. La posterior inclusión de iniciativas en el orden del día

Como se ha adelantado anteriormente, una vez acordada la celebración de una comparecencia o una solicitud de informe o documentación, la iniciativa debe ser incluida en el orden del día de una sesión de la Comisión. Esta segunda fase corresponde exclusivamente a la Mesa de la Comisión (que puede contar o no con la presencia de los Portavoces), tal y como establece el artículo 67 del Reglamento de la Cámara

La inclusión o no en el orden del día es una decisión de oportunidad política. No cabe afirmar que se trata de una decisión que venga condicionada. Incluso en los casos en los que ha sido la Comisión la que ha acordado una comparecencia o una solicitud de informe o documentación, es la Mesa de la Comisión la que en última instancia debe decidir si esos asuntos se incluyen o no en el orden del día. No existe ningún "mandato implícito" ni figura equivalente que obligue a la Mesa a incluir un asunto en el orden del día de una sesión de la Comisión.

En tanto la iniciativa no se incluya en el orden del día, ésta permanecerá en el estado de actividad de la Comisión. Podrá ser incluida en el orden del día de cualquier sesión de la Comisión sin más requisitos que el de la existencia de un acuerdo favorable de la Mesa de la Comisión.

5. Procedimiento a seguir en los casos de delegaciones condicionadas sin unanimidad

En el caso de que una Comisión adopte la delegación en su modalidad condicionada, es posible que la decisión de la Mesa de rechazar una comparecencia o solicitud de informe o documentación se produzca por mayoría, es decir, con uno o dos votos en contra. En ese caso, se entiende que la delegación pierde sus efectos respecto a esa iniciativa en concreto, quedando la decisión sobre si procede o no tramitar el asunto en manos de la Comisión.

La Comisión deberá, en ese caso, adoptar la decisión definitiva en torno a la procedencia o no de adoptar la iniciativa objeto de debate. Para que la Comisión se pronuncie es imprescindible que el orden del día de la sesión lo prevea.

La primera cuestión que se suscita es **cuándo debe producirse el debate y votación en el seno de la Comisión**. Es, por lo tanto, un debate en torno a cuál es el margen de apreciación de la Mesa de la Comisión para determinar en qué sesión de la Comisión se adopta la decisión definitiva sobre la comparecencia o solicitud de informe o documentación.

A juicio de quien suscribe la presente nota, la Mesa está implícitamente obligada a incluir este asunto en el orden del día de la primera sesión de la Comisión que se celebre una vez producida la votación en la Mesa. Ello se debe a que, en la medida en que la facultad de decidir

si procede la celebración de la iniciativa corresponde primariamente a la Comisión, ésta no puede verse privada de poder pronunciarse a la mayor brevedad posible acerca de la iniciativa en torno a la cual la Mesa de la Comisión se ha mostrado dividida. Permitir que la Mesa retrasase indefinidamente la decisión final de la Comisión sería tanto como considerar que la condición acordada en el seno de la Comisión es una mera declaración formal carente de eficacia real.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de que existan casos excepcionales (v. gr., si la siguiente sesión de la Comisión ya se ha convocado en el momento en el que se ha producido la votación de la iniciativa en la Mesa) en los que puede resultar pertinente retrasar el debate en el seno de la Comisión. Pero esos casos deben interpretarse restrictivamente y en ningún caso se puede permitir que se prive a la Comisión de adoptar la decisión que estime pertinente en un tiempo breve.

La siguiente cuestión que se suscita es cuál es el **procedimiento de debate** de estos acuerdos. En ausencia de precepto reglamentario que lo prevea expresamente, es posible aplicar el artículo 74.1 RC (turno a favor y en contra) o bien abrir un turno de fijación de posiciones para los grupos que deseen tomar la palabra.

Finalmente, procede indicar cuál es el **objeto de la votación**. A juicio de quien suscribe la presente nota, la Comisión vota si procede o no tramitar una comparecencia o una solicitud de información o documentación. No se somete a votación la ratificación del acuerdo de la Comisión, ya que la delegación que dio cobijo a esa votación de la Mesa quedó suspendida en el momento en el que no se produjo unanimidad en relación con la iniciativa objeto de debate. Por lo tanto, la Presidencia preguntará a la Comisión si acuerda la celebración de una comparecencia o la tramitación de una solicitud de informe o documentación. Las iniciativas quedarán aprobadas en caso de recibir más votos afirmativos que negativos.

Ya se ha expuesto anteriormente las consecuencias de que la Comisión se pronuncie de manera afirmativa:

- En el caso de que la solicitud verse sobre una solicitud de informe o documentación, ésta se tramitará y se remitirá a su destinatario.
- En el caso de que la solicitud verse sobre una comparecencia, ésta se incluirá como acordada en el estado de actividad de la Comisión,

debiendo la Mesa de la misma decidir si se introduce o no en un orden del día y, en su caso, en qué momento ha de celebrarse.

6. Procedimiento a seguir en el caso de comparecencias o solicitudes de información y documentación que deban tramitarse antes de que se haya acordado la delegación

Por último, procede analizar el procedimiento a seguir en el caso de que se presenten comparecencias, solicitudes de informe o de documentación sin que se haya adoptado la delegación prevista en la Resolución de la Presidencia de 2 de noviembre de 1983.

El primer cauce posible de actuación es aplicar directamente el artículo 44 del Reglamento lo que implica someter la decisión al conjunto de la Comisión conforme al procedimiento anteriormente expuesto, debiendo ser la misma la que decida o no la tramitación de la iniciativa. Esta forma de proceder tiene el inconveniente de que, para celebrar una comparecencia, se requiere reunir a la Comisión en dos ocasiones: una para acordar la celebración de la comparecencia y otra para poder llevar ésta a cabo.

La vía que se ha usado con más frecuencia en estos casos es la de que la Mesa de la Comisión acuerde de manera provisional la celebración de la comparecencia, debiendo la Comisión pronunciarse de manera previa a la celebración de la misma en relación con la ratificación del acuerdo de la Mesa. Es habitual que la ratificación se adopte a propuesta de la Presidencia sin debate previo. Sin embargo, en el caso de que algún grupo así lo solicite, la decisión podría someterse a debate (con un turno de fijación de posiciones de los portavoces que así lo deseen) seguido de una votación ordinaria.

La cuestión más relevante a tener en cuenta es que la ratificación por parte de la Comisión sólo recae en torno a aquellas solicitudes de comparecencia que se hayan presentado al amparo del artículo 44 del Reglamento de la Cámara. Aquellas solicitudes de comparecencia que se hayan tramitado conforme a otra vía (en particular, las solicitudes de comparecencia a petición propia de los miembros del Gobierno basadas en el artículo 203 del Reglamento) no deben ser ratificadas por la Comisión. Su tramitación únicamente depende del acuerdo de la Mesa de la Comisión en virtud del cual se incluyen en el orden del día de una sesión de la Comisión.

Congreso de los Diputados, 30 de septiembre de 2020

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 547-574
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1633

ALARMA Y PANDEMIA: PROBLEMÁTICA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS DE NECESIDAD A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 148/2021, DE 14 DE JULIO, RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 2054-2020. (BOE NÚM. 182, DE 31 DE JULIO DE 2021); A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 183/2021, DE 27 DE OCTUBRE, RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 5342-2020. (BOE NÚM. 282, DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2021); Y A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 168/2021, DE 9 DE OCTUBRE. RECURSO DE AMPARO NÚM. 2109-2020 (BOE NÚM. 268, DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2021)

ALARM AND PANDEMIC: LEGAL-CONSTITUTIONAL PROBLEMS OF STATES OF NECESSITY IN LIGHT OF THE DOCTRINE OF THE CONSTITUTIONAL COURT. COMMENTARIES ON CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENT 148/2021, OF 14 JULY, ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY NUM. 2054-2020. (BOE NUM. 182, OF 31 JULY, 2021); TO THE JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT 183/2021, OF 27 OCTOBER, ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY NUM. 5342-2020. (BOE NUM. 282, OF 25 NOVEMBER, 2021); AND TO THE JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT 168/2021, OF 9 OCTOBER, APPEAL FOR LEGAL PROTECTION, NUM. 2109-2020. (BOE NUM. 268, OF 9 NOVEMBER, 2021)

M.ª Isabel Álvarez Vélez
Prof.ª Propia Ordinaria de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho (ICADE)
Universidad Pontificia Comillas de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-1814-1931

RESUMEN

Se realiza un comentario a la STC 148/2021, de 14 de julio, en relación con la declaración del estado de alarma en marzo de 2020, a la STC 183/2021 que declara inconstitucional la prórroga de los seis meses del estado de alarma, así como el nombramiento de autoridades competentes delegadas, y enlazando estos comentarios con el contenido de la STC 168/2021 en relación con el recurso de amparo presentado contra el Acuerdo de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020. La primera sentencia, adoptada por la exigua mayoría de seis votos a favor y cinco en contra (posiciones contrarias que se han traducido en los correspondientes votos particulares), declara inconstitucional parte del Real Decreto 463/2020 y los términos «modificar o ampliar» del apartado 6 del artículo 10, en la redacción resultante del artículo único, apartado 2, del Real Decreto 465/2020. La segunda STC estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma; contra varios apartados de la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados y contra el art. 2, la disposición transitoria única y disposición final primera del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma por el Real Decreto 926/2020. La sentencia declara la inconstitucionalidad de la prórroga de los seis meses y el nombramiento de autoridades competentes delegadas fijada en la norma impugnada.

Y la tercera STC señala que la declaración del estado de alarma, como la de cualquiera de los otros dos estados de excepción y de sitio, no puede en ningún caso interrumpir el funcionamiento de ninguno de los poderes constitucionales del Estado y, de modo particular, el Congreso de los Diputados.

Palabras clave: Constitución española, estado de alarma, derechos fundamentales.

Artículos clave: arts. 17.1, 19.1, 21, 25, 35, 38, 43, 55.1 y 116 CE.

Resoluciones relacionadas: STC 83/2016, de 28 de abril (BOE núm. 131, de 31 de mayo de 2016).

ABSTRACT

A commentary is made on STC 148/2021, of 14 July, in relation to the declaration of the state of alarm in March 2020; STC 183/2021, which declares

unconstitutional the six-month extension of the state of alarm, as well as the appointment of delegated competent authorities, and linking these comments with the content of STC 168/2021 in relation to the appeal for protection (recurso de amparo) filed against the Agreement of the Bureau of the Congress of 19 March 2020. The first ruling, adopted by a slim majority of six votes in favour and five against (opposing positions that have been translated into the corresponding individual votes), declares unconstitutional part of Royal Decree 463/2020 and the terms "modify or extend" in section 6 of article 10, in the wording resulting from the single article, section 2, of Royal Decree 465/2020. The second STC partially upholds the appeal of the alleged unconstitutionality against several precepts of Royal Decree 926/2020, of 25 October, which declared the second state of alarm; against several sections of the Resolution of 29 October 2020, of the Congress of Deputies and against art. 2, the sole transitory provision and the first final provision of Royal Decree 956/2020, of 3 November, by which the state of alarm was extended by Royal Decree 926/2020. The judgment declares the unconstitutionality of the six-month extension and the appointment of delegated competent authorities set out in the contested regulation.

And the third STC points out that the declaration of the state of alarm, like that of any of the other two states of emergency and siege, cannot under any circumstances interrupt the functioning of any of the constitutional powers of the State and, in particular, of the Congress of Deputies.

Keywords: Spanish Contitution, state of alarm, fundamental rights.

Key articles: arts. 17.1, 19.1, 21,25, 35, 38, 43, 55.1 and 116 of the Spanish Constitution.

Related decisions: STC 83/2016, of April 28 (BOE num. 131, of May 31, 2016).

I. Antecedentes

La sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021 (STC 148/2021) declarando inconstitucional parte del decreto del Gobierno que proclamó el estado de alarma en marzo de 2020 en el supuesto de crisis sanitaria por la pandemia del coronavirus COVID-19 y la sentencia del Tribunal Constitucional (STC 183/2021) declarando. inconstitucional la prórroga de seis meses y el nombramiento de autoridades competentes delegadas fijada en el Real Decreto 926/2020 del segundo estado de alarma han reabierto la polémica acerca de la utilización de ese recurso, así como de algunas otras cuestiones en los difíciles momentos que nos han tocado vivir.

A estas resoluciones ha de sumarse la sentencia del Tribunal Constitucional 168/2021 (STC 168/2021) que resuelve en recurso de amparo presentado por el Grupo Parlamentario VOX en el Congreso contra el Acuerdo de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020, que acordó la suspensión, desde la citada fecha, del cómputo de los plazos reglamentarios que afectaban a las iniciativas que se encontraran en tramitación en la citada Cámara hasta que la Mesa levantara dicha suspensión, así como de los plazos administrativos y de prescripción y caducidad de los procedimientos administrativos del Congreso de los Diputados.

1. Antecedentes a la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021

La STC 148/2021 resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra las siguientes disposiciones. En primer lugar, contra los artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto (RD) 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. En segundo lugar, contra el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior. En tercer lugar, contra los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020. Y, finalmente, en cuarto lugar, contra la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los

velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19.

En el fallo se inadmite la pretensión de inconstitucionalidad de esta última norma, orden que no puede ser enjuiciada por el cauce del recurso de inconstitucionalidad, por lo que nos centraremos con exclusividad en las cuestiones que afectan al Real Decreto 463/2020 y a las prórrogas que contienen los subsiguientes reales decretos.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se fundamenta en que la Organización Mundial de la Salud (OMS), en fecha 11 de marzo de 2020, considera la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 como pandemia internacional. Y añade la exposición de motivos de la norma que el fin de las medidas previstas se encuadra en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Así, considera que las medidas temporales de carácter extraordinario que ya se han adoptado por todos los niveles de gobierno deben ahora intensificarse sin demora para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico. Es decir, de dicho texto se deduce que el Estado asume un papel protagonista en defensa de la salud de los españoles y que, a través de dicha centralización de las facultades, se pretende intensificar la lucha contra la pandemia.

Finaliza la exposición de motivos estableciendo que las medidas que se contienen en el presente real decreto son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución española (CE).

Por tanto, el hecho que fundamenta la declaración del estado de alarma y legitima al Gobierno para hacerlo, conforme a las dos normas citadas, sería la consideración de la crisis sanitaria como pandemia internacional, es decir, la previsión contenida en el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante LOAES), que dispone que el Gobierno podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del

territorio nacional, cuando se produzcan crisis sanitarias, tales como epidemias, añadiéndose, además, la también contenida en la letra d) del mismo artículo 4: situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad. Se trataría de lo que la doctrina ha denominado *emergencias de naturaleza no política* o *situaciones de anomalía social*, para diferenciar la alarma de los estados de excepción y sitio que sí suelen basarse en un supuesto de hecho derivado de decisiones o actuaciones con motivación política.

Así, el real decreto se dicta al amparo de la existencia no ya de una epidemia, sino de una pandemia [artículo 4 b], y del previsible desabastecimiento que la misma puede provocar en productos de primera necesidad [artículo 4 d].

La figura normativa a la que recurre el Gobierno, el real decreto, es la prevista en el artículo 6.1 LOAES, de tal manera que la intervención del Congreso de los Diputados no es precisa en ese momento, disponiendo el artículo 116.2 CE que en el plazo máximo de quince días se dará cuenta a dicha Cámara, sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo.

Esa declaración del estado de alarma, realizada mediante el RD 463/2020, de 14 de marzo, supuso la adopción de medidas especialmente polémicas: limitación de la libertad de circulación de las personas (artículo 7 RD 463/2020); requisas temporales y prestaciones personales obligatorias (artículo 8 RD 463/2020); medidas que se complementan por otras dirigidas a sectores específicos de la actividad productiva (tales como el educativo, el sanitario, el energético, el de los transportes o el de la cultura) que se explicitan en los artículos 9 a 19 RD 463/2020. Terminaba el decreto con una brevísima referencia al régimen sancionador aplicable, contenida en el artículo 20 RD 463/2020.

2. Antecedentes a la sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021

Por su parte, la STC resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto también por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra tres disposiciones. En primer lugar, contra los artículos 2, apartados 2 y 3; 5; 6; 7; 8; 9; 10 y 14 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones

causadas por el SARS-CoV-2. En segundo lugar, contra los artículos 2, 4 y 5 de la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020. Entienden los recurrentes que es inconstitucional la referencia a la delegación por parte del Gobierno de la Nación en los Presidentes autonómicos de las decisiones relativas a la implantación del Estado de alarma, así como a la habilitación a estas autoridades competentes delegadas para dictar las normas para aplicar las medidas del estado de alarma. Añadiendo además que la autorización de la prórroga deja la eficacia de la totalidad de las medidas del estado de alarma y la efectiva restricción/suspensión de los derechos fundamentales a la decisión de esa "autoridad competente delegada".

Y, en tercer lugar, el recurso de inconstitucionalidad se dirige contra el artículo 2, la disposición transitoria única y la disposición final primera, apartados 1, 2 y 3, del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, prórroga que se extendería desde las 00:00 horas del 9 de noviembre de 2020 hasta las 00:00 horas del 9 de mayo de 2021.

3. Antecedentes a la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/2021

Finalmente, la última STC 168/2021 resuelve el recurso de amparo presentado contra el Acuerdo de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020 que decidió suspender desde ese día el cómputo de los plazos reglamentarios que afectaban a las iniciativas que se encontraban en tramitación en la Cámara hasta que la Mesa levantara la suspensión. Incluimos esta última STC puesto que forma parte de un mismo hilo conductor de los asuntos que vamos a tratar: la importancia del control parlamentario al Gobierno en momentos de crisis.

En el comentario que realizaremos a continuación sobre las SSTC nos centraremos con exclusividad en aquellas cuestiones que nos parecen relevantes en los pronunciamientos del Tribunal, pronunciamientos que son complejos y han levantado algunas críticas solventes, puesto que son difíciles interpretar en alguna de sus partes.

II. Comentario

1. Comentario a la STC 148/2021

La sentencia, adoptada por la mayoría de seis votos a favor y cinco en contra (posiciones contrarias que se han traducido en los correspondientes votos particulares), declara inconstitucional parte del Real Decreto 463/2020 y los términos «modificar, ampliar o» del apartado 6 del artículo 10, en la redacción resultante del artículo único, apartado 2, del Real Decreto 465/2020.

La declaración de inconstitucionalidad afecta a los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, relativos a la limitación de la libertad de circulación de las personas, pues, en palabras del Tribunal, el precepto «toma como punto de partida una prohibición general, para introducir determinadas excepciones a esa restricción generalizada. Se emplea así la técnica típica de la suspensión del derecho, introduciendo las excepciones absolutamente indispensables para garantizar la subsistencia de los ciudadanos, actividades excepcionadas que, además, "deberán realizarse individualmente"».

Esta primera sentencia puede ser comentada alrededor de tres grandes temas. En primer lugar, en relación con si estamos ante una restricción o una suspensión de un derecho fundamental. En segundo lugar, si se debía haber declarado o no el estado de excepción en vez del estado de alarma. Y, en tercer lugar, acerca de la importancia de la labor de control del Congreso de los Diputados en la declaración de un estado excepcional (aspecto que retoman las otras dos sentencias comentadas).

En primer lugar, acerca de si el confinamiento declarado por el Real Decreto 463/2020 supuso la suspensión de un derecho fundamental (libertad circulatoria del artículo 19 CE), que solo podría haberse acordado por el cauce de la declaración de estado de excepción, pero no por la de estado de alarma. Tengamos en cuenta que la declaración de estado de alarma se acuerda por el Gobierno y se comunica al Congreso de los Diputados, mientras que la declaración de estado de excepción exige que el Gobierno solicite previa autorización a la Cámara.

Anteriormente, ya el Tribunal Constitucional en la STC 83/2016, dictada en relación con el estado de alarma que se declaró en 2010, afirmaba que «la declaración del estado de alarma no per-

mite la suspensión de ningún derecho fundamental (artículo 55.1 CE *contrario sensu*), aunque sí la adopción de medidas que puedan suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio» (FJ 8). Las medidas adoptadas por el RD 463/2020, definidas en la exposición de motivos como las «imprescindibles para hacer frente a la situación», son consideradas por el Gobierno como «proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución».

Esta cuestión es, creemos, una de las claves de la STC que estamos comentando (FJ 5): «Esa es, pues, la cuestión que corresponde dilucidar ahora: en qué medida el "derecho a […] circular por el territorio nacional" garantizado en el artículo 19 CE se ve (simplemente) limitado, o (directamente) suspendido, en el sentido de que cesa *pro tempore* en su contenido protector, por una disposición que prescribe, literalmente, que durante la vigencia del estado de alarma "las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de [ciertas] actividades" allí definidas; especificando, además, que tales actividades "deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores o por otra causa justificada"». Y concluye el Tribunal indicando que «las restricciones que el Decreto ahora controvertido proyecta sobre el concreto derecho a la libertad de circulación pueden llegar a considerarse como una suspensión del mismo, constitucionalmente proscrita».

En segundo lugar, debemos comentar el contenido de la STC en lo que se refiere a si se debía haber declarado o no el estado de excepción en vez del estado de alarma. Este punto es el que se desprende como más polémico en las deliberaciones del Tribunal, pues varios de los votos particulares hacen referencia a la cuestión.

El Tribunal Constitucional, en este dilema, no se ciñe a su papel de legislador negativo, sino que va más allá señalando que debería haberse declarado el estado de excepción y no el de alarma. Creemos que, en un asunto de tanta relevancia como es este, hubiera sido preferible que el Tribunal limitara su actuación estimando o no si efectivamente las medidas tomadas por el Gobierno podían ser inconstitucionales en un estado de alarma, pues peligroso es adentrase en un terreno problemático y en el que la doctrina tampoco se ha manifestado de manera unánime.

Este peligro queda especialmente patente cuando la función del Tribunal trasciende la de mero legislador negativo para transformarse en un auténtico legislador positivo que da contenido expreso a la Constitución. Para Aragón Reyes (1988: 40) ese actuar puede provocar, lisa y llanamente, «un activismo del Tribunal» incompatible con el principio democrático, puesto que «es el legislador (y no el Tribunal) el poder constituido llamado a proyectar (que no es exactamente desarrollar) legislativamente la Constitución […] y el legislador no es poder constituyente, pero el Tribunal tampoco». El Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, su intérprete político es el legislador, en este caso el Gobierno, autor del decreto cuestionado, y a esa interpretación puede imponerse la del Tribunal, porque aquella sea jurídicamente incorrecta, no porque sea materialmente amplia. Máxime en este caso, cuando, una vez apreciado que existía una suspensión material del derecho de circulación, la cuestión sobre si podía o debía el Gobierno declarar el estado de excepción ante la situación creada por la COVID-19 era ya completamente irrelevante para el fallo.

Sobre este punto indica la STC: «En la distinción que aquí ahora más interesa, entre el estado de alarma y el de excepción, la primera de esas perspectivas permite apreciar que ambos estados son declarados por el Gobierno, si bien "dando cuenta al Congreso" (en la alarma) o "previa autorización del Congreso" (en el estado de excepción: artículo 116.2 y 3 CE). La segunda, que en la alarma solo cabe limitar derechos; en excepción (y sitio), cabe suspenderlos» (FJ 3).

Y continúa señalando: «En este sentido, una primera aproximación general permite apreciar que el concepto de "limitación" (o "restricción") es más amplio que el de "suspensión", como género y especie: toda suspensión es una limitación, pero no toda limitación implica una suspensión. La suspensión es, pues, una limitación (o restricción) especialmente cualificada, según resulta tanto del lenguaje habitual como del jurídico» (FJ 3).

Efectivamente, parece que han de estar en perfecta concordancia tanto un tipo de declaración con otra como las medidas adoptadas, pues «no basta con que las medidas extraordinarias establecidas en un decreto de alarma encuentren acomodo, en abstracto, en lo previsto en la LOAES», pues «es preciso que las limitaciones exorbitantes de

derechos fundamentales que así puedan disponerse, y que no pueden suponer la suspensión de los mismos, se atemperen a las exigencias de la proporcionalidad: en otro caso, los derechos quedarían a merced de la apreciación de oportunidad de los órganos políticos siempre que las medidas adoptadas fueran reconducibles a los tipos genéricos de intervención previstos, en términos no taxativos, en la Ley Orgánica» (FJ 3).

Y, sobre este punto, termina el Tribunal señalando que «ante el estado de alarma, por contraste, los derechos no pueden suspenderse, pero son eventualmente limitables, incluso de modo extraordinario, a resultas de las medidas contempladas en esta Ley Orgánica; si bien cuentan adicionalmente con la defensa que aporta el principio de proporcionalidad» (FJ 3).

Y finalmente, en tercer lugar, nos detendremos en los argumentos del Tribunal acerca dela importancia de la labor de control del Congreso de los Diputados en la declaración de un estado excepcional, labor que creemos que se ha obviado y a la que el Tribunal también realiza una especial mención.

El sistema parlamentario que nuestra Constitución crea se asienta sobre la doble confianza de Cortes y Gobierno. Así, desde su origen, a partir de la investidura del presidente del Gobierno, regulada en el artículo 99 CE, el Ejecutivo debe contar con la confianza del Congreso de los Diputados para existir como tal. Además, el Gobierno ha de seguir contando a lo largo de todo su mandato con la confianza parlamentaria, puesto que las Cortes controlan políticamente al Gobierno y garantizan, en su faceta de impulso político, que se respete el pluralismo. Este pluralismo significa, en el ámbito parlamentario, garantía de participación en la función de control y en las restantes competencias de los grupos parlamentarios, al margen del número de sus miembros. En este sentido, las Cortes Generales se encargan de marcar los límites, condicionar y controlar la actuación del Gobierno.

Sobre el concepto de control y sobre lo que es y no es el control parlamentario del Gobierno se ha escrito mucho y desde distintas perspectivas. Señala Santaolalla López (1990: 240 y 241) que «el control constituye una actividad que un sujeto (controlante) ejerce sobre otro (controlado) para la tutela de ciertos valores que el primero tiene el deber de proteger, actividad que puede consistir en la

verificación de si se han respetado los valores o principios protegidos y en la adopción de medidas sancionatorias o correctivas en caso contrario».

Así, el control parlamentario es lógica consecuencia de la existencia de una relación básica que liga de forma directa e inexcusable al Gobierno con el Parlamento en el régimen parlamentario. Es fruto del principio en virtud del cual la actividad del Gobierno descansa en la confianza parlamentaria, de que precisa de una mayoría en el Congreso para existir, y, consecuentemente, está sometido a responsabilidad política (Sánchez de Dios, 1995: 36).

Los instrumentos de control político ordinario se atribuyen a ambas Cámaras por igual, pero algunos de ellos se confieren con exclusividad al Congreso de los Diputados. Estos últimos los podemos clasificar en cuatro grupos. En primer lugar, con relación a la actividad legislativa encontramos la intervención del Congreso en la convalidación o derogación de los decretos leyes dictados por el Gobierno (artículo 86 CE). En segundo lugar, la autorización previa para la realización de tratados internacionales (artículo 94.1 CE). En tercer lugar, la intervención del Congreso en las declaraciones de los estados de excepción y sitio (artículo 116.3 y 4 CE). Y, en último lugar, la autorización previa del Congreso para la celebración de un referéndum de carácter consultivo (artículo 94 CE).

En relación con este tema dice el Tribunal que la «Ley Orgánica no impone que las medidas acordadas por el Gobierno queden siempre directa y exhaustivamente disciplinadas por el decreto que instaure el estado de alarma, sin remisión a disposiciones o actos ulteriores; ni descarta, tampoco, su posible modificación. Prevé, antes bien, que "el Gobierno también dará cuenta al Congreso de los Diputados de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con este" (art. 8.2)» (FJ 9). Y nos recuerda algo esencial en este asunto, que «el Gobierno debe inexcusablemente dar cuenta inmediata al Congreso de los Diputados del decreto por el que declare el estado de alarma», pues esa comunicación «propicia un control parlamentario (de naturaleza política), que quedaría privado de sentido si el propio Consejo de Ministros pudiera modificar o ampliar, sin nueva comunicación al Congreso, el contenido del decreto dictado o apoderar a otras autoridades, desde un principio o más tarde, para

efectuar tal cambio o ampliación. En ambas hipótesis se malograría tanto la debida información a los representantes de la ciudadanía sobre el alcance efectivo de la alarma constitucional, como el control parlamentario que la Constitución recoge para los estados de crisis (art. 116.5 y 6), el cual no puede soslayarse» (FJ 9).

Y eso ha fallado en este caso, puesto que «el apoderamiento al titular de un departamento ministerial para alterar (no solo en sentido restrictivo: "modificar, ampliar o restringir") lo dispuesto por el Consejo de Ministros en el real decreto, le permitió intensificar o extender las limitaciones ya establecidas a la libertad de empresa de las que se informó al Congreso; o, en otras palabras, reducir los márgenes previamente fijados en los que esa libertad se mantenía, facultades todas ellas solo al alcance del Gobierno mismo, que "responde solidariamente de su gestión política ante el Congreso de los Diputados" (art. 108 CE)», entendiendo además que «dicha habilitación permitió, en definitiva, que la libertad de empresa fuera limitada más allá de lo previsto en los apartados 1, 3 y 4 del Real Decreto sin la correspondiente dación de cuentas al Congreso de los Diputados; garantía de orden político de la que no cabe en modo alguno prescindir». En definitiva, el precepto impugnado malograría ese control y permitía al Gobierno soslayar «tanto la debida información a los representantes de la ciudadanía sobre el alcance efectivo de la alarma constitucional, como el control parlamentario que la Constitución recoge para los estados de crisis (art. 116.5 y 6)» (FJ 9).

Sobre este primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional se emiten cinco votos particulares. Emite voto particular, en primer lugar, el presidente, Juan José González Rivas, solo en relación con la inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7. Entiende el magistrado que «suspender los derechos fundamentales supone sustituir su vigencia por el régimen jurídico que, a juicio del poder público habilitado para ello, conviene a la situación de emergencia. Es claro que, en este caso, no se ha adoptado una decisión formal de esta clase, con lo que ninguno de los derechos fundamentales ha sido suspendido en sentido propio». Y añade que «la sentencia de la mayoría centra las consecuencias de la vigencia del artículo 19 CE en atribuir un valor sustantivo al concepto "suspensión de los derechos fundamentales". No advierte con ello, a mi modo de ver, que en este

contexto de los estados de emergencia la figura de la suspensión tiene un contenido eminentemente formal».

El magistrado Ollero Tassara discrepa «de la consideración mayoritaria de que, dada la intensidad de la limitación de derechos producida, habría tenido lugar de hecho una auténtica suspensión de los mismos, que debiera haber obligado constitucionalmente a declarar un estado de excepción».

Por su parte, el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos sostiene que «la calificación de estos estados como de "alarma" de "excepción" o de "sitio" que realiza este precepto constitucional no se efectúa atendiendo a una diferente graduación de la crisis, sino a la causa que la provoca» y añade que las restricciones establecidas no pueden ser calificadas como una «suspensión» de derechos fundamentales, sino como una «limitación», aunque esta restricción pueda ser tan intensa que pueda conllevar, en determinados supuestos, «un vaciamiento de hecho» del derecho o su privación.

Argumenta el magistrado Cándido Conde-Pumpido en su voto particular que la sentencia genera un grave problema político y de salud al desarmar al Estado frente a las pandemias, y señala que «la sentencia de la mayoría pretende que el régimen de garantías de los derechos limitados para hacer frente a la pandemia, en este caso el derecho a la libre circulación sea el propio del estado de excepción, donde las garantías constitucionales desparecen, en lugar de aquel donde ello no ocurre, el estado de alarma». Señala también que «la construcción doctrinal de la sentencia podría suscitar en un inadvertido lector la impresión de que lo que se consigue con la misma es una mejor garantía de los derechos, pues se somete al Gobierno a un control parlamentario desde el primer momento en el que se produce la restricción de aquellos. Sin embargo, nada más alejado de la realidad, la construcción lo que permite es que se debiliten las garantías constitucionales de los derechos a cambio de que la supresión constitucional de los mismos sea autorizada por el Parlamento».

Para la magistrada María Luisa Balaguer, el Tribunal debería haber utilizado la prueba de proporcionalidad para avalar el confinamiento, puesto que «en la medida en que no es viable declarar simultáneamente el estado de alarma y el estado de excepción, una vez que el Tribunal Constitucional ha entendido que debió optarse por el de

excepción para imponer la medida del confinamiento domiciliario, lo lógico hubiera sido declarar inconstitucional la totalidad del Real Decreto». Y añade «si la forma elegida era constitucionalmente inviable, lo era con carácter general, porque las medidas no podían fragmentarse, utilizando el estado de excepción para las suspensivas de derechos y el estado de alarma para las meramente limitativas. En suma, o todo es inconstitucional por inadecuación del estado excepcional identificado, o nada lo es, habida cuenta de la imposibilidad de disociar las medidas adoptadas en varios instrumentos normativos distintos».

2 Comentario a la STC 183/2021

La STC 183/2021 que comentamos declara la inconstitucionalidad de parte del Real Decreto 926/2020 en relación a la competencia de lo que la norma denomina "autoridades competentes delegadas"; del Acuerdo del Pleno del Congreso de autorización de la prórroga del estado de alarma y en concordancia con la declaración de inconstitucionalidad de parte del Real Decreto 926/2020, también declara inconstitucional el Real Decreto 956/2020. Sobre el pronunciamiento general se formulan también cuatro votos particulares a lo que haremos una breve referencia.

La STC utiliza la doctrina del TC contenida en la STC 148/2021 en relación al tema de la suspensión o limitación de derechos entendiendo en este sentido que «dichas limitaciones deberán respetar, en todo caso, los principios de legalidad y de proporcionalidad, ya que de lo contrario el derecho afectado quedaría inerme ante el poder público, y ya se ha dicho que ante el estado de alarma los derechos fundamentales subsisten» (FJ 3 B).

En relación a la pretensión de los recurrentes de que se declararan inconstitucionales determinadas medidas contenidas en el Real Decreto 926/2020, puesto que podían ser inconstitucionales por afectar a derechos fundamentales, el TC desestima esa pretensión, entendiendo así ajustadas a la Constitución y entendiendo, por tanto, que no vulneran derechos fundamentales ninguna de las medidas adoptadas: ni la limitación de la circulación de personas en horario nocturno (FJ 4), ni la limitación de entrada y salida de personas en comunidades y ciudades autónomas o en ámbitos territoriales inferiores (FJ 5), ni la limitación de la permanencia de grupos de

personas en espacios públicos y privados (FJ 6), ni la limitación de la permanencia de personas en lugares de culto (FJ 7).

A continuación, la STC se dedica al análisis de tres asuntos que vamos a estudiar con más detenimiento. En primer lugar, en relación a la duración de la prórroga del estado de alarma; en segundo lugar, en relación a la "rendición de cuentas" al Congreso de los Diputados; y, en tercer lugar, sobre la designación de Autoridades competentes delegadas.

En primer lugar, en relación a la duración de la prórroga del estado de alarma, indica el Tribunal que «en términos jurídico-constitucionales (…) la determinación parlamentaria del plazo de prórroga de un estado de alarma supone, que, a la vista de las circunstancias concurrentes en el momento de autorizar la prórroga, el Congreso establezca un límite temporal a aquella y que, a su finalización, deba someterse a la nueva valoración y decisión política de la Cámara la eventual prolongación, con unas u otras condiciones, del estado de alarma, si el Ejecutivo llegara a considerar insuficiente el tiempo concedido o, lo que es lo mismo, la efectividad hasta el momento alcanzada de las medidas en su día autorizadas» (FJ 8 C).

Señala, eso sí la STC, que «en cada caso concreto y en función de aquel tipo de anormalidad y de las circunstancias concurrentes, la duración de la prórroga será algo que –en ausencia de aquellos límites legales– corresponde a la apreciación del Congreso, ya lo sea por propia iniciativa o a solicitud del Gobierno, debiendo, por ello, delimitar temporalmente aquel período de prórroga para, de ese modo, proceder a una nueva intervención decisoria cuando tenga lugar una eventual reiteración gubernamental de solicitud de autorización para el mantenimiento, mediante otra prórroga, del estado de alarma» (FJ 8 C).

Aunque la LOAES sí fija la duración del estado de alarma en quince días «ni el texto constitucional ni tampoco el legislador orgánico han establecido expresamente un plazo taxativo para la duración de la prórroga del estado de alarma, de tal manera que, en principio, el Congreso de los Diputados puede, por sí o en atención a lo que interese el Gobierno, establecer un determinado período de tiempo para la duración de la prórroga solicitada» (FJ 8 D). Por eso preocupa especialmente al Tribunal tanto «el excesivo período de duración de la prórroga autorizada, que privaría al Congreso de toda

posibilidad de reconsideración periódica de la evolución del estado de alarma durante los seis meses de pervivencia del mismo; y, de otro lado, la falta de correspondencia de dicho período de tiempo con las medidas a aplicar para revertir la situación de grave alteración de la normalidad apreciada» (FJ 8 D).

Por todas estas consideraciones el Tribunal señala de manera contundente que «no puede calificarse de razonable o fundada la fijación de la duración de una prórroga por tiempo de seis meses que el Congreso estableció sin certeza alguna acerca de qué medidas iban a ser aplicadas, cuándo iban a ser aplicadas y por cuánto tiempo serían efectivas en unas partes u otras de todo el territorio nacional al que el estado de alarma se extendió», indicando que «no es su duración, por sí sola y sin más, lo que merece censura constitucional, sino el carácter no razonable o infundado» (FJ 8 E). Y critica duramente el Tribunal que «la duración de la prórroga del estado de alarma se acordó sin fundamento discernible y en detrimento, por ello, de la irrenunciable potestad constitucional del Congreso de los Diputados para decidir en el curso de la emergencia, a solicitud del Gobierno, sobre la continuidad y condiciones del estado de alarma, intervención decisoria que viene impuesta por la Constitución» (FJ 8 E).

En segundo lugar, en relación a la "rendición de cuentas" al Congreso de los Diputados, «el Ejecutivo, en cuanto Autoridad competente (art. 7 LOAES), transmite al Congreso los datos y conocimientos sobre el estado de la gestión de la "crisis" que, bien por iniciativa propia, bien a requerimiento de la Cámara, aquél está obligado a hacerle llegar» (FJ 9 A). Ya nos hemos referido con anterioridad a la importancia que en momentos de crisis sea el Congreso el que ejerza con toda intensidad sus funciones de control de la actividad del Gobierno, función que tiene especial sentido en esos momentos y que además exige que el Congreso esté debidamente informado de la situación que se producía y de las medidas concretas que el Gobierno iba tomando.

No olvidemos la relevancia en el ámbito del control parlamentario de la comprobación de la eficacia y eficiencia de la actuación gubernamental, vinculando este aspecto con la exigencia de transparencia, que supone un incremento en la información que transmiten los poderes públicos y por ende un incremento también

en los controles. En todos los casos, el control requiere información. Para poder enjuiciar una actuación hay que saber en qué ha consistido ésta, en qué circunstancias se ha desarrollado y que otras posibilidades de actuación existía. Ambas funciones, la de control y la informativa, son auxiliares, en tanto se cubren con los mismos procedimientos parlamentarios. La diferencia básica entre ambas está en los criterios de utilización: la informativa se destina a la vigilancia y conocimiento de la labor gubernamental, mientras que el control aporta una visión crítica de los asuntos cuestionados. Y «en el transcurso de un episodio de grave alteración de la normalidad como es, en el caso de autos, el del estado de alarma declarado por causa de una pandemia, forma parte de los deberes del Ejecutivo el de "rendir cuentas" al Congreso de los Diputados de "los datos y gestiones" que aquél realice para combatir la situación de crisis e informar de la evolución de las medidas que esté aplicando para revertir aquella situación» (FJ 9 A).

Según las disposiciones del Real Decreto 956/2020 el Presidente del Gobierno y el Ministro de Sanidad tenían la obligación de comparecer cada dos y un mes respectivamente en la Cámara, disposición que el Tribunal no estima inconstitucional porque «se limitaba a establecer un marco temporal de regularidad en el cumplimiento de la obligación del Presidente del Gobierno y del Ministro de Sanidad de rendir cuenta al Congreso de la evolución de la pandemia y de los "datos" y "gestiones" que realizaran» (FJ 9 B).

Finalmente, y, en tercer lugar, la STC se pronuncia sobre la designación de Autoridades competentes delegadas vinculando esta cuestión a la imposibilidad de que el Congreso pudiera ejercer sus funciones de control sobre el Gobierno al haber este delegado sus funciones. Recuerda el Tribunal que «en el caso del estado de alarma, Gobierno y Congreso de los Diputados asumen, (…), el encargo constitucional de ser, el primero, la "Autoridad competente" para la declaración inicial y para gestionar, en todo momento, la situación de crisis provocada por la grave alteración de la normalidad que haya determinado aquella declaración inicial y, en su caso, la prórroga del estado de alarma. Al segundo le corresponde el control político de aquella gestión, a través del doble instrumento de la comunicación de la declaración inicial que debe hacerle el Ejecutivo y del más reforzado de la autorización para el inicio de la prórroga de aquel estado

y, en su caso, de posteriores reconsideraciones de aquella, cuando se prevea que tales períodos de prolongación resulten "indispensables" para el restablecimiento de la normalidad» (FJ 10 C).

Y concluye el Tribunal en este punto que, «así las cosas, el Congreso quedó privado primero, y se desapoderó después, de su potestad, ni suprimible ni renunciable, para fiscalizar y supervisar la actuación de las autoridades gubernativas durante la prórroga acordada (art. 116.5 CE y arts. 1.4 y 8 LOAES). Quien podría ser controlado por la Cámara (el Gobierno ante ella responsable) quedó desprovisto de atribuciones en orden a la puesta en práctica de unas medidas u otras. Quienes sí fueron apoderados en su lugar a tal efecto (los presidentes de las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía) no estaban sujetos al control político del Congreso, sino, eventualmente, al de las asambleas legislativas respectivas» (FJ 10 D).

Como hemos señalado anteriormente a la presente STC se han presentado cuatro votos particulares.

El primero de ello, emitido por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, remitiéndose en parte al que ya formuló en relación con la STC 148/2021, explica su desacuerdo tanto a la cuestión de las autoridades delegadas como la extensión de la prórroga. En relación a lo primero recuerda la magistrada que «si la finalidad de la declaración de cualquier estado de urgencia es adoptar medias para recuperar lo antes posible el estado de normalidad constitucional, parece razonable sostener que tales medidas sean lo menos perturbadoras posible del modelo de distribución de poderes 16 (horizontal, vertical y territorial) que se haya llegado a configurar en una situación de estabilidad constitucional». En relación con «la extensión de la prórroga a seis meses, debiera haber sido evaluada evitando toda consideración de oportunidad política y evitando la conexión del juicio de constitucionalidad con el contenido de las medidas adoptadas y su mayor o menor grado de delegación».

El segundo de los votos particulares lo formula el magistrado Cándido Conde-Pumpido, que entiende «que el plazo de duración de la prórroga previsto en el acuerdo parlamentario satisface el juicio de proporcionalidad al tratarse de un plazo cierto y ajustado a las circunstancias derivadas de la situación de emergencia provocada por la pandemia, explicitadas en la decisión del Congreso de los Di-

putados. Plazo de seis meses que, por otra parte, no ha de entenderse como rígido, puesto que, si la situación de crisis desapareciera, su desactivación debería ser automática en aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad (art. 1.2 LOAES), bajo el control parlamentario en todo caso» Tampoco está de acuerdo en la inconstitucionalidad de la STC sobre la delegación realizada, pues en un Estado autonómico se «permite la delegación en los presidentes de las comunidades autónomas, tanto en el caso de estados de alarma territorializados como en el caso de estados de alarma que afecten a la totalidad del territorio».

El magistrado Juan Antonio Xiol Ríos emite el tercero de los votos particulares. Se remite también al voto particular que emitió en relación con la STC 148/2021 y añade su discrepancia tanto con el punto de partida dialéctico de la sentencia, como con el contenido de la argumentación. Así indica que «las reglas del discurso dialéctico exigían, tal como plantea la demanda, resolver en primer término la cuestión relacionada con el alcance y la constitucionalidad del real decreto y de la delegación en los presidentes de las comunidades autónomas; y solo después, en el caso de que se aceptase su constitucionalidad, examinar la constitucionalidad de las medidas desde el punto de vista de la legalidad constitucional y de su proporcionalidad; y, en último término, la procedencia o no de la prórroga desde el punto de vista constitucional en atención a las condiciones en que tuvo lugar».

Finalmente emite voto particular el Presidente Juan José González Rivas, que discrepa especialmente sobre la interpretación que en la sentencia se contiene de la prórroga del estado de alarma. Y en su opinión sí «existió una conexión razonable entre la duración prevista de seis meses y las circunstancias que concurrían en aquel momento histórico con la coyuntura de emergencia» y «el Congreso de los Diputados no resultó privado de los instrumentos de fiscalización durante la vigencia del estado de alarma prorrogado». Igualmente entiende que «el decreto autorizatorio de la prórroga no ejercitó una transferencia de titularidad atributiva de competencias, sino una mera delegación, manteniendo los controles propios de la autoridad delegante que era el Gobierno y que podía revocar en cualquier momento».

3. Comentario a la STC 168 /2021

Finalmente, el Acuerdo de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020 que decidió suspender el cómputo de los plazos reglamentarios que afectaban a las iniciativas que se encontraban en tramitación motivó la presentación de un recurso de amparo que se resolvió en la tercera de las sentencias que estamos comentando. La Mesa levantó la suspensión el 7 de abril de 2020 y comunicó que entendía que la suspensión que se había producido era «una medida adecuada y proporcionada a las circunstancias sanitarias y de salud pública concurrentes». El Tribunal otorga el amparo a los recurrentes entendiendo que dicha suspensión vulneró el derecho fundamental de participación política de los recurrentes (art. 23 CE). A estos efectos recuerda el Tribunal su doctrina sobre «el "ius in officium" del parlamentario, cualquiera que sea el órgano legislativo al que pertenezca», entendiendo «que el art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal, cuyo contenido se extiende al acceso y permanencia en el ejercicio del cargo público, así como a desempeñarlo de acuerdo con la ley, sin constricciones o perturbaciones ilegítimas, correspondiendo establecer su delimitación, sentido y alcance a los reglamentos parlamentarios» (FJ 3 B).

Y el Tribunal relaciona ese derecho fundamental con la importantísima función parlamentaria que tienen las Cortes Generales: el control político del Gobierno y, en el caso concreto, del Congreso de los Diputados la función de exigencia de responsabilidad política.

Así, indica el Tribunal que «en el estado de alarma, el ejercicio del derecho de participación política de los diputados del Congreso debe estar, en todo caso, garantizado y, de modo especial, la función de controlar y, en su caso, exigir al Gobierno la responsabilidad política a que hubiera lugar, haciéndolo a través de los instrumentos que le reconoce el Título V CE y mediante el procedimiento que establezca el Reglamento de la Cámara para cada caso» (FJ 3B). Esto es especialmente relevante. El sistema parlamentario que nuestra Constitución crea se asienta sobre la doble confianza Parlamento-Gobierno. Desde su origen, desde la investidura del Presidente del Gobierno (art. 99 CE), el ejecutivo debe contar con la confianza del Congreso de los Diputados para existir como tal. Además, el Gobierno ha de seguir contando a lo largo de todo su mandato con la confianza parlamentaria,

puesto que las Cortes controlan políticamente al Gobierno y garantizan, en su faceta de impulso político, que se respete el pluralismo.

Y el ejercicio de esa función de control es esencial, incluso en los momentos extraordinarios que suponen la declaración del estado de alarma. Así indica el Tribunal «si la proclamación de alguno de los tres estados "no modifica" la responsabilidad política del Gobierno y corresponde al Congreso de los Diputados la exigencia de tal responsabilidad a aquél por la gestión de sus funciones, potestades o atribuciones, sin distinción de situaciones, los diputados, en el ejercicio de su derecho de participación política, tienen, como una de sus más caracterizadas funciones, la de controlar y, en su caso, exigir responsabilidad política al Gobierno por su gestión, porque la Constitución (art. 116.6 CE) no ha establecido modulaciones ni alteraciones en su configuración o intensidad a aquella responsabilidad» (FJ 3 B). El incierto papel de las minorías en las Cortes, incluso de la oposición, y la rígida disciplina de los grupos parlamentarios están modificando la forma de ejercer las funciones parlamentarias, y de manera grave esa situación se ha modificado durante la vigencia del estado de alarma. Con carácter general, los grupos minoritarios en las Cámaras, no han sido alternativa de gobierno y, por ello, a veces ni siquiera se ha contado con ellos para establecer acuerdos, salvo que sea imprescindible su apoyo a la hora de formar Gobierno. Parece que ha primado exclusivamente la matemática, de tal forma, que el objetivo del acuerdo no ha sido tanto el contenido, sino el número de votos necesario para que cualquier iniciativa fuera aprobada.

Por ello, el Tribunal recuerda que el funcionamiento del Congreso de los Diputados, junto con el de los demás poderes constitucionales del Estado, «no podrá[n] interrumpirse durante la vigencia de estos estados excepcionales (arts. 116.5 CE y 1.4 LOAES) y, como hemos señalado anteriormente, la citada Cámara disponía de medios alternativos para asegurar la continuidad de su funcionamiento durante la vigencia del estado de alarma, por lo que aquel argumento no puede justificar la decisión de interrumpir temporalmente la actividad parlamentaria de la Cámara» (FJ 5 B).

Además de esa exigencia Constitucional del art. 116. 5 CE relativa a que el Congreso debe seguir funcionando, el precepto señala que «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 período de sesiones». Aunque la Constitución solo se refiere al Congreso, la doctrina entiende que la esa imposibilidad de disolución alcanza también al Senado, puesto que el precepto continúa refiriéndose a que «las Cámaras quedarán automáticamente convocadas si no estuvieran en periodo de sesiones. Y así recordamos al hilo de esta situación que «las cláusulas tendentes a garantizar la existencia y la presencia del Parlamento tienen particular sentido en todos aquellos casos en los que el estado excepcional puede ser declarado, aunque sea provisionalmente, por el Gobierno (Cruz Villalón, 1984: 131).

La finalidad de los instrumentos de control es conseguir que el pueblo tenga noticia de las actividades del Gobierno, y que se adquiera acerca de esas actividades una visión crítica. Y esa finalidad adquiere especial notabilidad en momentos graves, puesto que «la función constitucional de control que debe ser ejercitada con la máxima intensidad durante un estado excepcional, como en este caso el estado de alarma, para garantizar de ese modo los derechos de los ciudadanos y el propio Estado de Derecho» (FJ 5B). El pluralismo significa, en el ámbito parlamentario, garantía de participación en el control y en las restantes competencias parlamentarias de los Grupos, al margen del número de miembros. En cierto sentido, las Cortes Generales se encargan de marcar los límites, condicionar y controlar la actuación del Gobierno.

En cuanto a los votos particulares, el primero formulado por la magistrada Balaguer Callejón, al que se adhiere el magistrado Xiol Ríos, manifiesta su desacuerdo en el otorgamiento del amparo puesto que entiende que la Mesa actúo adoptando una medida utilizando el principio de proporcionalidad puesto que «la limitación del ejercicio del derecho a la participación política tiene una finalidad que no sólo ha de reputarse como legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los arts. 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en circunstancias pandémicas».

El segundo de los votos particulares lo formula el magistrado Conde-Pumpido Tourón que utiliza un argumento similar en cuanto al canon de proporcionalidad y entiende además que «la función de control al Gobierno, por exigencia del art. 116 CE, es, a mi juicio, la que debe ser salvaguardada con mayor intensidad durante la vigencia del estado de alarma, y esta función no decayó, ni sufrió interferencia grave, durante el breve periodo de suspensión de los plazos de tramitación».

Finalmente, el tercer voto particular lo formula el Presidente Juan José González Rivas, en el que manifiesta que su primera discrepancia hace referencia a una cuestión metodológica puesto que «la sentencia reconoce explícitamente el análisis de inconstitucionalidad de la Decisión de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020 y nulidad, lo que supone realizar un examen de tipo abstracto sobre la conformidad con la Constitución de la Decisión de 19 de marzo de 2020» y añade que «esta constricción del derecho a la participación política, considerada en las condiciones de los meses de marzo y abril de 2020, aparece proporcionada al logro de los bienes jurídicos ya referidos al configurarse como una regla general y no como una previsión absoluta».

III. Conclusiones

Las SSTC que estamos comentando suponen un hito en la interpretación de una parte de la Constitución que, era prácticamente inédita hasta el año 2020, cuando se declaró el estado de alarma en un supuesto radicalmente diferente al de ahora. Así, la falta de una completa doctrina jurisprudencial sobre la materia es comprensible, ya que se trata de una figura jurídica que, por suerte, ha gozado de escaso protagonismo en nuestra realidad constitucional.

La situación que se está viviendo en España con la epidemia COVID-19 y la consiguiente crisis sanitaria está generando dudas acerca de si la declaración del estado de alarma que se produjo el 14 de marzo y sus sucesivas prórrogas han estado poniendo en un auténtico brete a nuestro sistema constitucional, esto es, como recientemente en la prensa el profesor Manuel Aragón ha señalado, si «está siendo utilizado por el gobierno de manera exorbitante».

Hace ya años que el profesor Cruz Villalón, al que hemos citado anteriormente, trataba el tema del control jurisdiccional de los actos de declaración de los estados excepcionales entendiendo que eran actos políticos y que, por ello, ese control sólo adquiriría pleno sentido «en supuestos extremos de evidente arbitrariedad por parte de los poderes públicos en la apreciación de la situación» (1984, p. 140). Aun así, añadía «el derecho excepcional se mueve, con frecuencia, dentro de situaciones límite, de tal modo que, cuando bajo estas circunstancias, los poderes públicos se sitúan patentemente fuera de la constitucionalidad, no hay que esperar milagros de un Tribunal Constitucional» (1984, p. 141). Y creo que con estas Sentencias del Tribunal se hacen realidad las apreciaciones del ex Presidente del Tribunal Constitucional.

Con las sentencias comentadas algunas cuestiones han podido quedar efectivamente aclaradas. Así, las declaraciones de constitucionalidad de algunas de las medidas adoptadas por el Gobierno en la declaración del estado de alarma esclarecen el panorama acerca del alcance de la "suspensión" o de la "limitación de derechos". La necesidad de los Estados de tener una normativa excepcional se pone de manifiesto desde los inicios del constitucionalismo, y esa alteración entre los poderes del Estado es aceptada, con cautelas, constitucionalmente. Por eso, «el gobierno de crisis significa la sustitución temporal de la técnica que distribuye el poder entre varios detentadores dotados de mutuos controles por la concentración consciente del poder en manos del detentador gubernamental, así como la suspensión de los normales controles interorgánicos de la asamblea frente al ejecutivo durante la duración del período de excepción» (Loewenstein, 1964: 285).

Y también es importante que con estas resoluciones el Tribunal Constitucional ponga el acento en la importancia del control parlamentario de los actos del Gobierno. En esta línea la Constitución española de 1978 distribuye, entre distintos órganos de poder, las potestades constitucionales, estableciendo un equilibrio fundamentado, en último término, en la idea de balances y contrapesos. Un marco que requiere para el funcionamiento regular de las instituciones, tanto el cumplimiento de las competencias propias como el respeto al ejercicio de las funciones de los otros órganos, es decir, el sometimiento al reparto competencial establecido en la propia Constitución. Señala

Astarloa (2017:445) que «la función de control es decisiva para los Parlamentos actuales y por eso todo el mundo coincide en que es preciso acumular el máximo de instrumentos para que la supervisión y la rendición pública de cuentas de los Gobiernos sea lo más exhaustiva posible». Y esto es especialmente relevante en los momentos de declaración de cualquiera de los estados excepcionales. Cuando el funcionamiento regular de las instituciones no es posible es cuando se producen los conflictos y los desacuerdos.

Sin embargo, a la vista de los fallos del Tribunal son muchos aún los aspectos que siguen quedando oscuros. Un estado de alarma como el que hemos vivido produce una alteración del marco constitucional de distribución del poder entre el Gobierno y las Cortes Generales, y también el ámbito de las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas, puesto que la declaración del estado de alarma supone una alteración del marco constitucional de las competencias. Como indicaba Aragón recientemente «ante esa catástrofe es que los sistemas constitucionales tienen, por fortuna, medios previstos para hacerle frente, como son los del Derecho de excepción» (2020:2), aunque bien es cierto que la realidad ha excedido con mucho a las previsiones constitucionales y legales.

Es significativo resaltar que los contenidos de las SSTC no resuelven el debate que se había producido en el mundo jurídico y político sobre la adecuada utilización por parte del Gobierno, no ya de la declaración del estado de alarma, sino de si las medidas eran las proporcionales. Debate que además se ha incrementado por el contenido de los votos particulares discrepantes de algunos de los magistrados constitucionales. Todos los votos, utilizando diferentes argumentos, coinciden en considerar que todas las medidas deberían haber sido declaradas constitucionales, pues no son suspensiones, sino limitaciones de derechos fundamentales, y que por lo tanto fueron debidamente adoptadas bajo el estado de alarma.

La ingente labor normativa del Gobierno y de las comunidades autónomas ha sido en múltiples casos realizada con precipitación y con cierta inadecuación, a esto se suma que la conversión de los Decretos Leyes en leyes ordinarias se está haciendo de manera poco reflexiva, con un resultado preocupante. Aunque esperamos que no suceda en un futuro próximo, podemos pensar que situaciones como las que hemos

vivido pueden volver a repetirse. Por eso, parece esencial actuar ya, modificando y adecuando con lo que se ha vivido y con la jurisprudencia constitucional, las dos leyes que podrían ser utilizadas en estos casos, que siguen tal como fueron aprobadas hace ya unos cuantos lustros: la Ley Orgánica 4/1981, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio y la Ley Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. España no se constituye en un Estado de Derecho entendido de forma aislada, sino, antes bien, en un Estado social y democrático de Derecho. Consecuencia de ello es que la Constitución desea no solo un Estado sometido al Derecho, sino que este Derecho incorpore un amplio régimen de derechos y libertades ciudadanas que constituyan una efectiva garantía de los individuos frente al ejercicio del poder: solo así la inviolabilidad de la esfera individual se encuentra plenamente asegurada. En mi opinión, la polémica jurídica que existe sobre si debía ser estado de alarma o estado de excepción y sobre si las medidas que se han adoptado suponen suspensión o no de derechos fundamentales tiene una importancia limitada.

Como hemos ido indicando todos «los sistemas jurídicos, por lo general, permiten la adopción de medidas excepcionales para actuar en situaciones de emergencia, sin embargo, la adopción de dichas medidas y su impacto en el goce de los derechos humanos debe estar regulada estrictamente» (Goig Martínez, 2009: 294, 295). Lo esencial es que el respeto de los poderes públicos al Estado de Derecho tiene verdadero significado para el ciudadano en los momentos excepcionales, pero también en el inmediato restablecimiento de la normalidad constitucional, buscando vías alternativas lo antes posible, no dilatando la declaración del estado excepcional.

El Estado de Derecho y el cumplimiento de las normas, es uno de los pilares de todo sistema constitucional, por eso debe ser defendido incluso en situaciones excepcionales. Además, esa excepción no debe ser entendida como «algo extraño al Estado de Derecho, sino como un mecanismo de carácter extraordinario que se necesita para su defensa» (Goig Martínez, 2009: 273). Además, no debemos olvidar que el principio de sometimiento de la Administración a la legalidad está prescrito en el art. 116.6 CE en estos términos: «La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes».

Bibliografía

Aragón Reyes, M. (1988). La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24, pp. 9-46.

Aragón Reyes, M. (2020). COVID-19: aproximación constitucional a una crisis. *Revista General de Derecho Constitucional,* 32, pp. 1-5.

Astarloa Huarte-Mendicoa, I. (2017). *El Parlamento moderno: importancia, descrédito y cambio*. Iustel.

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

Goig Martínez, J. M. (2009). La defensa política de la Constitución y estados excepcionales (I). *Revista de Derecho UNED*, 4, pp. 263-296.

Loewenstein, K. (1964). *Teoría de la Constitución*. Ariel.

Sánchez de Dios, M. (1995). La esencia del régimen: el control parlamentario del Gobierno. *Política y Sociedad*, 20, pp. 35-52.

Santaolalla López, F. (1990). *Derecho parlamentario español*. Espasa Calpe.

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 575-588
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1632

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS CONDENAS CONTRA DIVERSAS AUTORIDADES Y MIEMBROS DEL PARLAMENTO POR HECHOS COMETIDOS DURANTE EL PROCESO SECESIONISTA EN CATALUÑA. COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 105/2021 Y 106/2021, DE 11 DE MAYO, Y 107/2021, DE 13 DE MAYO. RECURSOS DE AMPARO NÚMS. 6239-2019, 1407-2020 Y 2670-2017 (BOE NÚM. 142, DE 15 DE JUNIO DE 2021)[1]

CONSTITUTIONALITY OF SENTENCES AGAINST DIFFERENT AUTHORITIES AND MEMBERS OF THE PARLIAMENT FOR ACTS COMMITTED DURING THE SECESSIONIST PROCESS IN CATALONIA. COMMENTARY ON THE CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENTS 105/2021 AND 106/2021, OF MAY 11, AND 107/2021, OF MAY 13, CONCERNING THE APPEALS FOR LEGAL PROTECTION NUMS. 6239-2019, 1407-2020 AND 2670-2017 (BOE NÚM. 142, OF JUNE 15, 2021)

Jesús María González García
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-5335-4748

RESUMEN

Las decisiones objeto de comentario declaran la constitucionalidad de diferentes resoluciones relacionadas con el proceso secesionista ocurrido en Cataluña entre 2014 y 2017. La STC 105/2021 declara no vulnerado el derecho al acceso a los cargos públicos (art. 53.2 CE) ni el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por las decisiones de la Mesa del

[1] Trabajo realizado en el seno del Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación que se titula así: «El futuro proceso penal y el art. 24 CE: derecho de defensa en la instrucción, presunción de inocencia y juicio de acusación, y participación ciudadana (acusaciones y jurado)» (Proyecto de Investigación y Desarrollo2020-115578GB-I00).

Congreso que privaba al procesado, miembro del Parlamento nacional, de ciertos derechos a consecuencia de la suspensión cautelar de sus funciones. Las SSTC 106/2021 y 107/2021 desestiman los recursos de amparo promovidos contra sendas sentencias del Tribunal Supremo, que condenaron a los recurrentes como autores de un delito de sedición y de desobediencia.

Palabras clave: Suspensión cautelar de las funciones de cargo público, delito de sedición, derecho de acceso a los cargos representativos, derecho al juez imparcial, derecho al juez predeterminado por la ley, principio de legalidad penal, proporcionalidad, derecho a la prueba.

Artículos clave: *art. 23.2 CE, art. 24.1 y 2 CE, art. 384 bis LECrim, art. 57.2 EACAt, art. 57 LOPJ, art. 17 LECrim, art. 272 LECrim, art. 544 CP.*

Resoluciones relacionadas: STC 193/2020, STC 69/2021, STC 110/2019, STC 34/2018, STC 215/2016, STC 34/2021, STC 49/1983, STC 51/1985, STC 64/2001, STS2ª 459/2019, STS2ª núm. 177/2017.

ABSTRACT

The analyzed decisions declare the constitutionality of different resolutions related to the secessionist process that occurred in Catalonia between 2014 and 2017. STC 105/2021 declares adjusted to the right of access to public office (art. 53.2 CE) and the due process (art. 24.1 CE), the decisions of the parliament board that deprived the indicted, who subsequently was elected member of the Congress, certain rights as a result of the precautionary suspension of his functions. SSTC 106/2021 and 107/2021 dismiss the appeals for legal protection filed against two Supreme Court judgments, which condemned the appellants as authors, respectively, of a crime of sedition and disobedience. Constitutionality of the temporary suspension of members of the parliament as a result of the bill of indictment in criminal case for the crime of rebellion.

Keywords: *Precautionary suspension of the functions of public office, crime of sedition, right of access to representative positions, right to an impartial judge, right to a judge predetermined by law, principle of criminal legality, proportionality, right to evidence.*

Key articles: *art. 23.2 CE, art. 24.1 and 2 CE, art. 384 bis LECrim, art. 57.2 EACAt, art. 57 LOPJ, art. 17 LECrim, art. 272 LECrim, art. 544 CP.*

Related decisions: STC 193/2020, STC 69/2021, STC 110/2019, STC 34/2018, STC 215/2016, STC 34/2021, STC 49/1983, STC 51/1985, STC 64/2001, STS2ª n.459/2019, STS2ª n. 177/2017.

I. Antecedentes

Las Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) 105/2021 y 106/2021 y 107/2021, del Pleno del Tribunal Constitucional, plantean muchas e interesantes cuestiones, dentro de las diferentes derivadas abiertas por el enjuiciamiento penal del conocido popularmente como *el procés*, en los planos procesal y constitucional. Denominador común de estas tres sentencias de amparo son los acontecimientos que culminaron en el referéndum ilegal del 1 de octubre de 2017, dentro del frustrado proceso secesionista acometido en Cataluña en la década pasada, lo que justifica su deliberación y fallo con una diferencia de dos días. No existe, sin embargo, plena semejanza en los hechos sobre los que se sustenta cada una de las demandas de amparo ni en cuanto al momento en el que se produjeron los actos objeto de impugnación.

En el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 105/2021, la impugnación se dirige contra sendos acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados, anteriores a la sentencia de condena, que especifican algunas consecuencias en el estatuto parlamentario del recurrente a consecuencia de la suspensión cautelar de sus funciones como diputado nacional, por aplicación del art. 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). Las SSTC 106 y 107/2021 se refieren a condenas impuestas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en referencia a hechos diferentes ocurridos con más de tres años de distancia entre sí: en el caso de la STC 106/2021, se deniega el amparo contra la sentencia que condenó al recurrente, como autor de un delito de sedición, como corresponsable de los hechos ocurridos en octubre de 2017; en la STC 107/2021 se desestima la pretensión de amparo contra la condena por un delito de desobediencia, impuesta por hechos ocurridos en 2014, cuando el recurrente se negó, según los hechos probados, a dar efectividad a la orden de suspensión de un «proceso de participación ciudadana» al amparo de una legislación autonómica en suspenso, por aplicación del art. 161.2 de la Constitución española (CE), inciso final, al estar recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno de la nación.

II. Comentario

a) Como decimos, en el asunto resuelto por la STC 105/2021, el demandante de amparo, que había sido suspendido en sus funciones parlamentarias como diputado del Parlamento autonómico de Cataluña, a consecuencia de su procesamiento por Auto del magistrado instructor de la causa especial 20907-2017 (la causa seguida ante el Tribunal Supremo por los hechos del 1 de octubre de 2017), fue posteriormente proclamado diputado del Congreso de los Diputados, al haber sido elegido en las elecciones generales celebradas el 28 de abril de 2019. Tras concurrir a la sesión constitutiva del Congreso, la Mesa recién constituida acordó, en sesión de 24 de mayo de 2019, declarar automáticamente suspendido en el cargo, junto con otros procesados en la misma causa y también electos en el mismo proceso electoral, por «concurrir las circunstancias necesarias para la aplicación del artículo 384 bis LECrim».

La demanda de amparo se dirigió contra los acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados que así lo decidieron (de 5 de junio de 2019 y el que lo confirmó en *reconsideración*, de 16 de julio de 2019), los dos posteriores al acuerdo original de suspensión (de 24 de mayo de 2019, confirmado el 11 de junio de 2019), cuya conformidad con la Constitución fue establecida ya por la STC 193/2020 (Pleno), de 17 de diciembre. En los acuerdos recurridos en amparo se imponían limitaciones a algunos derechos derivados de la condición de parlamentario: la suspensión obsta el derecho a incorporarse en un grupo parlamentario concreto, por lo que se adscribió, al recurrente en amparo y a los demás afectados por el acuerdo, al Grupo Mixto, sin que ello sirviera a efectos de ponderar su voto, asignación de iniciativas, formulación de preguntas con respuesta oral, interpelaciones y proposiciones de ley y no de ley; se les priva también de la posibilidad de formar parte de comisiones y de subcomisiones; asimismo, los acuerdos impugnados decidieron descontar los (cuatro) diputados suspendidos del número total de miembros del Grupo Mixto, una vez se formalizara su incorporación al mismo; denegando el abono de las percepciones económicas propias de la condición de diputado mientras la suspensión se mantuviera, lo cual afectaba a la parte proporcional de la subvención correspondiente al grupo parlamentario

e implicaba la suspensión en la cobertura de protección social prevista por el Reglamento de la Cámara.

El Tribunal Constitucional centra el debate en las quejas autónomas dirigidas contra los acuerdos de la Mesa impugnados en la demanda de amparo, aplicando al caso la doctrina de la STC 69/2021, que resuelve un recurso idéntico promovido por otro de los procesados, y descarta que la Mesa careciera de competencia para adoptar los acuerdos impugnados [FJ 4, B) a)], pues si la Mesa es competente para acordar la suspensión del art. 384 bis LECrim, no hay motivo para entender que no lo es para determinar los efectos de la misma; además, se niega la inexistencia de trámite de audiencia de la Junta de Portavoces, pues esta fue oída antes de resolver la solicitud de reconsideración, lo que haría irrelevante, desde el punto de vista constitucional, la falta de audiencia antes del acuerdo de 5 de junio de 2019 [STC 110/2019, FJ 2 B a)].

El resto de las quejas de amparo, según la sentencia, deben enmarcarse en la queja de falta de motivación y arbitrariedad de los acuerdos: a este respecto, se parte del reconocimiento a la Mesa de «un margen de aplicación en la interpretación de la legalidad parlamentaria que este tribunal no puede desconocer» [STC 34/2018, FJ 3 c), con cita a su vez de la STC 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 5 b)], para concluirse que la interpretación dada no es irrazonable ni arbitraria, por mucho que no sea la más favorable al recurrente, en la hipótesis de que pudiera haber otras posibles al amparo de la normativa aplicable, pues siguieron los razonamientos expuestos en informes previos emitidos por la Secretaría General del Congreso de los Diputados.

Por las mismas razones, se rechazan las quejas de amparo contra la decisión de privar al recurrente de determinados derechos de carácter económico, recordando que dicha pérdida es consecuencia lógica de la suspensión de funciones acordada al amparo del art. 384 bis LECrim, ya declarada conforme con la Constitución: la suspensión debe afectar a todas las funciones y al ejercicio de los derechos y deberes propios del cargo, desde la fecha en que se adquirió la condición de diputado, sin que haya razón para excluir los derechos de carácter económico cuya privación no vulnera el art. 23.2 CE (Auto del Tribunal Constitucional 334/1993, de 10 de noviembre, FJ 2), pues

se impone por falta de ejercicio de las funciones parlamentarias. Por idénticas razones, no se considera lesiva del derecho fundamental la privación del derecho de cotización a la Seguridad Social o a disfrutar de una póliza de accidentes, derechos que, aun reconocidos en el Reglamento del Congreso de los Diputados, no forman parte del núcleo esencial del derecho fundamental de participación, del art. 23.2 CE.

b) Por su parte, en el recurso de amparo resuelto por la STC 106/2021 se impugna la sentencia que puso fin a la causa especial abierta por los hechos ocurridos el 1 de octubre de 2017 (es decir, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS2ª) 459/2019, de 14 de octubre), que condenó al demandante de amparo, junto con otros, como autor de un delito de sedición, a una pena de prisión e inhabilitación absoluta por diez años y seis meses, con privación de honores, empleos y cargos públicos e incapacidad para ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena, y el auto que desestimó los incidentes de nulidad de actuaciones promovidos contra la sentencia de condena.

El tercero de los recurso de amparo (el resuelto por la igualmente desestimatoria STC 107/2021, de 13 de mayo), se promovió contra otra sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (la STS2ª núm. 177/2017, de 22 de marzo, pronunciada en el seno de la causa especial núm. 20249-2016), que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de desobediencia (del art. 410 del Código Penal [CP] a la pena de cinco meses de multa e inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos. De acuerdo con los antecedentes de la sentencia, el condenado, consejero de la Generalidad de Cataluña, desatendió voluntariamente una providencia del Tribunal Constitucional que había suspendido la aplicación de determinadas disposiciones autonómicas recurridas ante la jurisdicción constitucional por el Gobierno de la nación, facilitando de forma «decisiva y contumaz» (según se dice en los hechos probados de la sentencia impugnada) la celebración de una «consulta participativa popular» sin soporte legal sobre el «futuro político de Cataluña», ocurrida el 9 de noviembre de 2014. Estos y otros hechos probados fueron determinantes de la condena por el Tribunal Supremo, en la sentencia que se recurrió en amparo.

El recurso de amparo se fundaba en diversas vulneraciones de derechos fundamentales, muchas coincidentes con las denunciadas en la STC 106/2021: vulneración del derecho a la doble instancia penal, de su derecho a la presunción de inocencia y del art. 14 CE: estas tres quejas fueron inadmitidas en la sentencia, al apreciarse que el recurrente no promovió, como debía, el incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [LOPJ]), infringiendo la subsidiariedad del recurso de amparo. Por ello, el objeto del amparo se reduce a alegada lesión del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), por la inadmisión de numerosas pruebas propuestas en el escrito de conclusiones provisionales (entre ellas, la declaración del presidente del Gobierno, del ministro de Justicia y del fiscal general del Estado).

Todas las quejas admitidas en los dos recursos fueron rechazadas. La supuesta vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley (en el Recurso de Amparo 1407/2020) se basaba en que, con arreglo al Estatuto de Cataluña, la competencia correspondía al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y no al Tribunal Supremo, pues los hechos se cometieron allí y ninguno de los efectos delictivos se proyectaron fuera del territorio de la comunidad autónoma. La STC 106/2021 desestima el motivo aplicando idéntico criterio al de la STC 34/2021 recordando que el derecho fundamental no se encamina a que el Tribunal Constitucional sea la instancia final para resolver cuestiones o conflictos de competencia (criterio sentado ya en la temprana STC 49/1983, de 1 de junio, FJ 8); por ello, el derecho del art. 24.2 CE solo se vería afectado «cuando un asunto se sustraiga indebida e injustificadamente de aquel al que la ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad (FJ 3), lo que a juicio del Alto tribunal no ocurre en el caso: aunque el recurrente adquirió la condición de aforado, según el art. 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña cuando el hecho delictivo, o alguno de sus actos de ejecución, se han cometido fuera de Cataluña la competencia objetiva corresponde al Tribunal Supremo; eso ocurre en el caso, en el que se acredita que parte de las acciones delictivas se dirigían a dar proyección internacional al proceso secesionista (en la querella había un apartado de hechos bajo la rúbrica «Aspectos internacionales de

la declaración de independencia de Cataluña»); en consecuencia, la conclusión alcanzada por la Sala no quiebra el canon constitucional de motivación de la competencia judicial, y fue extensamente justificada en varias resoluciones a lo largo del procedimiento.

La alegada vulneración del derecho a la doble instancia penal (del art. 24.2 CE en relación con el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) es igualmente rechazada por la STC 106/2021: aplicando la doctrina pacífica del Tribunal (por todas, SSTC 51/1985, de 10 de abril, FJ 3; y 64/2001, de 17 de marzo, FJ 5), concluye que en casos de aforamiento ante el Tribunal Supremo no es posible someter la causa a un tribunal superior (lo que es además conforme con lo establecido por el art. 2 del Protocolo adicional núm. 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que excepciona este supuesto de la regla general del doble grado penal); es así, incluso cuando, en atención a las reglas procesales de conexión, el enjuiciamiento en única instancia se extiende a personas no aforadas, en que la restricción del derecho de estas a someter la declaración de la pena y la culpabilidad ante un tribunal superior encuentra justificación suficiente en la aplicación de la norma de conexión por inescindibilidad en el enjuiciamiento de personas aforadas y no aforadas.

Sobre la supuesta vulneración del derecho de defensa y a no ser discriminado por razón de la lengua, al no haberse habilitado un sistema de traducción simultánea para que los acusados y peritos pudieran declarar en catalán, la STC 106/2021 considera que la indefensión denunciada no se produjo, porque a) todos los acusados afirmaron conocer y dominar la lengua castellana, siendo el interrogatorio exigible en la lengua autonómica ex art. 24.1 CE solo en el caso de «ignorancia o conocimiento precario de la lengua castellana». *A fortiori*, todos los acusados rehusaron la posibilidad de declarar en catalán, lo que supone la inexistencia de uno de los presupuestos de la indefensión, dado que fue el propio recurrente quien se colocó en la situación que ahora denuncia. El hecho de que tres de los testigos que solicitaron declarar en catalán hubieran de hacerlo en castellano no devalúa, según la sentencia, la credibilidad de los testigos, afirmación que desconoce el grado de profesionalidad de los magistrados integrantes de la Sala, cuando además la demanda

de amparo, en su queja, no especifica en que aspectos de la sentencia de condena incidieron esas tres declaraciones.

Sobre la alegada falta de imparcialidad del magistrado instructor por la existencia de un posible interés directo o indirecto del instructor en la causa, deducido de la inclusión en el auto de procesamiento de la expresión «la estrategia que sufrimos» (como si se asimilara a las víctimas de los hechos), entiende la STC 106/2021 que se trata de una expresión inocua, que no fue determinante para el auto de procesamiento, los escritos de calificación provisional ni la sentencia de condena. En relación con la falta de imparcialidad del magistrado que formó la sección de apelación dentro de la Sala segunda, por el hecho de ser vicepresidente de una asociación judicial que había emitido comunicados públicos en contra del proceso secesionista, la STC 106/2021 decide inadmitir la queja por concurrir el óbice de falta de denuncia previa en el proceso, dado que el recurrente no promovió tempestivamente el incidente de recusación del art. 217 y ss. LOPJ, rechazándose la alegación de que la recusación fue promovida tan pronto como se tuvo noticia de la existencia de los comunicados; se concluye, en cuanto al fondo de la alegación, que la causa de recusación invocada solo puede ser eficaz por actos propios o expresiones proferidas por aquel a quien se imputa la causa, lo que no se aprecia en el caso, aunque pudiera conocer el contenido de los comunicados, sin que el magistrado afectado participara en modo alguno en la sentencia impugnada (pues solo resolvía apelaciones incidentales).

Tampoco carecen de imparcialidad los magistrados de la Sala sentenciadora que formaron parte del colegio que admitió a trámite la querella: según la STC 106/2021, FJ 5, de los términos del auto de admisión a trámite de la querella no se deduce «una toma de posición de los magistrados sobre los hechos objeto de su enjuiciamiento, por lo que no puede imputárseles tacha de parcialidad alguna», ni matiz que suponga un avance sobre la existencia del delito o la culpabilidad de los autores. La demanda de amparo planteó igualmente el interesante asunto de si la cercanía existente entre el magistrado instructor y el resto de los integrantes («compañeros») de la sala de enjuiciamiento afectaba a la imparcialidad de estos, así como el hecho de que el incidente de nulidad de actuaciones fuera resuelto por los mismos

magistrados: para la STC 106/2021, el recurrente hace depender la alegada parcialidad del tribunal de la aplicación de la regla de competencia (juez predeterminado por la ley), planteamiento erróneo, pues la imparcialidad no depende de que los jueces formen parte de un mismo tribunal, siempre que haya un deslinde entre quien instruye y quien juzga. Idéntico razonamiento se emplea para descartar la falta de imparcialidad del tribunal que decide el incidente de nulidad, pues de lo que se trata con él es de que el tribunal que dictó la resolución presuntamente nula pueda reconsiderar su decisión, lo que sería inviable si se encomendase a otros magistrados. Por último, se descarta también la falta de imparcialidad del presidente del tribunal sentenciador por haber sido mencionado en un texto de mensajería instantánea de un tercero como parte de un pacto para presidir el Consejo General del Poder Judicial, partiendo del hecho inobjetable de que el propio presidente, Sr. Marchena, lo había negado en un comunicado público; también se rechaza que la dirección de las sesiones del juicio por el presidente fuera inquisitiva, alegación que se basa en siete episodios concretos ocurridos en el juicio; entre ellos, el uso de la facultad de formular preguntas de oficio a los testigos (art. 708 LECrim), que no implica vulnerar los límites del contradictorio ni merma de imparcialidad, cuando se refiere a hechos incorporados a las actuaciones en los escritos de calificación, considerando que en el ejercicio de dicha potestad no se advierte acto de valoración probatoria alguno por parte del magistrado que afecte a su imparcialidad material.

La STC 106/2021 rechaza también las quejas de amparo por vulneración del derecho a la prueba, a la presunción de inocencia y al principio de legalidad penal. En relación con el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), el demandante alegaba que no se le permitió incorporar un testimonio de unas diligencias previas seguidas en un procedimiento en el que no fue parte pero de las que dimanó el material probatorio empleado por el fiscal en su acusación. Al no haber podido conocer y participar en actuaciones instructoras que pudieran beneficiarle, difícilmente pudo «proponer la práctica de medios de prueba, favorables a sus tesis, dimanantes de diligencias practicadas en instrucción», pero la STC 106/2021 considera, razonablemente a nuestro entender, que la respuesta dada por la Sala para rechazar dicha diligencia de

prueba no fue irrazonable ni arbitraria, pues se basa en la negativa a la incorporación genérica de materiales de otros procedimientos con objeto diferente a los enjuiciados, evitando así, en beneficio del derecho de defensa del acusado, mezclar documentos y piezas de convicción con otras diligencias que no tienen ese carácter, a pesar de estar documentadas. En referencia a la alegada imposibilidad para contrastar las declaraciones testificales con la prueba documental videográfica, el Alto Tribunal considera que la negativa se encuentra dentro de los márgenes de respeto del derecho fundamental, pues se fundó razonadamente en que a) todos los interrogatorios de testigos fueron contrastados y cruzados, b) no parecía necesario confrontar la declaración de un testigo con el visionado de un video, pues dicho efecto pudo obtenerse con la confrontación con otros medios de prueba y c) ninguna declaración testifical fue determinante. En cuanto a la inadmisión de la declaración del Sr. Puigdemont como testigo, se avala el criterio de la Sala segunda de que dicha declaración pugnaría con su posición procesal como encausado en situación de rebeldía: sin que en ningún caso el demandante indique cuál es la concreta indefensión sufrida por cada prueba o diligencia denegada (argumento éste que sirve también para rechazar idéntica queja en la STC 107/2021, FJ 4, i. f.).

Tampoco hubo vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por la posible influencia en el tribunal de manifestaciones externas de distintos líderes políticos, cuestión ajena al proceso que no puede ser enjuiciada en sede constitucional; ni del derecho al proceso con todas las garantías, por el supuesto filtrado del texto de la sentencia antes de su firma y notificación, dado que no se puede tener por cierta la premisa de la que parte el motivo de amparo, de que las informaciones aparecidas en la prensa provengan de miembros del tribunal sentenciador.

El último bloque de motivos de amparo se refiere a la vulneración del principio de legalidad penal, por no respetarse el principio de proporcionalidad a la hora de individualizar la pena. Entiende la STC 106/2021 que la pena impuesta al demandante por el delito de sedición cumple con la exigencia de proporcionalidad, al tomar en consideración, como elementos básicos, su protagonismo en las decisiones reglamentarias adoptadas y su responsabilidad en la movi-

lización tumultuaria (FJ 10), así como por haber efectuado la debida ponderación con otros derecho fundamentales en juego, como el derecho a la libertad ideológica y de expresión y el derecho de reunión (FJ 11.5.1): no hubo pues desequilibrio manifiesto y no justificable entre la sanción impuesta y la finalidad de la norma punitiva a que anteriormente se ha hecho referencia, en ponderación con los otros derechos que se invocan, cuyo límite de ejercicio se encuentra, precisamente, en el respeto a la legalidad penal. Asimismo, se rechaza por la sentencia que el tipo de sedición del art. 544.1 CP carezca de la taxatividad y claridad constitucionalmente exigible, al amparo del art. 25.1 CE; que se haya abandonado *ad hoc* el principio de accesoriedad limitada en la participación del demandante, dado que el Tribunal Constitucional no puede entrar en si la respuesta penal dada por el Tribunal Supremo era la más ajustada a derecho, sino si la aplicada tenía razonablemente el amparo de la norma legal: de nuevo, la cuestión de los límites del control de motivación por parte del Tribunal Constitucional y de la inexistencia del «derecho al acierto» en la selección e interpretación de la norma aplicada, tantas veces proclamado por la doctrina constitucional. Y, en último término, se descarta que haya habido una interpretación analógica a los hechos enjuiciados del delito de sedición (FJ 11.4).

Es la del respeto del principio de legalidad penal y de la proporcionalidad de la pena en virtud de la gravedad de los hechos y la confluencia del ejercicio de derechos fundamentales una cuestión difícil, tal vez la más espinosa de la sentencia, como acredita el hecho de que es este punto concreto de la motivación de la sentencia el que ha justificado la presentación de un voto particular discrepante por dos magistrados del tribunal, que entienden que el fallo debería haber sido estimatorio por vulneración del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en relación con los derechos a la libertad personal (art. 17.1 CE), a la libertad ideológica (art. 16 CE), y de reunión (art. 21 CE), por haberse impuesto una pena desproporcionada. Los argumentos del voto particular son sugestivos, pero creemos que no desvirtúan los contenidos en la sentencia (FJ 11) como antecedente lógico del fallo desestimatorio del amparo: como se dice en el FJ 11.5.3, i. f.

> no puede quedar amparado en una causa de exclusión de la antijuridicidad el ataque concertado a las bases constitucionales del sistema, valiéndose para ello de una multitud de personas convocadas para obstaculizar el ejercicio de la función jurisdiccional y que son movilizadas para hacer posible una votación declarada ilegal por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

No parece de recibo justificar la impunidad de ciertas acciones (ni exigir la ponderación de la pena a imponerse) porque sean consecuencia del ejercicio de derechos fundamentales; cuando dicho ejercicio tenía por finalidad, según se reconoce en la sentencia condenatoria, garantizar la impunidad o dificultar la persecución de los hechos enjuiciados. En esas condiciones, el comportamiento deja de hallarse bajo el soporte del derecho fundamental de que se trate.

III. Conclusiones

Dentro del comentario se anticipan ya las principales conclusiones. Sin perjuicio de ello, queremos destacar cómo se pone de relieve, en las tres resoluciones estudiadas, la complejidad de la labor acometida por el Tribunal Supremo en el enjuiciamiento de las causas penales vinculadas al denominado «procés», tanto por su novedad, como por la complejidad de los hechos y la participación de una diversidad de sujetos, algunos con responsabilidades públicas y otros no, a lo que se debe sumar la complicación derivada del contexto de apoyo social del que gozaban los enjuiciados y de la dificultad para el tribunal de sustraerse al encendido debate político que rodeó a los procesos.

También se manifiesta en el contenido de las demandas de amparo que dieron lugar a las SSTC 106 y 107/2021, en las que se pone igualmente de relieve la difícil tarea y competencia técnica del Tribunal Constitucional, que da respuesta ordenada, cabal y completa a todos los motivos de amparo invocados. Es difícil, aun así, dar satisfacción a todas las partes implicadas; de hecho, el camino solo está cerrado en el plano nacional, pero quedan abiertas vías de impugnación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuyo resultado es, para nosotros, impredecible. Hay algunos puntos de

las dos sentencias –especialmente, de la STC 106/2021– en donde la argumentación del tribunal ha sido deliberadamente minuciosa, muy probablemente con intención de reforzar la solidez de la decisión y facilitar la labor del TEDH ante la resolución de las demandas pendientes. Pese a ello, hay puntos muy sensibles: especialmente, lo concerniente a la imparcialidad del Tribunal Supremo (sobre todo si atendemos a casos anteriores en que el Estado español ha sido condenado: pensamos en el asunto *Arnaldo Otegi contra España*); y también lo referente a la proporcionalidad de la pena impuesta: no es infrecuente que los razonamientos contenidos en los votos particulares de las sentencias de amparo puedan servir de orientación a las partes a la hora de acudir ante el Tribunal de Estrasburgo, aunque creemos que los argumentos de la sentencia son suficientemente sólidos como para evitar su anulación por el TEDH. Otra cosa es la influencia que pueda tener otros factores externos al proceso, tales como los decretos de indulto aprobados a favor de los condenados o la revisión de la pena impuesta en el Código Penal por los delitos de sedición.

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 589-597
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1631

LA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL EJERCICIO DE CARGO PÚBLICO REPRESENTATIVO POR DECISIONES DE ACCIÓN Y OMISIÓN POR PARTE DE LA PRESIDENCIA DEL PARLAMENTO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 66/2021, DE 15 DE MARZO. RECURSO DE AMPARO NÚM. 980-2020. (BOE NÚM. 97, DE 23 DE ABRIL DE 2021)

THE INFRACTION OF THE RIGHT TO EXERCISE REPRESENTATIVE PUBLIC OFFICE BY DECISIONS OF ACTION AND OMISSION BY THE PRESIDENCY OF THE PARLIAMENT. COMMENTARY ON CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENT 66/2021, OF MARCH 15. CONCERNING THE APPEAL FOR LEGAL PROTECTION NUM. 980-2020. (BOE NUM. 97, OF APRIL 23, 2021)

Esther de Alba Bastarrechea
Profesora Asociada de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid
Letrada de la Asamblea de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-6149-5807

RESUMEN

La sentencia abunda en el perfilamiento del contenido del derecho al ejercicio de cargo público regulado en el artículo 23.2 de la Constitución al considerar que los órganos de gobierno de las Cámaras no están vinculados a una sola interpretación jurídica de las varias que puedan existir y, por ello mismo, una interpretación distinta de la de los recurrentes no vulnera per se el núcleo de sus derechos como parlamentarios.

En este sentido, el Tribunal Constitucional subraya que no es posible que, mediante la invocación del derecho del artículo 23.2 de la Constitución, el Alto Tribunal pueda imponer su propio criterio sobre el de los órganos competentes de las Cámaras adoptados en el ejercicio de las facultades

constitucional y reglamentariamente encomendadas, lo que es una expresión de respeto a la autonomía parlamentaria.

Por último, el Tribunal Constitucional reitera su doctrina acerca de la insuficiencia de una alegación inconcreta y genérica sobre una hipotética vulneración del ius in officium *sin explicitar en la demanda los términos precisos en los que el contenido esencial de su derecho al ejercicio de cargo público se ha visto afectado.*

Palabras clave: derecho al acceso a cargos públicos, derecho a participar en asuntos públicos, ius in officium*, inhabilitación, incompatibilidad, cese, propuesta de candidato para investidura, omisión, vía de hecho.*

Artículos clave: arts. 23.2 y 152 de la Constitución española, 6.2b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, 67 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, 4 y 6 de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia y del gobierno de la Generalitat, 37, 42 y 149 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, 41.3 de la Ley 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Resoluciones relacionadas: STC 81/1991, de 22 de abril, STC 129/2006, de 24 de abril, ATC 262/2007, de 25 de mayo, STC 10/2016, de 1 de febrero, STC 78/2016, de 25 de abril, STC 96/2019, de 15 de julio, STC 159/2019, de 12 de diciembre, STC 173/2020, de 19 de noviembre.

ABSTRACT

The judgment outlines the content of the right to hold public office regulated in Article 23.2 of the Constitution by considering that the governing bodies of the Chambers are not bound to a single legal interpretation of the many that may exist and, therefore, an interpretation different from that of the appellants does not violate the core of their rights as parliamentarians by itself.

In this sense, the Constitutional Court emphasizes that it is not possible that, by the plead of the right of Article 23.2 of the Constitution, the High Court can impose its own criterion on that of the competent bodies of the Chambers adopted in the exercise of the powers constitutionally and statutorily entrusted to them, which is an expression of respect for parliamentary autonomy.

Al last, the Constitutional Court reiterates its doctrine regarding the insufficiency of an unspecific and generic allegation of a hypothetical violation of

the ius in officium *without specifying in the complaint the precise terms in which the essential content of his right to hold public office has been affected.*

Keywords: right to access to public office, right to participate in public affairs, ius in officium*, disqualification, incompatibility, dismissal, proposal of candidate for investiture, omission, de facto action.*

Key articles: arts. 23.2 and 152 of the Spanish Constitution, 6.2b) of Organic Law 5/1985, of June 19, 1985, on the General Electoral System, 67 of Organic Law 6/2006, of July 19, 2006, on the reform of the Statute of Autonomy of Catalonia, 4 and 6 of Law 13/2008, of November 5, 2008, on the Presidency and Government of the Generalitat, 37, 42 and 149 of the Regulations of the Parliament of Catalonia, 41.3 of Law 2/1979, of October 3rd, 1979, of the Constitutional Court.

Related decisions: STC 81/1991, April 22; STC 129/2006, April 24, ATC 262/2007, May 25, STC 10/2016, February 1, STC 78/2016, April 25, STC 96/2019, July 15, STC 159/2019, December 12, STC 173/2020, November 19.

I. Antecedentes

El 14 de febrero de 2020 treinta y dos diputados del grupo parlamentario Ciutadans del Parlamento de Cataluña formularon recurso de amparo por vulneración del *ius in officium* como contenido esencial del derecho al ejercicio de cargo público reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución. Los recurrentes plantean que este derecho se vio afectado por los acuerdos adoptados por la Mesa del Parlamento en sus sesiones de 14 y 27 de enero de 2020 que, de forma indirecta, les obligaban a dirigir sus iniciativas de control y singularmente las preguntas de contestación oral a personas «que no pueden ser miembros del Gobierno o presidente de la Generalitat, convirtiendo en "ineficaz" o "quimérica" la propia finalidad de control». Los recurrentes consideran que los mencionados acuerdos eluden anudar la inhabilitación del presidente de la Generalidad, condenado a dicha pena por sentencia firme, a la pérdida de la condición de presidente, dado que entienden que la pérdida de la condición de diputado autonómico conlleva la pérdida de la condición de presidente en tanto en cuanto ser diputado autonómico es condición para ser presidente. También recurren la «decisión del presidente del Parlamento de Cataluña de perturbar ilegítimamente al Grupo Parlamentario de Ciutadans el ejercicio de la esencial función de control e impulso de la acción del Govern de la Generalitat al obligar a dirigir las preguntas de control al Presidente de la Generalitat a una persona carente de capacidad jurídica para ostentar dicho cargo» y la concreta aplicación de esta decisión a las pregunta sustanciadas en las sesiones plenarias de los días 11, 12 y 13 de enero de 2020.

II. Comentario

El Tribunal Constitucional comienza los fundamentos jurídicos de su resolución fijando los auténticos objetos y pretensiones de las partes y, singularmente de la parte recurrente.

En este sentido, nos remitimos al apartado de Antecedentes en lo relativo al objeto del recurso planteado por los demandantes de amparo.

Por su parte, el letrado del Parlamento de Cataluña solicita la desestimación del recurso por varios motivos. En primer lugar, expone que la pérdida de la condición de diputado conlleva la de

presidente puesto que ser requisito de acceso al cargo no implica ser requisito para su permanencia, este es, además, el sentido de un informe emitido por los Servicios Jurídicos del Parlamento el 13 de enero de 2020, con carácter previo a las reuniones de la Mesa del Parlamento y que sirvió de fundamento para la adopción de sus acuerdos. En segundo lugar, expone que el único acuerdo de la Mesa en su reunión de 14 de enero de 2020 fue el relativo a formular recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Junta Electoral Central núm. 2-2020, de 3 de enero, por el que se decidió que sobre la persona titular de la Presidencia de la Generalidad había sobrevenido una causa de inelegibilidad, por lo que ordenó a la Junta Electoral Provincial de Barcelona que declárasela vacante y expidiese la credencial al siguiente candidato de la lista por la que el afectado por la inhabilitación había concurrido a las elecciones. Entiende el letrado del Parlamento que dicho acuerdo no puede, en modo alguno, vulnerar el *ius in officium* de los recurrentes. En tercer lugar, expresa que el acuerdo adoptado por la Mesa en su sesión de 27 de enero de 2020 se ciñó o tomar conocimiento de un escrito presentado por el secretario general del Parlamento en el que anunciaba que daría cumplimiento a un requerimiento efectuado por la Junta Electoral Central el 23 de enero de 2020 para hacer efectivo su acuerdo de 3 de enero, por lo que entiende, una vez más, que dicho acuerdo no ha implicado impedimento alguno para el ejercicio del cargo público de los diputados recurrentes. Por último, afirma que los diputados recurrentes, tanto de forma individual como en su condición de integrantes de un grupo parlamentario han ejercido la función de control sin cortapisa alguna.

El Ministerio Fiscal expone que el recurso, en el fondo, no se opone a los acuerdos adoptados por la Mesa del Parlamento en las sesiones de 14 y 27 de enero de 2020 sino, precisamente, en lo que no se acordó en dichas reuniones, es decir, en la omisión de un acuerdo que explicitase que la pérdida de la condición de diputado conllevaba indefectiblemente la pérdida de la condición de presidente de la Generalidad, por lo que, en consecuencia, las preguntas debían dirigirse a quien no había dejado de ser presidente. Pese a entender que este es el *petitum* subyacente en el recurso de amparo, el Ministerio Fiscal expresa que ese no es el recurso formalmente planteado por

lo que, ante la imposibilidad de reconstruir la demanda, solicita la desestimación del recurso.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional al subrayar la necesidad de depurar de imprecisiones el recurso planteado para poder realizar un pronunciamiento sobre el fondo. En efecto, el recurso se vertebra sobre la vinculación de la pérdida de la condición de diputado, a causa de la inhabilitación a la que había sido condenado el entonces titular de la Presidencia de la Generalidad, con la pérdida de la condición de presidente y, a su vez, con la vinculación de esta circunstancia a una supuesta vulneración del derecho al ejercicio de la función de control como parte del *ius in officium.*

Sin embargo, la auténtica pretensión de la demanda de amparo reside en la omisión de respuesta a la solicitud del propio grupo parlamentario recurrente acerca de que la Mesa de la Cámara o el propio presidente de la misma procediesen a la declaración de que el presidente de la Generalidad habría incurrido en causa de cese y, por ello, era procedente el inicio de los trámites para la consecución de la investidura de un nuevo presidente de la Generalidad.

Aparentemente, pues, nos encontraríamos ante una omisión de los órganos de la Cámara que habría implicado una vulneración del derecho a la representación política de los parlamentarios que los recurrentes concretan en las sesiones de control que habrían tenido lugar los días, 11, 12 y 13 de enero de 2020. Esta posibilidad de afectación al derecho al ejercicio de cargos públicos por la vía de omisión ha sido objeto de tratamiento por parte el Tribunal Constitucional en STC 173/2020, de 19 de noviembre, en la que considera insuficiente «una genérica e inconcreta denuncia de vulneración de las facultades parlamentarias vinculadas al núcleo del *ius in officium* protegido constitucionalmente a través del artículo 23.2 CE».

Sin embargo, el Tribunal Constitucional destruye esta apariencia de omisión y pone el foco en el hecho de que, no solo no se trata de recurrir los acuerdos de la Mesa del Parlamento de 14 y 27 de enero de 2020, es que tampoco se trata de recurrir lo que la Mesa no acordó o sobre lo que no se pronunció, pese a haber sido solicitado, sino que lo que se recurre no es más que una discrepancia sobre si la pérdida de la condición de parlamentario autonómico conlleva o no, de forma automática, la pérdida de la condición de presidente de la

Generalidad. Lo que, en definitiva, se traduce en la solicitud de un pronunciamiento del propio Tribunal Constitucional acerca de este extremo.

El Tribunal Constitucional aclara que el pronunciamiento que se pretende no es una declaración que le corresponda como máximo garante del texto constitucional.

Así, expone que la pretensión de los recurrentes de la vinculación de la pérdida de la condición de diputado con la pérdida de la condición de presidente no es más que una interpretación jurídica de las normas aplicables que no excluye otras interpretaciones jurídicas posibles. Otras interpretaciones que, además, son bien conocidas por los recurrentes por cuanto han sido contempladas por los propios Servicios Jurídicos del Parlamento en su informe de 13 de enero de 2020, que sostiene que si bien ostentar la condición de diputado es requisito necesario para obtener las investidura, «una interpretación sistemática, lógica y gramatical del Estatuto de Autonomía permite afirmar que la pérdida de la condición de diputado no afecta a la continuidad en el cargo del presidente de la Generalitat», puesto que no hay norma alguna que establezca la vinculación entre ambas condiciones para permanecer en el cargo de presidente de la Generalidad, ya que dicha vinculación solo se predica respecto del acceso a dicho cargo.

En coherencia con este planteamiento, el Tribunal Constitucional entiende que una mera discrepancia jurídica no entraña una vulneración del derecho a la representación política ni al ejercicio de cargo público en tanto en cuanto, de acuerdo con su muy reiterada y abundante doctrina sobre el contenido del *ius in officium* de los cargos públicos representativos, el derecho previsto en el artículo 23.2 de la Constitución es un derecho e configuración legal sin que ello signifique que cualquier infracción de la legalidad implique automáticamente una lesión en el ejercicio del mencionado derecho y que, en este sentido, solo tienen relevancia constitucional aquellos derechos o facultades atribuidos a los cargos electos representativos que pertenezcan al núcleo de su función representativa en tanto en cuanto ello supone no solo la defensa del derecho al ejercicio del cargo público (artículo 23.2 de la Constitución) sino también la protección del derecho de los ciudadanos a la participación en asuntos públicos por medio de representantes (artículo 23.1 de la Constitución).

Además, el Tribunal Constitucional no solo considera improcedente el recurso por entender que los actos recurridos no afectan al contenido esencial del derecho supuestamente vulnerado sino que, de forma muy explícita, expresa que los órganos de gobierno de las Cámaras parlamentarias disponen de un margen de interpretación de la legalidad parlamentaria que queda exento del juicio de constitucionalidad en lo relativo a las decisiones parlamentarias sin fuerza de ley y ello por dos motivos: en primer lugar, porque no es posible ampliar el ámbito de aplicación del artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para incluir en el mismo acuerdos parlamentarios no susceptibles de vulnerar derechos fundamentales, ya que nos encontraríamos ante un fraude de ley y en segundo lugar, porque una actuación en tal sentido por parte del Alto Tribunal incurriría en una intromisión en la autonomía parlamentaria constitucionalmente reconocida, precisamente por parte del órgano encargado de protegerla.

En esta sentencia, de forma muy clara, el Tribunal Constitucional expresa que «no cabe que a través del derecho del artículo 23.2 CE, el Tribunal Constitucional pueda hacer valer su criterio frente al adoptado por los órganos competentes de la Cámara en el ejercicio de las facultades que tienen legal y constitucionalmente encomendadas». Esta afirmación no es sino un alegato en favor de la autonomía parlamentaria que, en ese caso, se predica respecto de un parlamento autonómico, como lo es el Parlamento de Cataluña, en términos de igualdad con las Cortes Generales al mencionar las atribuciones constitucionales de los órganos de gobierno. Este reconocimiento implícito no carece de relevancia por cuanto, pese a la identidad de funciones de los parlamentos autonómicos y estatal, no son pocos los operadores jurídicos que dan tratamiento de parlamentos capitidisminuidos a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

III Conclusiones

La resolución objeto del presente comentario resuelve de forma elegante, a la par que contundente, un recurso de amparo presentado de forma instrumental y, por lo tanto, espuria, ya que su finalidad última no era obtener el amparo constitucional con objeto de restablecer el derecho supuestamente vulnerado sino, más bien,

obtener un pronunciamiento constitucional acerca de si el presidente de la Generalidad podía continuar en el desempeño de su cargo después de haber perdido la condición de diputado. Con ello se poner en valor el contenido del artículo 41.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Esta cuestión, como bien expresa nuestro Alto Tribunal no forma parte de sus competencias sino de las de los órganos de gobierno del Parlamento de Cataluña a quienes se protege en el ámbito de la autonomía parlamentaria para la adopción de esta decisión y se reconoce un margen de interpretación de la normativa aplicable.

La sentencia reitera, una vez más, la ya conocida jurisprudencia constitucional según la cual el derecho de ejercicio de cargos públicos es un derecho de configuración legal que, no obstante, no queda vulnerado ni afectado por las infracciones de legalidad que no afecten a su contenido nuclear esencial.

La sentencia también abunda en la inviabilidad de la utilización del artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para el enjuiciamiento de constitucionalidad de actos parlamentarios sin fuerza de ley.

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 599-609
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1630

EL EJERCICIO DE CARGO PÚBLICO REPRESENTATIVO: INICIATIVA LEGISLATIVA PARLAMENTARIA VS. VETO PRESUPUESTARIO GUBERNAMENTAL. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 53/2021, DE 15 DE MARZO. RECURSO DE AMPARO NÚM. 6546-2018. (BOE NÚM. 97, DE 23 DE ABRIL DE 2021)

THE EXERCISE OF REPRESENTATIVE PUBLIC OFFICE: PARLIAMENTARY LEGISLATIVE INITIATIVE VS. GOVERNMENT BUDGET VETO. COMMENTARY ON CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENT 53/2021, OF MARCH 15. CONCERNING THE APPEAL FOR LEGAL PROTECION NUM. 6546-2018. (BOE NUM. 97, OF APRIL 23, 2021)

Isabel María Abellán Matesanz
Letrada de las Cortes Generales
https://orcid.org/0000-0002-6616-1101

RESUMEN

El Tribunal Constitucional, por la vía del amparo, estimando la pretensión del recurrente, mediante su Sentencia 53/2021, de 15 de marzo, anula un acuerdo de la Mesa de la Asamblea Regional de la Región de Murcia –y el subsiguiente dictado en la solicitud de reconsideración– que inadmitía a trámite una proposición de ley, por entender que dichos acuerdos parlamentarios vulneraron el derecho del recurrente al ejercicio del cargo público parlamentario con los requisitos que señalan las leyes (art. 23.2 CE), en conexión con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes (art. 23.1 CE), en la medida en que carecían de una motivación formal y material, más allá de expresar la conformidad con el veto presupuestario formulado por el Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

El recurso de amparo le sirve al Alto Tribunal para exponer, una vez más –y ya son varias en los últimos tiempos–, su doctrina acerca del ius in officium

parlamentario, así como para recordar la no tan frecuente de las facultades de la Mesa, como órgano de gobierno parlamentario, en relación con el veto presupuestario gubernamental.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, recurso de amparo, derecho de representación política, derecho de participación política, ius in officium*, cargo público parlamentario, proposición de ley, veto presupuestario, Mesa.*

Artículos clave: art. 23.1 y 2 CE y art. 120 del Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia.

Resoluciones relacionadas: STC 5/1983, de 4 de febrero; STC 32/1985, de 6 de marzo; STC 202/2014, de 15 de diciembre; STC 1/2015, de 19 de enero, y STC 17/2019, de 11 de febrero.

ABSTRACT

The Constitutional Court, by an individual appeal for protection, upholding the claim of the appellant, by means of judgment 53/2021, of March 15, annuls an agreement of the Bureau of the Regional Assembly of Murcia –and the subsequent one, dictated in the request for reconsideration– that rejected for processing a non-governmental bill, since it is understood that said parliamentary agreements violated the appellant's right to exercise public parliamentary office with the requirements established by law (art. 23.2 CE), in connection with the right of citizens to participate in public affairs through their representatives (art. 23.1 CE), insofar as they lack formal and material motivation, beyond expressing agreement with the budgetary veto formulated by the Governing Council of the Region of Murcia.

The appeal for amparo serves the High Court to expose, once again – and there have been several in recent times – its doctrine about the parliamentary ius in officum *as well as to remind the not so frequent of the powers of the Bureau as a parliamentary governing body regarding to the governmental budgetary veto.*

Keywords: Constitutional Court, appeal for legal protection, right to political representation, right to political participation, ius in officium*, public parliamentary office, non-governmental bill, budgetary veto, Bureau.*

Key articles: art. 23.1 and 2 of the Spanish Constitution and art. 120 of the Regional Assembly of Murcia Standing Orders.

Related decisions: STC 5/1983, of February 4, STC 32/1985, of Mars 6, STC 202/2014, of December 15, STC 1/2015, of January 19, and 17/2019, of February 11.

I. Antecedentes

En la sentencia que se analiza, el Tribunal Constitucional estima un recurso de amparo parlamentario, presentado por el portavoz del Grupo Parlamentario Podemos en la Asamblea Regional de Murcia, y anula dos acuerdos de la Mesa de dicha Asamblea, de 6 de septiembre y de 28 de mayo de 2018, que inadmitieron a trámite la proposición de ley «de modificación de la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia», presentada por el referido grupo parlamentario. Acogiendo las tesis del recurrente, el Tribunal Constitucional considera que el órgano de gobierno parlamentario había vulnerado los derechos de representación y de participación política, reconocidos en el artículo 23.1 y 2 de la Constitución española (CE), por cuanto la motivación que en dichos acuerdos se esgrimía –la conformidad con el veto presupuestario expresado por el Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, al amparo de la facultad reconocida en el artículo 120 del Reglamento de la Asamblea– era insuficiente, formal y materialmente.

Varias cuestiones clave en el ámbito parlamentario analiza el Alto Tribunal en el recurso de amparo que concluye con la Sentencia 53/2021, de 15 de marzo, que se comenta: el contenido del *ius in officium* parlamentario, las facultades de la Mesa como órgano de gobierno parlamentario y el veto presupuestario. A todas ellas nos referiremos por separado en las líneas que siguen.

II. Comentario

a) El *ius in officium* parlamentario

A propósito de este derecho, consagrado en el artículo 23.2 CE, existe una larga, constante y consolidada doctrina constitucional, que se inició con las ya lejanas sentencias 5/1983, de 4 de febrero, y 32/1985, de 6 de marzo, y que, a golpe de caso, se ha ido perfilando en el transcurrir de los años, si bien manteniendo en lo esencial las líneas definitorias que, sobre el contenido y límites del derecho de representación política, se fijaron en las señaladas sentencias.

El Tribunal Constitucional, en esta que se analiza, después de hacer una breve mención a la peculiar posición de los amparos parlamentarios, por la trascendencia general que tienen, desde el momento en que afectan al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes, y por cuanto se promueven sin haber contado con una vía judicial previa, pasa a detallar las características que integran el derecho de representación política o derecho de los parlamentarios a ejercer su cargo; son, según las ha ido determinando la jurisprudencia constitucional, básicamente, las tres siguientes:

– El derecho reconocido en el artículo 23.2 CE garantiza tanto el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, como también que quienes hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga. Esta garantía tiene especial relevancia cuando –como es el caso– el solicitante de amparo es un representante parlamentario en defensa del ejercicio de sus funciones.
– Existe una conexión directa entre el derecho de los parlamentarios a desempeñar su cargo representativo (art. 23.2 CE) y el que la Constitución atribuye a los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), puesto que son primordialmente los representantes políticos quienes dan efectividad al derecho de aquellos –y lo actualizan–, de modo que ambos derechos, el del ejercicio del cargo público representativo y el de participación en asuntos públicos de los ciudadanos, deben ser tenidos en cuenta a la hora de enjuiciar la vulneración de derechos fundamentales.
– No cualquier acto del órgano parlamentario que infrinja la legalidad del *ius in officium* –se trata de un derecho de configuración legal y son los reglamentos parlamentarios los que fijan y ordenan los derechos y atribuciones de los parlamentarios que integran el *status* propio de su cargo– resulta lesivo del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE, puesto que, a tales efectos, solo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria.

A partir de la exposición de estas tres características esenciales, pasa el Tribunal Constitucional a examinar en qué medida, en el caso que se somete a su consideración, la actuación de la Mesa de la Asamblea Regional de Murcia, denegando la admisión a trámite de la referida iniciativa legislativa, incurre en una lesión del artículo 23.2 CE así concebido, por cuanto impide a un grupo parlamentario –Podemos en la Asamblea Regional– el ejercicio de su función de representación política; concluyendo –según el razonamiento que más adelante detallaremos– que existe, en efecto, una vulneración del derecho de los demandantes, al impedir el órgano parlamentario la tramitación de una proposición de ley promovida por un determinado grupo parlamentario, cuando, según el propio Tribunal Constitucional ha señalado en numerosas ocasiones, las proposiciones de ley promovidas por los grupos parlamentarios son la forma más expresiva y señalada de participación de los parlamentarios en la potestad legislativa de las Cámaras, y esta, la máxima expresión del ejercicio de la soberanía popular. De este modo, cuando el órgano de gobierno de la Cámara niega a un grupo parlamentario esta posibilidad, está afectando a su derecho, salvo que su actuación de control se encuentre debidamente justificada. De modo que la justificación o motivación de la actuación de la Mesa se convierte así en capital para determinar si existe o no vulneración del derecho amparado por el artículo 23.2 CE.

Lo que, de seguido, lleva al Alto Tribunal a examinar cuáles son las facultades que, respecto del ejercicio de las funciones de los parlamentarios, corresponden a la Mesa de la Asamblea Regional, en cuanto que órgano de gobierno de la Asamblea Regional, y cuáles sus motivaciones para limitar tan importante facultad parlamentaria.

b) Las facultades de la Mesa como órgano de gobierno parlamentario

Antes de examinar este segundo aspecto que merece su atención, el Tribunal Constitucional reconoce su autolimitación, en virtud del principio de la autonomía de las Cámaras, constitucionalmente reconocida; quiere ello decir que la fiscalización que a esa Alta Institución corresponde no puede ir más allá de la mera comprobación de que los acuerdos de la Asamblea Regional que motivan el recurso son arbitrarios o manifiestamente irrazonables, sin pretender, en modo alguno, reemplazar con su actuación jurisdiccional la voluntad del

órgano de gobierno parlamentario ni las funciones de calificación que, en exclusiva, le competen.

Partiendo de esta base de reconocimiento por el Alto Tribunal del margen de actuación de la Mesa, respecto del cual el órgano revisor solo puede ejercer un control negativo, la cuestión por dilucidar se ciñe al examen de las razones que la Mesa de la Asamblea esgrime para denegar la tramitación de la proposición de ley en cuestión y a valorar si tales razones son suficientes y razonables para limitar un derecho fundamental tan consustancial a la función parlamentaria como es el derecho reconocido en el artículo 23.2 CE.

En este sentido, la actuación de la Mesa de la Asamblea Regional de Murcia fue conforme a lo que establecía el artículo 120 del Reglamento de la Asamblea Regional: solicitó la conformidad del Consejo de Gobierno para la admisión a trámite de una proposición de ley que estimó que tendría repercusiones presupuestarias, en cuanto que su aplicación podría implicar un incremento de créditos y, manifestada la oposición del Consejo de Gobierno, se atuvo, en su acuerdo de inadmisión, a las razones que el Ejecutivo esgrimió para ejercer su veto.

c) El veto presupuestario gubernamental

También en relación con la facultad de los Gobiernos de ejercer el veto presupuestario –y en cuanto a las potestades de control de las Mesas de los Parlamentos en relación con ello– existe, desde antiguo, una consolidada doctrina, aplicable tanto al Congreso de los Diputados respecto del veto del Gobierno de la nación como a las Asambleas autonómicas respecto de los vetos de los Consejos de Gobierno respectivos.

Esta jurisprudencia, que también repasa el Tribunal Constitucional en la sentencia de amparo que se analiza, se resume en los siguientes puntos:

– Respecto del alcance temporal del veto presupuestario, este ha de referirse al presupuesto en vigor, en coherencia con el principio de anualidad presupuestaria, sin poder ejercerse con relación a ejercicios futuros respecto de los cuales el presupuesto no ha sido aprobado.

– En cuanto a la motivación de la resolución del Gobierno al hacer uso de su facultad de veto, debe expresar la incidencia directa e inmediata de la iniciativa de que se trate en el presupuesto, precisando las concretas partidas que se verían afectadas, y sin perder de vista el efecto restrictivo que el veto gubernamental tiene sobre la propia función del Legislativo.
– En relación con las facultades de control de la Mesa sobre la facultad de veto del Gobierno, son de carácter reglado, no pueden responder a criterios de oportunidad política y tienen una doble vertiente: formal y material. El control formal, el más sencillo, se agota en la verificación de que el Gobierno ha dado respuesta, expresa y motivada, en plazo, y de que concurre el presupuesto habilitante (aumento de los créditos o disminución de los ingresos) para la manifestación de su disconformidad. El control material implica, en cambio, la comprobación de la suficiencia de la justificación del Gobierno en relación con la disconformidad a la tramitación de una iniciativa por la afectación directa de los gastos o los ingresos. En el caso de que la negativa del Gobierno resulte manifiestamente infundada, la Mesa podrá hacer esta constatación, si bien, no sustituir al Ejecutivo en el enjuiciamiento que le corresponde. Y, en el caso de que la Mesa se muestre de acuerdo con el veto presidencial, y, en consecuencia, decida inadmitir una proposición de ley por este motivo, su respuesta habrá de ser, asimismo, formal y materialmente motivada, como corresponde al control ejercido, pero nunca –la misma prevención que existe para el Gobierno– enmascarar un juicio sobre la oportunidad política de la iniciativa, porque ello supondría una lesión del derecho a ejercer la función parlamentaria y, con ello, del derecho de participación ciudadana.

A partir de estos parámetros generales sobre el veto presupuestario del Ejecutivo, el Tribunal Constitucional enjuicia la actuación de la Mesa de la Asamblea Regional de Murcia, a los efectos de discernir –y la respuesta, adelantamos, es afirmativa– si sus acuerdos de inadmisión de la proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Podemos vulneraron los derechos reconocidos en el artículo 23 CE, tal y como alega la demanda de amparo.

d) La interpretación constitucional

Aun cuando el fallo de la sentencia es, como se acaba de anticipar, estimatorio y, por tanto, reprueba la actuación de la Asamblea Regional y anula sus acuerdos de inadmisión de 6 de septiembre y de 28 de mayo de 2018, es interesante hacer notar, antes de entrar a comentar la lesión de los derechos de representación y participación política, que, en contra de lo que el recurrente sostuvo en su demanda de amparo, el Tribunal Constitucional confirma la corrección de la actuación de la Asamblea Regional de Murcia en varios puntos:

– Primeramente, al recabar la conformidad del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia para la admisión a trámite de la iniciativa legislativa presentada, puesto que ello venía exigido por el artículo 120 del Reglamento de la Asamblea, vigente en la fecha de los hechos que se enjuiciaban. Este requerimiento al Gobierno autonómico, en cumplimiento de un precepto reglamentario –actuación, por otra parte, debida para la Mesa y que no puede, por tanto, tildarse de inmotivada e irrazonable–, no resulta, en modo alguno, lesivo para el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE.
– Tampoco resulta vulnerado tal derecho por el mero hecho de no habérsele notificado al demandante el acuerdo de la Mesa de la Asamblea de recabar el criterio del Ejecutivo autonómico, puesto que, al margen de que dicha notificación fuera o no exigible, lo cierto es que en la Mesa de la Asamblea tenía representación el grupo parlamentario demandante, con lo que no puede negarse que tuviera un cabal conocimiento del procedimiento que se seguía, respecto del cual no objetó nada en aquel momento.

Si estuvo, pues, acertada la Mesa de la Asamblea en estas sus primeras actuaciones, no lo estuvo, en cambio, en las subsiguientes que de estas derivaron, y de ahí que sus acuerdos, denegando la admisión a trámite de la proposición de ley que presentó el Grupo Parlamentario Podemos, sean finalmente anulados por el Tribunal Constitucional, concediendo el amparo a los demandantes, sobre la base de las siguientes razones:

– La Mesa de la Asamblea Regional, sin ulterior motivación, se limitó a aceptar la esgrimida por el Consejo de Gobierno de la

Región de Murcia, detallada en un informe negativo emitido por la Consejería de Salud, que fue, asimismo, trasladado a la Asamblea, acompañando su manifestación de disconformidad; una manifestación de disconformidad que la Mesa de dicho órgano consideró «una explicación razonada».

– Sin embargo, las razones esgrimidas en dicho informe contravenían en varios puntos la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional respecto de los vetos presupuestarios gubernamentales y, al hacerlas suyas, asimismo, la Mesa de la Asamblea la contravino en lo siguiente:

  - por un lado, la facultad de veto, ampliamente interpretada desde el Ejecutivo autonómico, lejos de ceñirse al ámbito del presupuesto en curso, se extendió a supuestos que iban más allá del marco temporal anual, cuando la propia proposición de ley difería, en su disposición final, la puesta en marcha de las medidas que implicasen realización de gastos no presupuestados al ejercicio siguiente;
  - por otro lado, no se justificó de forma suficiente el impacto directo –el aumento del gasto– de las medidas previstas en la proposición de ley en cuestión sobre las distintas partidas presupuestarias del presupuesto vigente, que no se concretaron ni detallaron;
  - en fin, la motivación respecto de la concurrencia del presupuesto material habilitante de la facultad de veto –el incremento de crédito no presupuestado– era abstracta y formalista («insuficiencia presupuestaria en este ejercicio para implementar las disposiciones de la proposición de ley si fuera aprobada»), lo que no se corresponde con el control formal y material que la Mesa, en su función de calificación y admisión a trámite, está obligada a realizar sobre el ejercicio de la referida facultad de veto del Ejecutivo.

Por todo ello –concluye el Alto Tribunal– los acuerdos de la Mesa de la Asamblea Regional de Murcia, de 6 de septiembre y de 28 de mayo de 2018, que denegaron la admisión a trámite de la proposición de ley «de modificación de la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la

Comunidad Autónoma de la Región de Murcia», ocasionaron una limitación contraria al ejercicio de la vertiente esencial y más genuina del *ius in officium* parlamentario, cual es la del derecho a la iniciativa legislativa y a que las proposiciones de ley presentadas por los grupos parlamentarios puedan ser sometidas a su toma en consideración en el Pleno de la Cámara. Y, en consecuencia, causaron una vulneración del derecho de participación política de los parlamentarios, garantizado por el artículo 23.2 CE.

III. Conclusiones

La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2021, de 15 de marzo, como tantas otras previas, se enmarca en el contexto de la jurisprudencia constitucional acerca del *status* de cargo público representativo constitucionalmente relevante. Durante más de dos décadas, a través del cauce procesal abierto por el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), esta Alta Institución ha venido enjuiciando el correcto funcionamiento interno de los órganos legislativos y velando para que no se coarten los derechos inherentes al cargo parlamentario, esto es, los derechos de representación política y de participación de los ciudadanos, a su través, en los asuntos públicos, como manifestación primigenia de la soberanía popular.

Tal labor de «fiscalización» de la vida interna de las Asambleas parlamentarias por el Alto Tribunal, en defensa de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 23.1 y 2 CE y en garantía del funcionamiento parlamentario plenamente democrático, ha ido permitiendo la creación de un *corpus* jurisprudencial que complementa el escueto tenor literal del citado precepto constitucional.

En este sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado –y con sus pronunciamientos ha ido detallando– sobre muchas de las facultades inherentes al cargo parlamentario; entre otras, las de intervención en los debates, de presentación de enmiendas, de constitución de grupos parlamentarios, de ejercicio de control al Gobierno o de participación en el proceso legislativo, a través del ejercicio de la iniciativa legislativa, como es el caso que se aborda en la sentencia que es objeto del presente comentario.

Esta labor de salvaguarda del *status* parlamentario ha sido especialmente intensa en relación con los derechos de las minorías políticas, que han convertido la vía de amparo del artículo 42 LOTC en su cauce natural de defensa.

Por último, para terminar, conviene hacer un sucinto comentario sobre la efectividad de la Sentencia 53/2021, de 15 de marzo.

Uno de los problemas tradicionales en los procesos de defensa de los derechos que derivan del artículo 23.2 CE ha sido, precisamente, el de la eficacia de la sentencia que pone fin a la causa, dado el tiempo que media desde que se interpone el recurso hasta el momento en que se dicta el fallo concediendo el amparo. Es muy frecuente que, en este lapso temporal, el procedimiento parlamentario en cuestión haya concluido o que la legislatura haya llegado a su fin, lo que hace que los efectos de la sentencia de amparo sean meramente declarativos; esto es, que se reconozca que existió una lesión del derecho, pero sin que se asocien más consecuencias a la sentencia estimatoria ni se pueda llegar a producir una auténtica y completa reparación de tal lesión.

El caso que se analiza no iba a ser la excepción a esta regla general: la estimación del amparo en una fecha en que la legislatura del Parlamento autonómico ya estaba conclusa obliga al Tribunal Constitucional a reconocer que «no cabe adoptar en el fallo de nuestra sentencia una medida destinada al pleno restablecimiento del derecho vulnerado por la Mesa de la Asamblea Regional de Murcia, de suerte que la pretensión del recurrente ha de quedar satisfecha mediante la declaración de la lesión de su derecho garantizado en el art. 23.2 CE, en relación con el derecho reconocido por el art. 23.1 CE, y la declaración de nulidad de los acuerdos parlamentarios que impidieron su ejercicio».

Revista de las Cortes Generales. ISSN: 0213-0130
Nº 111, Segundo semestre (2021): pp. 611-626
https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1629

LA FALTA DE TRANSPOSICIÓN DE UNA DIRECTIVA EUROPEA EN MATERIA RESERVADA A LEY ORGÁNICA. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 25 DE FEBRERO DE 2021. ASUNTO C-658/19

FAILURE TO TRANSPOSE A EUROPEAN DIRECTIVE ON MATTER CONCERNING ORGANIC LAW. COMMENTARY ON JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE, OF FEBRUARY 25, 2021. CASE C-658/19

Ignacio Navarro Mejía
Letrado de las Cortes Generales
https://orcid.org/0000-0002-1988-4999

RESUMEN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea condena al Reino de España a pagar una suma a tanto alzado y una multa coercitiva diaria, al amparo del artículo 260.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por no transponer en plazo la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. El Tribunal estima así el recurso de la Comisión Europea y desestima la alegación principal del Reino de España, por la que la exigencia de ley orgánica y el largo periodo del Gobierno en funciones justifican el retraso en la transposición de esta directiva, y ello debería conllevar la no imposición de una suma a tanto alzado y la reducción de la multa coercitiva diaria solicitada por la Comisión.

Palabras clave: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, transposición de directiva, ley orgánica, Gobierno en funciones, procedimiento de infracción de la Comisión Europea, suma a tanto alzado, multa coercitiva.

Artículo clave: art. 260.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Sentencias relacionadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Sentencia de 8 de julio de 2019, C-543/17; Sentencia de 16 de julio de 2020, C-549/18; Sentencia de 16 de julio de 2020, C-550/18.

ABSTRACT

The Court of Justice of the European Union orders the Kingdom of Spain to pay a lump sum and a daily penalty payment, pursuant to the provisions of article 260(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union, for failing to transpose within its deadline the Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council, of 27 April 2016, on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA. The Court thus upholds the appeal of the European Commission and dismisses the main argument of the Kingdom of Spain, which is that the requirement of an organic law and the prolonged duration of its caretaker government justify the delay in transposing this directive, and this should prevent the imposition of a lump sum and reduce the daily penalty payment sought by the Commission.

Keywords: Court of Justice of the European Union, transposition of a directive, organic law, caretaker government, infringement procedure of the European Commission, lump sum, penalty payment.

Key article: art. 260(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union.

Related judgments of the Court of Justice of the European Union: Judgment of July 8 2019, C-543/17; Judgment of July 16 2020, C-549/18; Judgment of July 16 2020, C-550/18.

I. Antecedentes

En esta sentencia (en adelante, STJUE), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea examina el recurso de la Comisión Europea interpuesto contra el Reino de España por no transponer en plazo la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo (en adelante, Directiva 2016/680).

El artículo 63.1 de esta directiva dispone lo siguiente:

> Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 6 de mayo de 2018, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones. Aplicarán dichas disposiciones a partir del 6 de mayo de 2018.
>
> Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, estas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

España no adoptó las disposiciones necesarias para su transposición en el plazo indicado, por lo que la Comisión Europea le remitió un escrito de requerimiento el 20 de julio de 2018. La respuesta española llegó el 26 de septiembre de 2018, sin que hiciera constar medida alguna de transposición, por lo que la Comisión remitió a este Estado un dictamen motivado el 25 de enero de 2019, para adoptar tales medidas en el plazo de dos meses a partir de su recepción. Con ello la Comisión se atenía a lo dispuesto en el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), que tiene el siguiente tenor:

> Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados,

> emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.
>
> Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Se iniciaba por tanto el procedimiento de infracción contemplado en el TFUE ante los incumplimientos de sus obligaciones comunitarias por parte de los Estados miembros, incumplimiento que efectivamente comprende la falta de transposición de una directiva, como se deriva del artículo 288 del mismo. De hecho, desde su Comunicación – Derecho de la UE: mejores resultados gracias a su mejor aplicación (2017/C 18/02), la Comisión Europea ha elevado el grado de importancia de la obligación de transposición de directivas, de manera que el incumplimiento de la misma puede llevarla a interponer el correspondiente recurso ante el TJUE solicitando la imposición al Estado incumplidor tanto de una suma a tanto alzado como de una multa coercitiva, a diferencia de la práctica seguida anteriormente. Ello se ampara en el artículo 260.3 TFUE, según el cual:

> Cuando la Comisión presente un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del artículo 258 por considerar que el Estado miembro afectado ha incumplido la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo, podrá, si lo considera oportuno, indicar el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por dicho Estado y que considere adaptado a las circunstancias.
>
> Si el Tribunal comprueba la existencia del incumplimiento, podrá imponer al Estado miembro afectado el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva dentro del límite del importe indicado por la Comisión. La obligación de pago surtirá efecto en la fecha fijada por el Tribunal en la sentencia.

Siguiendo estas previsiones, y en la medida en que en su respuesta al dictamen motivado de la Comisión, de 27 de marzo de 2019, España tampoco hizo constar la efectiva transposición de la Directiva 2016/680, la Comisión interpuso el correspondiente recurso el 4 de septiembre de 2019. En la presente sentencia, el TJUE lo estima entonces íntegramente,

por lo que condena a este Estado al pago tanto de una suma a tanto alzado, de 15 000 000 de euros, como de una multa coercitiva diaria, de 89 000 euros, esta última desde la fecha del pronunciamiento hasta que se comunique la necesaria transposición. Para ello, el TJUE desestima los argumentos expuestos por el Reino de España, recordando su anterior jurisprudencia y en particular la más reciente por la que este tipo de fallo ya ha afectado a otros Estados miembros, siendo la primera vez que recae sobre el nuestro en aplicación del artículo 260.3 TFUE.

Nos interesa destacar por tanto, en el comentario que sigue, la gravedad de una sentencia inédita en nuestro país, cuyo fallo se podría haber evitado si la necesaria transposición de esta directiva, que como hemos indicado data de 2016, hubiese seguido un procedimiento distinto a efectos de culminar antes de dictarse esta sentencia. Para ello, nos vamos a centrar sobre todo en lo atinente a la participación parlamentaria, dejando de lado otras consideraciones de esta sentencia relativas a la interpretación del derecho de la Unión Europea. Y es que es precisamente dicho enfoque parlamentario el que nos puede ofrecer un posible replanteamiento de la transposición de directivas como esta, para cambiar en parte la visión que se suele tener de este proceso y que puede conllevar su retraso, como aquí ha sucedido.

II. Comentario

Siguiendo lo esbozado anteriormente, procede estructurar el comentario propiamente dicho en dos apartados: el primero referido específicamente a las alegaciones de España en este asunto, en conexión con la actuación de las instituciones europeas; y el segundo referido más específicamente a los hechos internos, y cómo los mismos podrían haber llevado a un planteamiento distinto, desde ese punto de vista interno, de la obligación de transposición de la Directiva 2016/680. Este segundo apartado implica resituar en su justo lugar, por así decir, la visión objetiva (o fáctica) y la subjetiva (o valorativa) de dicha transposición.

1. Alegaciones del Reino de España

Como se recoge en el punto 14 de esta sentencia, las alegaciones de esta parte, para justificar la falta de transposición de la

Directiva 2016/680, se basan en que «una serie de circunstancias muy excepcionales han retrasado las actividades del Gobierno y del Parlamento nacional con vistas a la adopción de las medidas de transposición necesarias». El Estado español se adelanta al TJUE al recordar que, conforme a la jurisprudencia de este último, «un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar un incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión como la falta de transposición de una directiva dentro del plazo fijado» (así lo recoge a su vez la sentencia en su punto 19). Pero entiende la parte pasiva que estas circunstancias sí deben ser tenidas en cuenta a la hora de valorar las sanciones que se impongan por el incumplimiento.

Sobre esto último, el Reino de España alega, así en el punto 26, que «teniendo en cuenta la situación gubernamental en esa fecha» (en alusión al escrito de requerimiento), «en la que el Gobierno solo estaba en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, y las características del sistema parlamentario español, la interposición de un recurso por incumplimiento acompañado de una pretensión de condena a una multa coercitiva y a una suma a tanto alzado […] constituye un grave precedente que puede afectar a los derechos de los Estados miembros». Para esto último se apoya esencialmente en el reconocimiento de la identidad nacional de los mismos conforme al artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE).

Más precisamente, al plantear sus alegaciones frente a las pretensiones sancionadoras de la Comisión, en el punto 46, el Reino de España considera «que, en el caso de autos, por una parte, para respetar el artículo 4 TUE, apartado 2, es desproporcionado obligarle a pagar una multa coercitiva diaria, cuando el Gobierno no disponía de una mayoría en el Congreso de los Diputados y estaba solo en funciones. No obstante, si hubiera de imponerse tal multa coercitiva, para garantizar el carácter proporcionado y razonable, debería calcularse su importe en el período comprendido entre la fecha de constitución de un Gobierno en plenitud de funciones y la fecha de ejecución completa de la sentencia».

En el punto 47 añade esta parte «que debe tenerse en cuenta que, debido a que el plazo para responder al escrito de requerimiento expiraba un mes antes de la disolución de las Cortes Generales, era

imposible poner fin al incumplimiento reprochado recurriendo al procedimiento legislativo ordinario para adoptar las disposiciones necesarias». El Reino de España entiende entonces que «se debe evitar que, a raíz del presente asunto, la Comisión pueda utilizar el procedimiento del artículo 260 TFUE, apartado 3, de manera que afecte desproporcionadamente al funcionamiento constitucional de los Estados miembros. En consecuencia, considera que, en el caso de autos, la condena al pago de una suma a tanto alzado no es razonable y que el pago de una multa coercitiva diaria es suficiente».

En fin, en lo que aquí interesa destaca el punto 48, donde el Reino de España alega que, en caso de que el TJUE considere procedente la suma a tanto alzado, «el importe propuesto por la Comisión es desproporcionado. Entre los factores que debe tener en cuenta el Tribunal de Justicia al fijar la suma a tanto alzado figuran elementos como la gravedad de la infracción constatada y el período durante el que esta ha persistido. Por lo que respecta al período de la infracción, dicho Estado miembro considera que, para respetar las exigencias del artículo 4 TUE, apartado 2, deben excluirse los períodos durante los cuales el Gobierno estuviera solo en funciones. En el presente asunto, sostiene que el período transcurrido a partir del 4 de marzo de 2019 no debe tenerse en cuenta para determinar la duración de la infracción».

Al margen de la jurisprudencia ya aludida del TJUE, por la que estas consideraciones no pueden evitar la eventual declaración del incumplimiento, en toda esta argumentación subyace un presupuesto común, y es el impedimento durante un cierto tiempo para que el Gobierno, y a continuación las Cortes Generales, puedan desarrollar el procedimiento necesario para transponer la Directiva 2016/680. Al respecto hay que recordar dos extremos. Por un lado, hablamos de una directiva que, como su propio título indica y como se regula a partir de su artículo 1, afecta a determinados derechos fundamentales, y en particular al derecho a la protección de los datos personales. Entra entonces en juego, para su plena transposición, lo dispuesto en el artículo 81 de nuestra Constitución, según el cual:

> 1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

> 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

La ley para transponer la citada directiva debe entonces tener naturaleza orgánica, y por tanto requiere la aprobación del Congreso, por mayoría absoluta. En suma, no se podía transponer esta directiva mediante otro tipo de norma con rango de ley, siendo habitual la transposición a través de decretos-leyes, sino que necesariamente debía aprobarse una ley parlamentaria. Podríamos entrar a valorar hasta qué punto, en aquellas materias reservadas a la ley, el principio de reserva de ley se cumple con igual plenitud mediante un decreto-ley y mediante una ley: desde el punto de vista formal ambas son normas con rango de ley, pero desde el punto de vista material se ha argumentado que solo la ley parlamentaria permite realizar la participación democrática que también sería consustancial al principio de reserva de ley (Matía Portilla, 1999: 52). Más allá de esta crítica que no procede desarrollar aquí, por exceder los límites de este comentario, insistimos en que en este caso debía aprobarse necesariamente una ley parlamentaria.

Sin embargo, por otro lado, el artículo 21.5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, establece lo siguiente:

> 5. El Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:
>
> a) Aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.
>
> b) Presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.

No podía por tanto presentarse el proyecto de ley correspondiente, para transponer la Directiva 2016/680, durante todo el periodo en que el Gobierno estuvo en funciones. Antes de entrar en el detalle de este periodo, en el segundo apartado de este comentario, procede recordar aquí que esta eventualidad del Gobierno en funciones también se ha alegado por España en otros recursos interpuestos por la Comisión Europea ante el TJUE. Cabe recordar en particular los recursos del 28 de febrero de 2018, dada la falta de transposición de dos Directivas en materia de contratación pública (asuntos C-164/18

y C-165/18 respectivamente). Pero en ese caso la materia, si bien reservada a la ley, no estaba reservada a ley orgánica, por lo que ante el retraso de la tramitación parlamentaria y el incumplimiento del plazo de transposición, el Gobierno pudo aprobar un real decreto-ley (Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales), antes de dictarse la sentencia del TJUE, que acordó entonces el archivo de ambos asuntos.

Hay que tener en cuenta además que en ambos casos la Comisión Europea solo pretendió la imposición de una multa coercitiva, y por ello desistió de sus recursos una vez comunicada la transposición mediante el citado real decreto-ley, siguiendo lo dispuesto en el punto 22 de la Comunicación de la Comisión – Aplicación del artículo 260, apartado 3, del TFUE (2011/C 12/01). Pero al haber solicitado en el presente caso tanto la imposición de una suma a tanto alzado como de una multa coercitiva, siguiendo su otra Comunicación antedicha, la Comisión no podría haber desistido de su recurso aunque la transposición de la Directiva 2016/680 se hubiera efectuado después de su interposición, y antes del pronunciamiento final del TJUE.

En otras palabras, en este caso el Gobierno, cuando estuvo ya constituido, no podía atender tardíamente la obligación de transposición mediante la aprobación de un real decreto-ley por dos razones: la primera porque la reserva de ley orgánica imponía la aprobación de una ley parlamentaria, y la segunda porque la rápida aprobación de un hipotético real decreto-ley posterior a la interposición del recurso, el 4 de septiembre de 2019, no habría llevado al desistimiento de la Comisión. Esta última consideración es de índole procesal y, mantenido el recurso, en todo caso sí habría afectado al fallo del TJUE (en concreto al importe de las sanciones). Pero es importante destacarlo aquí porque refuerza la idea de que la transposición de esta directiva era prioritaria, tanto más cuanto ya se conocía, desde 2017, el nuevo criterio de la Comisión Europea al respecto.

Por ello, el TJUE desestima las alegaciones del Reino de España en esta sentencia. Para ello insiste, a lo largo de la misma,

que en todo caso se cumplen los requisitos del artículo 260.3 TFUE. Destaca al respecto su punto 37, donde el Tribunal estima que «las consideraciones que llevaron a la Comisión a interponer un recurso por incumplimiento contra el Reino de España, en la fecha que eligió, no pueden menoscabar la aplicabilidad del artículo 260 TFUE, apartado 3, ni la admisibilidad de la acción ejercitada con arreglo a esta disposición», en relación a los hitos temporales del procedimiento de transposición. En este sentido, como recoge la STJUE en sus puntos 58 y 59, el incumplimiento de España en este caso ha perdurado y, por tanto, en la medida en que es aplicable el artículo 260.3 TFUE, también es idónea la imposición de la suma a tanto alzado y de la multa coercitiva solicitadas por la Comisión. Concluye en su punto 78 que las circunstancias alegadas por España no pueden ser atenuantes, y de ahí las sanciones apreciadas, justificadas tanto por la gravedad como por la prolongación del incumplimiento.

2. Visión objetiva y subjetiva del procedimiento de transposición

A partir de lo comentado en el anterior apartado, destaca la importancia temporal del procedimiento de transposición, de los hechos que deberían haber llevado a la misma, aunque finalmente no se haya cumplido a tiempo. Y es que, a la vista de la jurisprudencia del TJUE y de la importancia de la obligación de transposición, el plazo para cumplirla debería haberse observado con rigor. En cualquier caso, antes de abordar la visión más subjetiva (o valorativa) de este procedimiento de transposición, donde se puede entrar a valorar su tiempo y forma más idóneos, procede referir con una visión más objetiva (o fáctica), los pasos que dio el Gobierno para transponer la Directiva 2016/680, según su propia situación, como Gobierno en funciones o como Gobierno ya constituido.

El Gobierno perseguía la transposición de la Directiva 2016/680 gracias al anteproyecto de Ley Orgánica de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, así como de protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública, que fue remitido al Consejo de Estado para su dictamen preceptivo (siguiendo el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado) el día

3 de noviembre de 2020, dictamen que fue aprobado el 28 de enero de 2021. A ello precedieron diversos trámites e informes (siguiendo lo establecido en el artículo 26 de la ya citada Ley del Gobierno, pero también en la normativa específica respecto a los informes que deben recabarse para la tramitación de anteproyectos de ley), todos ellos desarrollados a lo largo del año 2020. Así lo recoge el propio Consejo de Estado en su dictamen, partiendo de la propia toma de conocimiento de este anteproyecto de ley por el Consejo de Ministros, el 10 de marzo.

En suma, todo este procedimiento administrativo solo se inició en 2020, para concluir entrado ya el año 2021, antes de remitirse el correspondiente Proyecto de Ley Orgánica de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, al Congreso de los Diputados, el 11 de febrero. Sin embargo, la directiva a transponer mediante esta normativa databa de 2016, y su plazo de transposición finalizaba el 6 de mayo de 2018. Pasaron por tanto unos cuatro años desde la aprobación de la directiva hasta que se inició el procedimiento propiamente dicho conducente a su tramitación, procedimiento que además, durante su primer año aproximadamente, solo pudo abarcar sus fases prelegislativas, ya que la tramitación parlamentaria no arrancó hasta febrero de 2021.

El Reino de España, como vimos en el anterior apartado, centraría sus alegaciones, para justificar dicho retraso, en el periodo del Gobierno en funciones. El mismo deriva de la previsión del artículo 101 de nuestra Constitución, según el cual:

> 1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.
>
> 2. El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.

Aunque este precepto marca el inicio del Gobierno en funciones, entre otras causas, en la celebración de elecciones generales, en lo que aquí interesa su actividad queda limitada desde la previa disolución de las Cámaras, ya que desde ese momento no puede presentar proyectos de ley al Congreso. Y este periodo se extendería hasta la

constitución del nuevo Gobierno, cuando ya puede ejercer de nuevo dicha facultad. Se puede marcar tal momento en el nombramiento del nuevo presidente del Gobierno, investido por el Congreso, sin perjuicio de que los trámites previos a la presentación de un proyecto de ley, que en parte ya hemos mencionado, exigen que también estén operativos el Consejo de Ministros y los departamentos ministeriales implicados.

Pero, como mínimo, los periodos del Gobierno en funciones en el marco temporal aplicable fueron los siguientes: desde la aprobación de la Directiva 2016/680, pues entonces el Gobierno ya estaba en funciones, hasta al menos el 30 de octubre de 2016, cuando por Real Decreto 414/2016 se nombra presidente del Gobierno a don Mariano Rajoy Brey; y posteriormente desde el 4 de marzo de 2019, en que se disolvieron el Congreso de los Diputados y el Senado, hasta el 7 de enero de 2020, cuando por Real Decreto 1/2020 se nombra presidente del Gobierno a don Pedro Sánchez Pérez-Castejón. Cabe recordar además que, en ambos periodos, se incluyó otra disolución de las Cámaras y convocatoria de elecciones, pero en cualquier caso los periodos totales de Gobierno «en funciones» abarcarían las fechas indicadas. En otras palabras, en este tiempo, el Gobierno no estuvo limitado entre el 30 de octubre de 2016 y el 4 de marzo de 2019, por lo que únicamente en ese periodo podría haber presentado el correspondiente proyecto de ley. A ello habría que sumar la moción de censura aprobada el 1 de junio de 2018, con el consiguiente cambio de Gobierno, lo cual afectó lógicamente a su iniciativa política.

Al respecto llaman con todo la atención dos variantes. Por un lado, sin perjuicio de que determinados trámites se iniciaron antes del 1 de junio de 2018 para la preparación del texto necesario a efectos de transposición, no hay alusión a ellos en la sentencia aquí comentada, por lo que el cambio de Gobierno redujo el tiempo efectivo de transposición entre el verano de 2018 y el 4 de marzo de 2019, y posteriormente a partir del 7 de enero de 2020. Por otro lado, este último límite no se pudo prever por el Reino de España en la respuesta al dictamen motivado de la Comisión Europea, puesto que, en el mismo, su previsión era concluir el procedimiento administrativo necesario a finales de julio de 2019, y el procedimiento parlamentario en marzo de 2020. Ahora bien, como ya se ha dicho, el proyecto de

ley correspondiente no se sometió al Congreso hasta febrero de 2021, apenas unos días antes de que se dictara esta sentencia.

Lo dicho hasta ahora nos conduce a una observación ineludible, y es que el procedimiento para la transposición de la Directiva 2016/680 se vio retrasado y condicionado por las circunstancias del Gobierno español, aun sabiendo que esta transposición, además de obligatoria, requería el concurso de las Cortes Generales. Pero entonces cabe plantearse, y con ello entramos en una visión más valorativa, si este procedimiento no se podría haber concebido de otra forma para asegurar su cumplimiento, con independencia de las circunstancias del Gobierno. Y aquí necesariamente debe traerse a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2018, de 14 de noviembre, ya muy comentada. Nos interesa ahora simplemente recordar que la misma confirmó la posibilidad de que las Cámaras, aun estando el Gobierno en funciones, pudieran desarrollar sus funciones. Y en particular, como también ha confirmado la Secretaría General del Congreso, ello incluye la presentación y tramitación de proposiciones de ley (Secretaría General del Congreso de los Diputados, 2020: 400-401).

En efecto, no hay límite que impida que la transposición de una directiva, en materia reservada a la ley, y *a fortiori* en materia reservada a ley orgánica, se realice mediante la aprobación de una proposición de ley. Ello únicamente podría entrar en contradicción con la dirección de la política interior y exterior que le corresponde al Gobierno en virtud del artículo 97 de la Constitución, y en concreto con su protagonismo en la formación y aplicación del derecho de la Unión Europea. Pero no es una contradicción normativa, sino, por así decir, política. Un cambio de visión política, con pleno respeto a lo establecido en nuestra Constitución y en los Reglamentos parlamentarios, podría llevar a defender que la transposición de una directiva se concluya mediante este otro procedimiento. Ello permitiría su consecución, al menos parcial, con independencia de las circunstancias de un Gobierno que, en este caso además, ya eran conocidas en el momento de la aprobación de la Directiva 2016/680.

Sobre esta consideración cabe precisar dos puntos. El primero es que la caducidad de las iniciativas parlamentarias impuesta por el artículo 207 del Reglamento del Congreso habría llevado también a la caducidad de esta hipotética proposición de ley en caso de disolverse

las Cámaras. Pero la primera disolución de esta naturaleza que se produjo con posterioridad a la aprobación de la Directiva 2016/680 fue el 4 de marzo de 2019, por tanto después de transcurrido su plazo de transposición y dando tiempo suficiente, *a priori*, para concluir la tramitación. El segundo es que la presentación y eventual tramitación de una proposición de ley no exigiría los trámites e informes que sí exigen los proyectos de ley, antes esbozados, y que también conllevaron un retraso en la presentación del correspondiente proyecto de ley para la transposición de la Directiva 2016/680. En suma, la presentación de una proposición de ley para la transposición de esta directiva, una vez aprobada, podría haber permitido concluir la transposición en plazo y evitar las sanciones que por su incumplimiento se han impuesto a España.

III. Conclusiones

La sentencia aquí comentada se apoya en el artículo 260.3 TFUE para imponer una suma a tanto alzado y una multa coercitiva al Reino de España, dada su falta de transposición en plazo de la Directiva 2016/680. Tal fallo resulta justificado tanto por la importancia de la obligación de transposición como por la prolongación en el incumplimiento de la misma, y deriva de la desestimación de las alegaciones del Reino de España, referidas esencialmente a la exigencia de ley orgánica y al periodo de Gobierno en funciones para justificar el retraso en la transposición. Con todo, llama la atención una de las expresiones contenidas en tales alegaciones, la referente a las «características del sistema parlamentario español». Precisamente, un correcto entendimiento de nuestro sistema parlamentario podría llevar a otorgar el protagonismo en este procedimento a las Cortes Generales, en la medida en que la aprobación de una ley orgánica exige su concurso, pero también en la medida en que esta transposición se podría cumplir mediante la presentación y aprobación de una proposición de ley.

En efecto, esta tramitación alternativa, en este caso concreto, podría haber acelerado el procedimiento de transposición y, quizá, haber evitado una condena tan ejemplar. Ello implicaría un cierto cambio de visión del procedimiento de transposición de una directiva

de esta naturaleza, pero esta otra visión estaría plenamente justificada. De hecho, retomando otra de las alegaciones del Reino de España en este recurso, la referencia a la identidad nacional protegida por el artículo 4.2 TUE, al margen de que no suele apreciarse por el TJUE, no resultaría procedente en este caso, por existir cauces internos que podrían haber permitido la transposición en plazo de la Directiva 2016/680. En este sentido, el Reino de España alegó igualmente que no podía cumplir en el plazo de dos meses otorgado por la Comisión en su dictamen motivado, plazo que concluía el 25 de marzo de 2019, por producirse poco antes la disolución de las Cámaras. Pero este plazo ya suponía una extensión del plazo inicial de transposición, y el TJUE tiene declarado que el incumplimiento puede apreciarse ya una vez transcurrido ese plazo inicial (así en el punto 36 de esta sentencia). Es más, ya en su sentencia de 18 de diciembre de 1997, asunto C-129/96, el TJUE advirtió que un Estado miembro puede (y debe) adoptar las medidas de transposición necesarias desde la aprobación de la norma a transponer, para asegurar su cumplimiento en plazo.

En suma, este plazo de transposición no se cumplió, cuando este caso, dadas la naturaleza y la fecha de aprobación de la Directiva 2016/680, podría haber llevado a plantear de otra forma, desde su inicio, el procedimiento para cumplir esa transposición. Finalmente sí se aprobaría la norma correspondiente: la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. Con su comunicación se pudo poner fin al pago de la multa coercitiva diaria impuesta por el TJUE. Así pues, la tramitación parlamentaria, que incluyó además la aprobación de enmiendas por el Senado y su consiguiente remisión al Congreso, duró poco más de tres meses, desde la presentación del texto hasta su aprobación. Existen por tanto sobradas razones para considerar la participación parlamentaria no como un obstáculo, sino como un apoyo para la transposición en plazo de directivas que, como la Directiva 2016/680, exigen la intervención de las Cortes Generales: por todo ello conviene separar los casos que requieren esta intervención de los que corresponden por definición al Gobierno (Bueno y Vicente, 2006: 45-46).

Bibliografía

Bueno y Vicente, J. M. (2006). *La contribución de las Cortes Generales a la integración europea*. *1986-2004*. Congreso de los Diputados.

Matía Portilla, F. J. (1999). *Parlamentos nacionales y Derecho comunitario derivado*. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.

Secretaría General del Congreso de los Diputados (2020). Actividad de la Cámara durante el periodo en el que el Gobierno cesante se encuentra en funciones. *Revista de las Cortes Generales*, Nº 109, Segundo Semestre, pp. 389-554.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

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: *1.*, 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 plas-mar 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 proce-sión... 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».

- **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). Ejemplo:

(García-Pelayo, 1981: 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: 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: 35)

Cuando es necesaria la referencia a varios trabajos de un mismo autor, deberá añadirse a, b, c, etc., después del año. Ejemplo:

(Schmitt, 1975a: 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: 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

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 plas-mar 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 proce-sión... 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: 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: 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: 35)

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, 1975a: 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: 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. i, 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 *I 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.editionsmsh.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. 111 REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

Han colaborado en el presente número de la *Revista de las Cortes Generales*:

Clásicos de la democracia

CAMPOAMOR, Clara
VALCÁRCEL, Amelia (Universidad Nacional de Educación a Distancia. Consejo de Estado)

Artículos

PAREJO ALFONSO, Luciano (Universidad Carlos III de Madrid)
DE LUCAS, Javier (Universidad de Valencia. Senado)
RUIZ-MANJÓN, Octavio (Real Academia de la Historia)
PRESNO LINERA, Miguel Ángel (Universidad de Oviedo)
FERNÁNDEZ GARCÍA, Eduardo (Universidad de León. Congreso de los Diputados)
GONZÁLEZ GARCÍA, Ignacio (Universidad de Murcia)
TURTURRO PÉREZ DE LOS COBOS, Sara (Universidad de Alcalá)
DELGADO RAMOS, David (Universidad Rey Juan Carlos)
VACAS FERNÁNDEZ, Félix (Universidad Carlos III de Madrid)
ORTEGA CANDELA, Francisco (Universidad de Murcia)
GHERARDI, Samuele (Universidad Complutense de Madrid)
PEÑA JIMÉNEZ, Pedro José (Cortes Generales)

Recensiones y semblanzas

RALLO LOMBARTE, Artemi (Universitat Jaume I de Castellón. Senado)
SIMANCAS SÁNCHEZ, Daniel (Universidad Complutense de Madrid)
ORTIZ CALLE, Enrique (Universidad Carlos III de Madrid)
HERRÁIZ SERRANO, Olga (Universidad de Zaragoza. Cortes de Aragón)
SOUTO GALVÁN, Clara (Universidad Rey Juan Carlos)
CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge (Universitat de València)

Informes y jurisprudencia parlamentaria

ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel (Universidad Pontificia Comillas de Madrid)
GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María (Universidad Complutense de Madrid)
DE ALBA BASTARRECHEA, Esther (Universidad Complutense de Madrid. Asamblea de Madrid)
ABELLÁN MATESANZ, Isabel María (Cortes Generales)
NAVARRO MEJÍA, Ignacio (Cortes Generales)

EN ESTE NÚMERO COLABORAN

I. CLÁSICOS DE LA DEMOCRACIA

Clara Campoamor. *Discurso pronunciado por Clara Campoamor en el Congreso de los Diputados el 1 de octubre de 1931 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, número 48). (Se acompaña comentario «Clara Campoamor: historia de una mesa», de Amelia Valcárcel)*

II. ARTÍCULOS

Luciano Parejo Alfonso. *Aplicación administrativa de la ley: ¿legalidad y/o practicabilidad?*

Javier de Lucas. *Variaciones sobre un tópico weberiano. Acerca del lugar de la ciencia en la decisión política*

Octavio Ruiz-Manjón. *De los parlamentarios en las legislaturas de la Segunda República española*

Miguel Ángel Presno Linera. *El estado de alarma en crisis*

Eduardo Fernández García. *Ante el V centenario de las Comunidades: de la cultura política y jurídica en las Cortes de Santiago-La Coruña al parlamentarismo contemporáneo*

Ignacio González García. *La inaplicabilidad del extraordinario cauce constitucional de creación de la Comunidad Vasco-Navarra*

Pedro José Peña Jiménez. *Entre analogías y metáforas: el debate sobre la moderación de contenidos en las redes sociales*

Sara Turturro Pérez de los Cobos. *Libertad personal versus prisión provisional: un derecho minusvalorado por razones anacrónicas*

David Delgado Ramos. *Entre la validez y la eficacia. Notas sobre la reciente disolución (y mociones de censura) de la Asamblea de Madrid*

Félix Vacas Fernández. *La migración en la agenda 2030, el desarrollo en el Pacto de Marrakech: plasmación programática de una inescindible relación*

Francisco Ortega Candela. *El veto a la respuesta del legislador a la declaración de inconstitucionalidad de una ley en el marco del ordenamiento constitucional español*

Samuele Gherardi. *Reformar la Constitución: ¿la «cirugía de precisión» obvia la adaptación del resto del ordenamiento? Un análisis a partir del caso italiano*

III. RECENSIONES Y SEMBLANZAS

Artemi Rallo Lombarte. *LÓPEZ AGUILAR, J. F. (2020).* El Parlamento Europeo: una experiencia única. *Madrid: Wolters Kluwer*

Daniel Simancas Sánchez. *SÁNCHEZ NAVARRO, A. y FERNÁNDEZ RIVEIRA, R. M. (2021).* Reflexiones para una democracia de calidad en una era tecnológica. *Pamplona: Editorial Aranzadi Civitas*

Enrique Ortiz Calle. *ARANDA ÁLVAREZ, E. (2021).* Los efectos de la crisis del COVID-19 en el derecho constitucional económico. Una oportunidad para repensar la relación entre estabilidad presupuestaria y gasto público. *Madrid: Marcial Pons*

Olga Herráiz Serrano. *ARÉVALO GUTIÉRREZ, A. (dir.) y MARAÑÓN GÓMEZ, R. (coord.). (2021).* El Parlamento en los tiempos de la pandemia. *Madrid: Dykinson*

Clara Souto Galván. *COELLO DE PORTUGAL, J. M. (2020).* La Jefatura del Estado. *Navarra: Thomson Reuters Aranzadi*

Jorge Castellanos Claramunt. *GEROTTO, S., MAHON, P. y SÁNCHEZ FERRIZ, R. (2020).* Il sistema costituzionale svizzero. *Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam*

IV. INFORMES Y JURISPRUDENCIA PARLAMENTARIA COMENTADA

Secretaría General del Congreso de los Diputados. *Guía sobre la delegación en la Mesa de las facultades previstas en el artículo 44 del Reglamento del Congreso de los Diputados*

María Isabel Álvarez Vélez. *Alarma y pandemia: problemática jurídico-constitucional de los estados de necesidad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional…*

Jesús María González García. *Constitucionalidad de las condenas contra diversas autoridades y miembros del Parlamento por hechos cometidos durante el proceso secesionista en Cataluña…*

Esther de Alba Bastarrechea. *La vulneración del derecho al ejercicio de cargo público representativo por decisiones de acción y omisión por parte de la Presidencia del Parlamento…*

Isabel María Abellán Matesanz. *El ejercicio de cargo público representativo: iniciativa legislativa parlamentaria vs. veto presupuestario gubernamental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2021, de 15 de marzo. Recurso de amparo núm. 6546-2018. (BOE núm. 97, de 23 de abril)*

Ignacio Navarro Mejía. *La falta de transposición de una directiva europea en materia reservada a ley orgánica. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de febrero de 2021. Asunto C-658/19*

CORTES GENERALES