

AÑO 2021



Cuadernos de

JURISPRUDENCIA PARLAMENTARIA COMENTADA



CORTES GENERALES



Cuadernos de

JURISPRUDENCIA PARLAMENTARIA COMENTADA

AÑO 2021



CORTES GENERALES

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 *Cuadernos de Jurisprudencia Parlamentaria Comentada* se encuentran disponibles en acceso abierto en <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/cjppp>. Del mismo modo, se pueden consultar el resto de trabajos de la *Revista de las Cortes Generales* en <https://revista.cortesgenerales.es/rcg>.

El Congreso de los Diputados no se identifica necesariamente con los contenidos y las opiniones sostenidas en esta publicación, sino que estos 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: revistacortes@congreso.es

PRECIO (CON IVA): 12 euros (en cualquier caso, se recuerda que esta publicación también está incluida en la suscripción a la *Revista de las Cortes Generales*).

Editado por © Publicaciones del Congreso de los Diputados

Depósito legal: M-33349-2021

ISSN: 2792-7164 (Ed. impresa)

ISSN: 2792-7636 (Internet)

Impreso en Advantia Comunicación Gráfica, S.A.

Imagen de cubierta («Sesión de las Cortes en la Isla de León», de Juan Gálvez): © Museo Lázaro Galdiano. Madrid

**CUADERNOS DE JURISPRUDENCIA PARLAMENTARIA
COMENTADA**

CONSEJO EDITORIAL

Presidenta:

Meritxell Batet Lamaña

Vicepresidente:

Ander Gil García

Consejo de Honor:

Juan José Laborda Martín

Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde

Juan Ignacio Barrero Valverde

Esperanza Aguirre Gil de Biedma

Luisa Fernanda Rudi Úbeda

Francisco Javier Rojo García

José Bono Martínez

Jesús María Posada Moreno

Pío García-Escudero Márquez

Patxi López Álvarez

Ana María Pastor Julián

Manuel Cruz Rodríguez

María Pilar Llop Cuenca

Consejo Asesor:

Manuel Alba Navarro

Cortes Generales

Óscar Alzaga Villaamil

UNED

Ricardo Alonso García

Universidad Complutense de Madrid

Manuel Aragón Reyes

Universidad Autónoma de Madrid

José Álvarez Junco

Universidad Complutense de Madrid

José Manuel M. Araújo

Assembleia da República

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 Martins
Universidad Lusíada

Ascensión Elvira Perales
Universidad Carlos III de Madrid

Tomás Ramón Fernández Rodríguez
Universidad Complutense de Madrid

Francisco Fernández Segado
Universidad Complutense de Madrid

Manuel Fernández-Fontecha Torres
Cortes Generales

Alfonso Fernández-Miranda
Campoamor
Universidad Complutense de Madrid

Teresa Freixes Sanjuán
Universidad Autónoma de Barcelona

Juan Pablo Fusi Aizpurúa
Universidad Complutense de Madrid

Javier García Fernández
Universidad Complutense de Madrid

Francisco Javier García Roca
Universidad Complutense de Madrid

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

Yolanda Gómez Sánchez
*Centro de Estudios Políticos y
Constitucionales / UNED*

Alfonso Guerra González
Diputado constituyente

Carlos Gutiérrez Vicén
Cortes Generales

Blanca Hernández Oliver
*Cortes Generales / Universidad
Pontificia Comillas*

Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-
Cienfuegos
Consejo de Estado

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

César Landa Arroyo
*Pontificia Universidad Católica del
Perú*

Miguel Landeros Perkić
Cámara de Diputados de Chile

Francisco Javier Laporta San
Miguel
Universidad Autónoma de Madrid

Juan José Lavilla Rubira
*Cortes Generales / Universidad
Complutense de Madrid*

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

Luis López Guerra
Universidad Carlos III de Madrid

Araceli Mangas Martín
Universidad Complutense de Madrid

Miguel Martínez Cuadrado
Universidad Complutense de Madrid

José Pedro Montero Gómez
Cámara de Senadores de Uruguay

José Antonio Moreno Ara
Cortes Generales

Humberto Nogueira Alcalá
Universidad de Talca

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

Juan José Pérez Dobón
Cortes Generales

Elisa Pérez Vera
Consejo de Estado / UNED

Nicolás Pérez-Serrano y Jáuregui
Cortes Generales

Manuel Pulido Quecedo <i>Parlamento de Navarra / Universidad de Navarra</i>	Juan Alfonso Santamaría Pastor <i>Cortes Generales / Universidad Complutense de Madrid</i>
Artemi Vicente Rallo Lombarte <i>Universidad Jaume I</i>	Mercedes Senén Hernández <i>Cortes Generales</i>
Emilio Andrés Recoder de Casso <i>Cortes Generales</i>	José Manuel Serrano Alberca <i>Cortes Generales</i>
Fernando Rey Martínez <i>Universidad de Valladolid</i>	Juan José Solozabal Echevarría <i>Universidad Autónoma de Madrid</i>
María Rosa Ripollés Serrano <i>Cortes Generales / Universidad Complutense de Madrid</i>	Antonio Torres del Moral <i>UNED</i>
Miquel Roca i Junyent <i>Ponente constitucional</i>	José Andrés Torres Mora <i>Universidad Complutense de Madrid</i>
Roberto Romboli <i>Università di Pisa</i>	Diego Valadés Ríos <i>Universidad Nacional Autónoma de México</i>
Fernando Sainz Moreno <i>Cortes Generales / Universidad Complutense de Madrid</i>	Fernando Vallespín Oña <i>Universidad Autónoma de Madrid</i>
Ángel José Sánchez Navarro <i>Universidad Complutense de Madrid</i>	Carlos José Vidal Prado <i>UNED</i>

EQUIPO EDITORIAL

Consejo de Redacción:

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

Generales/Universidad Complutense de Madrid), Pedro José Peña Jiménez (Cortes Generales), Tatiana Recoder Vallina (Asamblea de Madrid / Universidad Carlos III de Madrid), José Tudela Aranda (Cortes de Aragón / Universidad de Zaragoza).

Director:

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

Subdirector:

Manuel Caverio 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

Principios de legalidad penal (taxatividad) y seguridad jurídica: constitucionalidad del precepto legal que tipifica como infracción el incumplimiento de todas las normas obligatorias de la ley que no sean constitutivas de delito. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2021, de 28 de enero. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 1478-2020. (BOE núm. 46, de 23 de febrero de 2021) 15

MANUEL ALBA NAVARRO

Normativa básica del Estado sobre subvenciones y Parlamentos autonómicos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2021, de 18 de febrero. Conflicto positivo de competencia núm. 4709-2019. (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021)..... 27

FRANCISCO JAVIER RUIZ BURSÓN

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) 37

ISABEL MARÍA ABELLÁN MATESANZ

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 de 2021. Recurso de amparo núm. 980-2020. (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021) 49

ESTHER DE ALBA BASTARRECHEA

Empleo de lenguas españolas no oficiales en Parlamentos autonómicos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/2021, de 18 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad núm. 4911-2020. (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021) 57

ALEJANDRO RASTROLLO RIPOLLÉS

Madrid no es país para «cuneros». Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2021, de 15 de abril. Recurso de amparo núm. 2117-2021. (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 2021)..... 67

MARÍA GARROTE DE MARCOS

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) 83

JESÚS MARÍA GONZÁLEZ GARCÍA

El papel del Senado y los límites a la regulación por decreto-ley en el proceso de designación del Consejo de Administración de la Corporación de Radio y Televisión Española y de su presidente como parte del control parlamentario de los medios de comunicación públicos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/2021, de 24 de junio, recurso de inconstitucionalidad 3883-2018. (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021) 97

M. ^a TERESA GONZÁLEZ ESCUDERO

La utilización de las salas del Congreso de los Diputados, ¿un derecho de los parlamentarios? Comentario a la Sentencia del Tribunal Consti-

tucional 137/2021, de 29 de junio. Recurso de amparo núm. 202-2019 (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021).....117

ANDREA GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS

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 5 de octubre, recurso de amparo núm. 2109-2020 (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021).....131

M.^a ISABEL ÁLVAREZ VÉLEZ

La suspensión del cargo parlamentario por aplicación del artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 171/2021, de 7 de octubre de 2021. Recurso de amparo núm. 5382/2019. (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021)161

PALOMA MARTÍNEZ SANTA MARÍA

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.....189

IGNACIO NAVARRO MEJÍA

Listado de colaboradores 207

PRINCIPIOS DE LEGALIDAD PENAL (TAXATIVIDAD) Y
SEGURIDAD JURÍDICA: CONSTITUCIONALIDAD DEL
PRECEPTO LEGAL QUE TIPIFICA COMO INFRACCIÓN
EL INCUMPLIMIENTO DE TODAS LAS NORMAS OBLIGA-
TORIAS DE LA LEY QUE NO SEAN CONSTITUTIVAS DE
DELITO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBU-
NAL CONSTITUCIONAL 14/2021, DE 28 DE ENERO. CUES-
TIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 1478-2020.
(BOE NÚM. 46, DE 23 DE FEBRERO DE 2021)*

MANUEL ALBA NAVARRO

Ltrado de las Cortes Generales

<https://orcid.org/0000-0002-8178-0226>

RESUMEN

La sentencia desestima una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo. Confirma la plena constitucionalidad de las restricciones previstas en la ley electoral para la conocida como «jornada de reflexión». Asimismo ratifica la adecuación a la Constitución española (CE) de las disposiciones sancionadoras contenidas en dicha ley por ser conformes a la seguridad jurídica y al principio de legalidad penal. Confirma también que la responsabilidad del director de un medio por lo publicado en el mismo es conforme a la Constitución.

* Enlace a la STC 14/2021, de 28 de enero: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-2833>

Palabras clave: seguridad jurídica, derecho de participación, principio de legalidad, libertad de información, límites a la campaña y propaganda electoral, responsabilidad del director de un medio de comunicación.

Artículos clave: arts. 9.3, 20.1 d), 23.2, 24.2 y 25.1 CE, arts. 50.4, 53 y 153 LOREG, arts. 34 y 39 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta.

Resoluciones relacionadas: STC 136/2011, STC 81/2020, STC 145/2013, Sentencia del Tribunal Supremo de 14/02/1992, STC 246/1991, STC 172/1990, STC 14/1998.

I. ANTECEDENTES

El 20 de diciembre de 2017, jornada de reflexión previa a la celebración de las elecciones al Parlamento de Cataluña, que se celebraban al día siguiente, el diario *ABC* publicó una entrevista a la candidata de Ciutadans-Partido de la Ciudadanía, D.^a Inés Arrimadas, con anuncio en portada y foto de la entrevistada.

Tras la denuncia del Partido Popular y la tramitación del correspondiente expediente sancionador, la Junta Electoral Central resuelve el 14 de marzo de 2018 sancionar al director del diario con una multa de 1000 euros por incumplimiento de la obligación de no realizar campaña electoral y no difundir propaganda electoral durante la jornada de reflexión de las elecciones autonómicas de Cataluña de 2017, tipificada en el art. 53 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) en relación con la obligación recogida en el artículo 153.1 LOREG.

Interpuesto recurso ante la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, esta decide el 20 de febrero de 2020 plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre los siguientes extremos: «en relación con el artículo 153.1 de la LOREG;

con el artículo 153.1 en relación con el artículo 53 y 50.4 LOREG y con el artículo 153.1 en relación con los artículos 53.1, 50.4 y 29 [sic] y 34 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta por infracción la garantía que deriva del mandato de taxatividad de las infracciones y determinación de las sanciones del artículo 25.1 CE y por vulneración autónoma del principio de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 CE».

La lectura del auto deja claro que al Tribunal Supremo le ofrecía poca duda la inconstitucionalidad de los artículos referidos. Por el contrario, el Tribunal Constitucional, tras un pormenorizado análisis de las normas y las circunstancias concurrentes en la cuestión, en el que se vierten interesantes reflexiones sobre la función de las normas electorales y de las autoridades encargadas de su aplicación, desestima la cuestión de inconstitucionalidad. A esta sentencia se formulan dos votos particulares. El firmado por el magistrado Xiol y la magistrada Roca es concurrente con el fallo y discrepa solamente en determinado aspecto de la *ratio decidendi*. Por el contrario, el de la magistrada Balaguer constituye una enmienda a la totalidad de la sentencia y su argumentación.

II. COMENTARIO

A efectos de facilitar la comprensión del presente comentario se transcriben los artículos cuestionados de la LOREG.

Art. 153.1: Toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 300 a 3.000 euros si se trata de autoridades o funcionarios y de 100 a 1.000 si se realiza por particulares.

Art. 53: No puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado [...].

Art. 50.4: Se entiende por campaña electoral, a efectos de esta Ley, el conjunto de actividades lícitas llevada a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios.

1. Sobre la posible vulneración de los principios de legalidad penal (art. 25.1 CE) y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en la que, a juicio del Tribunal Supremo, están incursos los preceptos impugnados debido a la falta de taxatividad y a los déficits de certeza y previsibilidad, el Tribunal Constitucional comienza recordando en el fundamento jurídico segundo de la sentencia su doctrina sobre el principio de seguridad jurídica.

A su juicio hay que analizar si estamos ante una eventual vulneración específica del principio de legalidad penal proclamado en el art. 25.1 CE, cuya expresión doctrinal, tal y como aparece recogida en las SSTC 133/1987 y 215/2016, entre otras, exige el triple requisito de existencia de ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Se da, además, la circunstancia de que la remisión contenida en la LOREG no lo es a otra norma de desarrollo, sino a los propios preceptos de dicha ley. Acreditada la garantía formal por su rango de ley orgánica, que cubre con suficiencia el principio de reserva de ley en materia sancionadora, la cuestión se centra en la garantía material, esto es, la exigencia de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes con la mayor precisión posible, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, de esta manera, las consecuencias de sus acciones (FJ 2).

Pues bien, el Tribunal Constitucional responde taxativamente a dicha cuestión y afirma que «cabe estimar que las conductas obligatorias están suficientemente definidas en la norma, lo que permite, a cualquier observador medio, comprender e identificar con la necesaria y suficiente precisión las eventuales conductas que se tipifican» (FJ 3). Esto es tanto más predicable, añado yo, de quien en su condición de director de un importante diario nacional cuenta de oficio con un asesoramiento jurídico profesional y especializado, estando muy por encima del observador medio de la cita. Por todo ello concluye que «desde la perspectiva de la predeterminación normativa de las conductas sancionadas, garantía material contenida en el artículo 25.1 CE, no puede dirigirse reproche a

la remisión que realiza el artículo 153.1 LOREG a aquellos otros preceptos de la propia Ley Orgánica [...] pues no puede entenderse que la técnica de la remisión que efectúa el precepto legal cuestionado impida conocer las conductas sancionables, que serían aquellas referidas al incumplimiento de las obligaciones a que vienen sujetos los ciudadanos o los partidos políticos en el ámbito electoral» (FJ 3).

2. La siguiente tacha de inconstitucionalidad contenida en la cuestión se refiere a la imprecisión en la determinación de las conductas sancionables contenidas en el art. 53 LOREG.

Lo primero que descarta el Tribunal es la imprecisión temporal, puesto que la LOREG (art. 53) lo determina de una manera suficientemente precisa: «una vez que [la campaña electoral] haya legalmente terminado».

El Tribunal Constitucional admite que la difusión de propaganda electoral es un concepto con cierto grado de indeterminación. Pero, acto seguido, señala con mucha razonabilidad que el empleo de conceptos jurídicos indeterminados en la normativa sancionadora no está vedado *per se* en la Constitución. En concreto, la redacción del art. 53 LOREG «es perfectamente inteligible, conforme a valores socialmente arraigados, siendo razonablemente factible y previsible su concreción mediante criterios comunes a la experiencia humana y al uso coloquial del lenguaje». Por ello concluye que «El precepto examinado, en lo que se refiere a la conducta proscrita, y no obstante su apertura relativa, es lo suficientemente preciso para poder descartar la vulneración del principio de taxatividad» (FJ 3).

Más tajante es aún el Tribunal en relación con la interpretación del concepto de campaña electoral. Considera que la definición contenida en el art. 50.4 LOREG no arroja duda alguna.

Por consiguiente, el juicio es claro: «[...] la norma obligatoria que se considera infringida en el supuesto actual y recogida en el artículo 53 de la Ley, es clara y taxativa, por lo que es perfectamente previsible que quien difunda propaganda electoral o realice actos de campaña en la

jornada de reflexión, es decir una vez terminada la campaña, pueda ser sancionado» (FJ 3).

3. También considera el Tribunal Supremo que la falta de predeterminación de los autores de las infracciones aboca a interpretaciones analógicas. A su entender, la aceptación de que un medio de comunicación se encuentra en la definición de los sujetos activos de la norma sancionadora, además de incurrir en esa interpretación analógica, es incompatible con el ejercicio por parte de las personas sancionadas del derecho fundamental a la libertad de información del artículo 20.1 d) CE.

El Tribunal Constitucional recuerda, en primer lugar, algo tan obvio como que la prohibición de difusión de propaganda electoral en la denominada «jornada de reflexión» es una prohibición dirigida a todos, lo que elimina la falta de predeterminación de los autores.

En punto a la realización de actos de campaña, el Alto Tribunal le indica a la Sala de instancia que, precisamente, determinar si la conducta objeto de sanción es o no un «acto de campaña» es algo que le corresponde al tribunal enjuiciador, propio de su competencia como órgano dirimente del recurso, pero no le corresponde al Tribunal Constitucional «interpretar la norma sancionadora, sino determinar si existe una falta de predeterminación de los autores de las infracciones de aquella norma; algo que no cabe apreciar en el caso actual atendiendo a lo expresa y claramente establecido en el artículo 50.5 LOREG».

4. En su planteamiento de la cuestión, el Tribunal Supremo entiende que puede haber una vulneración del principio de presunción de inocencia al trasladar de forma objetiva la responsabilidad al director de un periódico obviando el derecho a la libertad de información del artículo 20.1 d) CE. A juicio de la Sala la resolución impugnada sanciona a una persona física distinta de la persona entrevistada, que es la que habría realizado la conducta típica de realizar actos de campaña electoral en la jornada de reflexión. Ello implica, además, apoyarse en una ley preconstitucional como la Ley de Prensa e Imprenta de 1966.

El Tribunal Constitucional realiza una extensa y documentada recopilación de su doctrina en punto a la exigencia constitucional del principio de culpabilidad, que rige también en materia de infracciones administrativas (FJ 5). Acto seguido recuerda que «ello no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora [...] Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos» (FJ 5, recordando la doctrina contenida en la STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2).

Reitera asimismo que ya en su lejana Sentencia 172/1990, de 12 de noviembre, el Tribunal desestimó la pretensión de inconstitucionalidad al considerar que «la responsabilidad civil solidaria, entre otros, del director del medio periodístico y de la empresa editora se justifica en la culpa del director o del editor, dado que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico difunde» (STC 172/1990, FJ 5). De otro modo, viene a recordar el Tribunal, no se podrían restituir el honor e intimidad de las personas, bienes también amparados por la Constitución. Por eso, concluye el Tribunal que «Es la infracción, en su caso, de sus deberes como director la que funda la sanción, y, por tanto, es su conducta la que se sanciona sin que pueda hablarse de una exigencia de responsabilidad objetiva por los hechos de otros» (STC 14/2021, FJ 5).

Frente a la pretensión de una interpretación expansiva y prácticamente irrestricta del derecho a la información del art. 20.1 d) CE, que luego será llevada al paroxismo en el voto particular de la magistrada Balaguer, el Tribunal Constitucional recuerda que, en efecto, «el derecho de información debe prevalecer, salvo que resulte suficientemente acreditado por la administración electoral y, en su caso, por los tribunales, que la finalidad principal de los actos comunicativos es la captación de sufragios en favor de una determinada opción política y en detrimento del derecho fundamental de los demás partícipes en las elecciones a la igualdad que en el acceso a los cargos públicos exige el artículo 23.2 CE» (FJ 5). Esta cuestión debe resolverla el tribunal juzgador para el con-

creto supuesto y, en su caso, el Tribunal Constitucional se pronunciará mediante el eventual recurso de amparo, pero en ningún caso debe ser objeto de resolución vía cuestión de inconstitucionalidad.

5. Respecto a la cuestión planteada sobre la supuesta indeterminación en la imposición de las sanciones que afectaría al art. 153.1, el Tribunal es tajante, ya que este «define perfectamente la sanción que puede ser impuesta a los infractores, lo cual supone respetar la necesaria correlación entre los actos o conductas tipificados como ilícitos administrativos y las sanciones consiguientes a los mismos» (FJ 6). Y «En consecuencia, se cumplen las exigencias de predeterminación normativa y certeza que se derivan de los preceptos constitucionales, puesto que la decisión de la administración electoral sobre la graduación de la sanción no es discrecional» (FJ 6).

6. Por todo lo expuesto, el Tribunal desestima en su integridad la cuestión de inconstitucionalidad y ratifica la plena constitucionalidad de los preceptos impugnados.

7. A la sentencia se formulan dos votos particulares. El primero del magistrado Xiol, al que se suma la magistrada Roca. El segundo de la magistrada Balaguer. Muy diferentes en su sentido y razonabilidad.

El del Sr. Xiol, que es concurrente con el fallo, se limita a una parte de su fundamentación. A su juicio, tras una detallada fundamentación político-filosófica, la razón de la denominada «jornada de reflexión» no es la argumentada en la sentencia como búsqueda de la serenidad o introspección, sino que tiene «por objeto la garantía de la regularidad del proceso electoral, de la protección de la libertad de los electores y de la igualdad de oportunidades entre las diferentes candidaturas». Esta reflexión, que comparto plenamente, no la considero, sin embargo, antitética con la fundamentación mayoritaria sino, en todo caso, com-

plementaria. Las normas, en una proporción muy relevante, pueden ser multifuncionales y estar ancladas en muy variadas razones.

Muy diferente es el voto particular de la Sra. Balaguer. En su opinión «la jornada de reflexión es hoy anacrónica, carece de utilidad y supone una restricción desproporcionada a la libertad de información» (3 a)). Dado que el anacronismo o la falta de utilidad no están considerados hasta hoy como causas de inconstitucionalidad, la magistrada se esfuerza en explicar que lo errado de la sentencia es no centrarse en la libertad de información del art. 20.1 d) CE. De haberlo hecho así, la sentencia tendría que haber sido estimatoria y declarar la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados. En mi opinión, la magistrada, muy lejos de hacer una ponderación entre derechos fundamentales elemental en la determinación de los límites de los mismos conforme a reiterada jurisprudencia del propio tribunal, considera el derecho de información como un derecho prácticamente irrestricto frente al que deben claudicar todos los demás derechos en presencia. Se afirma en su voto particular que la interpretación del art. 20.1 d) «exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio», pero esta afirmación se ve desmentida constantemente en su voto particular, que no considero riguroso ni ponderado. Amén de una particular concepción de la inconstitucionalidad por obsolescencia que permitiría «plantearse si no es sobrevenidamente constitucional» (2, *in fine*, sic), la discrepante considera que en la medida en que «la prensa ofrece una mayor garantía de veracidad [...] los límites que se imponen al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información por parte de la prensa en la jornada de reflexión ya no son acordes con el artículo 20.1 d) CE» (3 a) *in fine*). Es verdaderamente llamativa y preocupante la generalidad y falta de acotamiento de semejante afirmación. Si la tesis de la magistrada Balaguer hubiera sido mayoritaria, que afortunadamente no fue el caso, hubiera sido perfectamente constitucional una entrevista exclusiva a los Sres. Puigdemont o Junqueras en TV3 el día anterior a los comicios. O –¿por qué no?– el mismo día de la elección. Y, sin duda, el *share* de audiencia hubiera sido estratosférico. En fin.

El segundo gran motivo de discrepancia de la Sra. Balaguer es que la sentencia haya avalado la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 para justificar la responsabilidad del director de la publicación. Tras explicar, por si no fueran de público conocimiento, la fecha de aprobación de la ley y las características del régimen que la aprobó, afirma literalmente que «la situación que ello crea nos coloca ante una posición que no dista mucho de la censura previa proscrita por el artículo 20.2 CE, y algo así, después de más de cuarenta años de elecciones democráticas en los que la prensa ha desempeñado un papel fundamental, sin el cual habría sido difícil el recto devenir de nuestro camino como Estado democrático, no puede tolerarse» (3). No consta en ninguna parte de los autos o alegaciones que mediara depósito previo de la publicación ni autorización previa a la misma de la junta electoral correspondiente, por lo que la analogía no deja de ser una afirmación fácticamente errónea y jurídicamente insostenible, impropia de un texto de esta naturaleza. A juicio de la magistrada «no resulta admisible que una publicación realizada en la jornada de reflexión se vea sancionada porque pueda influir de alguna manera, aunque sea remotamente, en el electorado» (3). Es precisamente lo infundado de esta afirmación lo que desmonta con suma pulcritud jurídica y constitucional la mayoría en su fallo. Quizá bastante más consciente que la discrepante del peligro que supone pasar de legislador negativo a directamente positivo.

La parte última del voto de la magistrada Balaguer, contenida en el apartado 4 del mismo, constituye un alegato político contra la Ley de Prensa e Imprenta de 1966, contra el régimen que la aprobó y todo lo circundante al mismo. Esta lanzada al toro muerto puede haber dejado muy satisfecha a su autora, pero es imposible realizar un comentario jurídico, dado que ningún fundamento relevante de esta índole se contiene en el voto particular. Y, por supuesto, el Tribunal Constitucional en ningún momento, y tampoco en esta sentencia, ha avalado ni la bondad del sistema franquista ni la íntegra constitucionalidad de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966. Dicho sea para tranquilidad de ciudadanos y juristas.

III. CONCLUSIONES

La STC 14/2021 viene a respaldar la conformidad con la Constitución del régimen sancionador contenido en el artículo 153 de la LOREG, y, por ende, la competencia de las juntas electorales para la imposición de sanciones.

También constata la plena constitucionalidad de la coloquialmente denominada «jornada de reflexión» prevista en el artículo 53 de la LOREG en cuanto a las prohibiciones de difusión de propaganda electoral o realización de actos de campaña durante la misma. Aprovecha, asimismo, para determinar el ámbito subjetivo de los afectados por dicha norma.

Este aval se produce por entender que no se han violentado ni el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), ni el de legalidad penal (art. 25 CE), ni el derecho de sufragio (art. 23 CE). Las restricciones al derecho de información (art. 20.1 d)) se sitúan por el Tribunal dentro del marco constitucional ínsito a cualquier derecho fundamental, que en ningún caso son irrestrictos o ilimitados.

A mi entender se trata de una sentencia bien fundamentada que sitúa en sus justos términos el equilibrio entre los derechos fundamentales en presencia. Esta opinión se ve fuertemente reforzada con la lectura del voto discrepante de la magistrada Balaguer.

NORMATIVA BÁSICA DEL ESTADO SOBRE SUBVENCIONES Y PARLAMENTOS AUTONÓMICOS. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 37/2021, DE 18 DE FEBRERO. CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIA NÚM. 4709-2019. (BOE NÚM. 69, DE 22 DE MARZO DE 2021)*

FRANCISCO JAVIER RUIZ BURSÓN

Letrado del Parlamento de Andalucía

Doctor en Derecho

<https://orcid.org/0000-0002-1597-3820>

RESUMEN

Los Parlamentos autonómicos, junto a funciones estrictamente constitucionales o estatutarias, desarrollan otras de carácter meramente instrumental o administrativo, lo cual plantea interesantes problemas de encaje respecto a la normativa básica estatal reguladora del régimen jurídico del sector público (art. 149.1.18 CE). Tras un anterior pronunciamiento en la Sentencia del Tribunal Constitucional 100/2019, de 18 de julio, la resolución comentada incide nuevamente sobre dicha cuestión en línea de continuidad con la doctrina precedente, pero deja muchas dudas en el aire.

Palabras clave: subvenciones, transparencia, bases estatales, autonomía parlamentaria y parlamentos autonómicos.

* Enlace a la STC 37/2021, de 18 de febrero: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-4512>

Artículos clave: art. 149.1.18 CE, art. 20.4 de la Ley General de Subvenciones y disposición adicional octava de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Resoluciones relacionadas: STC 100/2029, de 18 de julio, FJ 8, b); STC 45/2015, de 5 de marzo, FJ 4, y STC 14/2018, de 20 de enero, FJ 8.

I. ANTECEDENTES

La resolución objeto del presente comentario tiene su origen en el conflicto positivo de competencias interpuesto por el Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma vasca contra varios preceptos del Real Decreto 130/2019, de 8 de marzo, por el que se regula la Base de Datos Nacional de Subvenciones y la publicidad de las subvenciones y demás ayudas públicas. En el presente trabajo nos ceñiremos a la impugnación del artículo 3.1 *in fine*, conectado con el art. 10.1, ambos del citado real decreto, en cuanto incluye a las Asambleas Legislativas autonómicas dentro de los sujetos obligados a facilitar información a la Base de Datos Nacional de Subvenciones –BDNS, en adelante–.

El fundamento del conflicto radica, a juicio de letrado autonómico, en que ambas disposiciones vulneran las funciones propias del órgano legislativo vasco, reguladas en el art. 15 del Estatuto de Autonomía, la autonomía parlamentaria reconocida en el art. 71.2 de la Constitución española¹, el art. 20.4 de la Ley General de Subvenciones –LGS, en adelante– y la disposición adicional octava de la Ley 19/2013, de 9 de

¹ Llama la atención que, de forma conjunta con el precepto constitucional, el letrado recurrente no haya invocado el art. 27.1 del Estatuto de Autonomía de la comunidad autónoma vasca, donde se reconoce la autonomía normativa, presupuestaria y administrativa de su Parlamento (Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2022, de 11 de marzo, fundamento jurídico [FJ] 3).

diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno –LTIBG, en adelante–, siendo estas dos últimas normas básicas.

Por contra, el abogado del Estado afirma que los artículos 20.4 de la LGS y 6, 7 y 8 de la LTIBG obligan tanto a los órganos constitucionales como a los legislativos autonómicos –respecto a estos últimos, solo en sus actividades sujetas a Derecho administrativo– a establecer un régimen de publicidad activa sobre sus subvenciones. Por tanto, el precepto impugnado no implica más que un desarrollo de dicho imperativo legal sin menoscabo de la autonomía organizativa o reglamentaria de la Cámara vasca y, en consecuencia, no debería ser declarado inconstitucional.

II. COMENTARIO

El primer extremo que nos llama la atención es que la vulneración de la autonomía parlamentaria no haya sido recurrida por el Legislativo vasco, sino por su Consejo de Gobierno. Ello es consecuencia de aplicar el art. 73.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional –LOTC, en adelante–, que restringe la legitimación autonómica, en relación con los conflictos positivos de competencia, al órgano ejecutivo superior.² Dado el rango de la norma impugnada, no cabe recurso de inconstitucionalidad sino conflicto competencial. Y, dentro de este último, la mencionada ley orgánica no contempla la intervención de los Parlamentos autonómicos, lo cual da lugar a la paradoja de que, para impugnar ante el supremo intérprete de nuestra Carta Magna una norma reglamentaria vulneradora de la autonomía del Legislativo, se tenga que ejercitar la oportuna acción por el Consejo de Gobierno³. Dicha solución

² El legislador orgánico regula la legitimación de los conflictos de competencia por remisión expresa del art. 162.2 de la Constitución española (CE).

³ Idéntico criterio de interpretación literal sigue el Tribunal Constitucional en sus sentencias 223/2006, de 6 de julio, y 176/2019, de 18 de diciembre, cuando rechaza la legitimación a los Consejos de Gobierno autonómicos para interponer recursos de inconstitucionalidad contra leyes aprobadas en los Parlamentos regionales.

resulta harto censurable desde la perspectiva de la división de poderes, aunque sea la que marque el ordenamiento vigente.

El Tribunal Constitucional, al analizar el presente conflicto, parte de la premisa de que el título competencial afectado es el art. 149.1.18 de la Constitución, por el que se atribuye al Estado la regulación de las bases del régimen jurídico del sector público. Dentro de las mismas se incardinan los principios de transparencia y cooperación entre las Administraciones públicas (art. 3.1, letras c y k, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público).

Con carácter previo, en la delimitación del objeto de la controversia, la sentencia declara que de la misma debe excluirse el art. 10 del real decreto, al no ser invocado por la representación autonómica en el requerimiento de incompetencia remitido al Gobierno de la nación. Ello determina la inadmisión de su impugnación por imperativo del art. 63.3 de la LOTC (FJ 2, letra b).

Entrando en el fondo de la cuestión, el fundamento jurídico quinto de esta resolución fija una premisa y dos presupuestos necesarios para su aplicación.

La premisa consiste en que el Estado, dentro del ámbito que le reconoce el art. 149.1.18 de la Constitución, puede aprobar normas básicas aplicables a entidades no incluidas dentro del concepto clásico o tradicional de Administración pública, como sucede con las cámaras de comercio, los colegios profesionales, los entes instrumentales de Derecho privado vinculados a las Administraciones –bajo la forma de sociedades mercantiles o fundaciones con una participación o financiación pública mayoritaria– o, incluso, las personas físicas o jurídicas destinatarias de fondos públicos. Dentro de este amplio elenco también se encuentran los órganos legislativos de las comunidades autónomas.

La sentencia plantea dos interrogantes para aplicar dicha premisa: en primer término, si una norma de rango reglamentario puede regular las bases estatales que se aplican a los órganos legislativos de la comunidad y, en segundo lugar, si el contenido de dichas bases respeta la autonomía parlamentaria reconocida constitucional o estatutariamente.

A pesar de lo expuesto, el Tribunal solo examinará el primero de los requisitos sin entrar en el segundo siquiera para descartarlo por inobservancia del anterior⁴.

Concretamente, se razona que la regulación básica estatal, en relación con el rango jerárquico normativo, está sujeta a un principio general y a una excepción. La regla general es que las normas básicas del Estado deben recogerse en disposiciones con valor de ley, ya que de esta manera se garantiza «una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas (STC 69/1988, FJ 5)» (Sentencia del Tribunal Constitucional 100/2019, de 18 de julio, FJ 8, letra b). Sin embargo, también cabe que dichas bases se contengan en disposiciones reglamentarias –e incluso en actos de ejecución– en determinados supuestos excepcionales: cuando se trate de normas con un carácter marcadamente técnico, o de carácter cambiante y coyuntural para las que sea inadecuado seguir el procedimiento legislativo por su tardanza y falta de flexibilidad o, finalmente, cuando resulte indispensable para el cumplimiento de la finalidad prevista en las bases en cuanto que la ley formal no constituye un instrumento apropiado, debido a sus características, para regular exhaustivamente determinados aspectos básicos⁵.

Concluye el supremo intérprete de nuestra Constitución que la norma impugnada no puede incluirse en ninguna de las excepciones citadas, por lo que, dada su carencia de rango legal, la misma no puede considerarse como básica y, en consecuencia, debe ser declarado nulo e inconstitucio-

⁴ Cosa que sí hizo la Sentencia del Tribunal Constitucional 100/2019, de 18 de julio, FJ 8, letra b, *in fine*: «[...] por más que el contenido material de la disciplina establecida pueda respetar la autonomía que tienen estatutariamente reconocida».

⁵ El Tribunal Constitucional se apoya en otras resoluciones precedentes, como las sentencias 45/2015, de 5 de marzo, FJ 4 y 14/2018, de 20 de febrero, FJ 8. Dicha doctrina, ya sistematizada en la Sentencia 147/1991, de 9 de julio, FJ 4, letra c, ha sido recientemente reiterada en la 68/2021, de 18 de marzo, FJ 5, letra c.

nal el inciso «legislativos y» del art. 3.1 *in fine* del Real Decreto 130/2019, de 8 de marzo.

Además de lo escueto –aunque acertado– del razonamiento expuesto, lo que probablemente más llama la atención de la presente sentencia no es lo que dice sino lo que omite.

Una primera cuestión es que no se haya hecho uso de la denominada *inconstitucionalidad por conexión* (art. 39.1 de la LOTC) para declarar también la nulidad del inciso, con idéntico tenor literal, que aparece en el preámbulo del real decreto. Si bien es cierto que, por lo general, el Tribunal Constitucional no admite que las exposiciones de motivos o preámbulos sean objeto de recurso de inconstitucionalidad por carecer de fuerza normativa –lo cual ha sido criticado por el exmagistrado Ollero como un «planteamiento teórico normativista» de carácter excluyente–, no lo es menos que, como excepción, se permite su anulación por inconstitucionalidad cuando «los conceptos y categorías que se contienen en el preámbulo de una ley se proyecten sobre su articulado posterior, la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de uno o varios de los preceptos impugnados de la misma ley prive al párrafo o apartado del preámbulo que glose dicho precepto del valor jurídico interpretativo que le es característico, pues un preámbulo no puede producir ese efecto desde el momento en que la interpretación que acoge ha sido declarada constitucionalmente inadmisibile por este tribunal» (Auto del Tribunal Constitucional 95/2021, de 7 de octubre, FJ único, con cita de abundante jurisprudencia). De hecho, en el vigente preámbulo del real decreto se mantiene la referencia a los órganos legislativos autonómicos como obligados al deber de publicidad con la BDNS como objetivo número 3º de su rediseño, lo cual implica una palmaria contradicción con el tenor literal del fallo.

Otro extremo interesante que no se aborda en la sentencia es la necesidad de realizar, a los efectos de la aplicación de las bases estatales reguladas en el art. 149.1.18 de nuestra Carta Magna, un análisis de las diversas funciones que desarrollan los Legislativos autonómicos pues no todas ellas entran dentro de dicha esfera competencial.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido ocasión, en su Auto de 25 de septiembre de 2007 (FJ 2), Sentencia de 27 de noviembre de 2019 (FJ 2) y posterior Auto de 29 de julio de 2019 (FJ 5), de pronunciarse acerca de esta dicotomía de actividades que desarrollan las Cámaras legislativas. Según la misma, podemos distinguir dos tipos de funciones: por un lado, las estrictamente parlamentarias, constitucionales o estatutarias y, del otro, las administrativas o instrumentales que sirven de herramienta para el adecuado ejercicio de las anteriores. Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 137/2021, de 29 de junio, también se ha hecho eco de dicha doctrina en cuanto que reconoce la posibilidad de que el Congreso de los Diputados desempeñe actividades accesorias que no forman parte de las funciones parlamentarias propiamente dichas (FJ 4, letra b).

Resulta, por tanto, imprescindible llevar a cabo una adecuada distinción entre las actuaciones de los órganos parlamentarias sujetas a Derecho administrativo y aquellas otras que tienen un carácter estrictamente parlamentario. Esta puntualización es, además, de suma trascendencia en el supuesto que contemplamos, puesto que el artículo 4, letra d, de la LGS excluye expresamente las otorgadas a los grupos parlamentarios de su ámbito de aplicación, por lo que no tendría sentido incorporarlas a la BNDS⁶. Asimismo, desde el prisma de la transparencia, no cabe obviar que las exigencias de publicidad activa impuestas por la LTIBG se ciñen a las actividades de las Asambleas Legislativas sujetas al Derecho administrativo (art. 2.1, letra f, en relación con los artículos 5 y 6), pero dejan fuera de su alcance la esfera propia del Derecho parlamentario donde radican las funciones constitucionales o estatutarias de estos órganos⁷.

⁶ Como acertadamente señala Revuelta de Rojas, I. (2018, p. 125), la LGS, además de no incluir a las Cortes Generales en su ámbito subjetivo, también excluye expresamente del objetivo las subvenciones a los grupos parlamentarios.

⁷ Así lo ha confirmado la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2021 (Rec. 216/2019), en relación con la denegación de la información solicitada sobre el Acuerdo de las Mesas del Congreso y el Senado que resuelve la impugnación presentada contra la lista de candidatos admitidos provisionalmente para formar parte del

Como corolario de lo expuesto, resulta de todo punto inapropiado implantar un régimen de publicidad, de forma general y sin ninguna matización, para todas las subvenciones que puedan otorgar los Parlamentos autonómicos. Y ello porque habrá que distinguir entre las que entren dentro del ámbito puramente administrativo o instrumental de la actividad de estos órganos, como es el caso de las concedidas a proyectos de solidaridad, cooperación internacional y emergencia social –contempladas, por ejemplo, en el actual Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Andalucía de 30 de junio de 2021–, y aquellas otras que sean fruto de funciones propiamente parlamentarias, como las otorgadas a los grupos parlamentarios, las cuales se rigen por el Reglamento de cada Cámara⁸. Las primeras sí pueden estar sujetas a las bases estatales ya que, según la disposición adicional vigesimosegunda de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas deben respetar el marco fijado por los principios que inspiran dicha ley. No obstante, las segundas quedarían extramuros de dichas bases, ya que no nos encontramos ante subvenciones propiamente administrativas y, por tanto, resultan ajenas al ámbito del art. 149.1.18 de la CE.

Por último, se echa en falta una expresa declaración del Tribunal acerca de si el inciso impugnado respondía a las exigencias de respeto a la autonomía parlamentaria⁹. La cuestión dista mucho de ser baladí pues, con independencia de que no se supere el canon de constitucionalidad por razones formales, dicho pronunciamiento proporciona al legislador

Consejo de Administración de Radiotelevisión Española.

⁸ Podemos citar, a título de ejemplo, el art. 25 del Reglamento del Parlamento de Andalucía. Su apartado tercero establece la obligación de publicar la contabilidad específica de dichas subvenciones en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía y en el Portal de Transparencia.

⁹ En el bien entendido de que la autonomía parlamentaria «no supone una huida del derecho, sino la existencia de un derecho propio elaborado por las Cámaras, o adoptado mediante importación selectiva o remisión a otras normas» (Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2022, de 11 de marzo, FJ 3).

estatal –sin usurpar sus funciones– pistas útiles sobre cómo abordar la futura redacción de las bases sobre esta materia.

Los artículos 4 y 5 del real decreto estatal contienen una regulación bastante completa del contenido de la información que debe ser suministrada y su procedimiento. Ello implica, a nuestro entender, una vulneración de la capacidad autonormativa de las Cámaras autonómicas para establecer, dentro de su Reglamento o en la normativa de desarrollo del mismo, la forma concreta de suministrar dicha información y los órganos competentes para remitirla. Esta contradicción podría salvarse añadiendo la expresión «con sujeción a su normativa específica», u otra similar, más condescendiente con el principio de autonomía parlamentaria. Con esta solución, además, se daría cumplimiento a la exigencia de que los Legislativos autonómicos regulen en sus respectivos Reglamentos la aplicación concreta de las disposiciones en materia de transparencia e información pública (disposición adicional octava de la LTIBG).

III. CONCLUSIONES

- La normativa básica estatal, basándose en el título competencial del art. 149.1.18 de la Constitución, puede extenderse a sujetos que no sean Administración pública en el sentido clásico de la palabra, entre los cuales se incluyen los órganos legislativos autonómicos.
- No obstante, dichas normas básicas deben cumplir dos requisitos: que estén contenidas en normas de rango legal y respeten la autonomía parlamentaria estatutariamente reconocida a dichos órganos.
- En consecuencia, son inconstitucionales aquellas normas reglamentarias estatales que impongan una regulación básica a los Parlamentos autonómicos.

BIBLIOGRAFÍA

DUQUE VILLANUEVA, J. C., ORTEGA CARBALLO, C., LOSADA GONZÁLEZ, H. y DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. (2021). Doctrina del Tribunal

Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2021. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 122, pp. 247-292.

REVUELTA DE ROJAS, I. (2018). La autonomía presupuestaria de las Cortes Generales. *Revista de las Cortes Generales*, 105, pp. 113-138.

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)*

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.

* Enlace a la STC 53/2021, de 15 de marzo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-6599.

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.

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 presump-

tario 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 habersele 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 concluida 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».

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 DE 2021. RECURSO DE AMPARO NÚM. 980-2020. (BOE NÚM. 97, DE 23 DE ABRIL DE 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

* Enlace a la STC 66/2021, de 15 de marzo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-6612.

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.

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 Generalitat, 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 preguntas 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 ejerci-

cio 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 capitadismuinidos 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 pone 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.

EMPLEO DE LENGUAS ESPAÑOLAS NO OFICIALES EN PAR-
LAMENTOS AUTONÓMICOS. COMENTARIO A LA SENTEN-
CIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 75/2021, DE 18 DE
MARZO. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM.
4911-2020. (BOE NÚM. 97, DE 23 DE ABRIL DE 2021)*

ALEJANDRO RASTROLLO RIPOLLÉS

Letrado de las Cortes Generales
Profesor Asociado de la Universidad de Alcalá de Henares
<https://orcid.org/0000-0001-5791-7600>

RESUMEN

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario VOX en el Congreso contra el artículo 3 bis del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias, confirmando la adecuación de la disposición recurrida con lo dispuesto en los artículos 3.2 de la Constitución española y 4 del Estatuto de Autonomía del Principado.

Palabras clave: régimen lingüístico, cooficialidad, protección y promoción de lenguas regionales, derecho a participar en los asuntos públicos, ius in officium, mesa de la cámara.

Artículos clave: arts. 3, 81.1 y 147.2 CE.

Resoluciones relacionadas: SSTC 82/1986, 27/1996, 165/2013.

* Enlace a la STC 75/2021, de 18 de marzo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-6621.

I. ANTECEDENTES

En su sesión celebrada los días 30 de junio y 1 de julio de 2020, el Pleno de la Junta General del Principado de Asturias aprobaba una reforma del Reglamento de la Cámara por la que se introducía un nuevo artículo 3 bis, que se reproduce a continuación:

Artículo 3 bis.

1. En el marco de lo dispuesto por el Estatuto de Autonomía y, en su caso, por la legislación que lo desarrolle, tanto los Diputados en el ejercicio de sus funciones parlamentarias como los miembros del Consejo de Gobierno, los cargos y empleados públicos y cualquier persona que comparezca ante la Cámara, podrán utilizar el bable/asturiano.

2. La Mesa de la Cámara, oída la Junta de Portavoces, adoptará, en su caso, los criterios oportunos a tal efecto.

La reforma se publicaba en el Diario Oficial del Principado de Asturias el 20 de julio de 2020 (Boletín n.º 139), disponiendo su entrada en vigor el día siguiente al de su publicación.

Mediante Providencia de 17 de noviembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional admitía a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 4911-2020, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario VOX.

La Sentencia, dictada el pasado 18 de marzo de 2021, desestima en su integridad el recurso de inconstitucionalidad. Se formulan dos votos particulares. El primero, de la magistrada Roca Trías, no comparte el sentido del fallo ni su argumentación jurídica. El del magistrado González-Trevijano Sánchez, por su parte, es de carácter concurrente, si bien discrepa de la fundamentación jurídica contenida en la resolución.

II. COMENTARIO

1. Alegan los recurrentes en su escrito de interposición que la reforma del Reglamento parlamentario supone una infracción de lo dispuesto en los artículos 3.2 y 81.1 de la Constitución española, así como del artículo 4 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias. Adicionalmente,

entienden que la modificación reglamentaria también incide en el *ius in officium* de los diputados de la Junta General al impedirles ejercer en su plenitud las funciones inherentes a su cargo representativo.

El primero de los preceptos constitucionales aludidos remite a los estatutos de autonomía la determinación del carácter cooficial de una lengua española en el territorio de la respectiva comunidad autónoma. Materia que forma parte del llamado «contenido posible» de los estatutos, más allá de las previsiones que, a tenor del artículo 147.2 CE, obligatoriamente deben incorporar las normas institucionales básicas de las comunidades autónomas.

La declaración de cooficialidad de una lengua constituye, pues, una materia típicamente estatutaria, sobre la que existe reserva de ley orgánica de conformidad con los artículos 81.1 y 147.3 CE. Aunque este último no ha sido expresamente invocado por los recurrentes, conviene señalar que ambos preceptos refieren a dos operaciones diferentes cuales son la «aprobación» y «reforma» de los estatutos de autonomía.

Sea como fuere, junto al artículo 3.2 CE, la referencia para el análisis de la viabilidad constitucional del artículo 3 bis del Reglamento de la Junta General ha de ser, desde luego, el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, norma integrante del bloque de la constitucionalidad ex artículo 28.1 de la Ley 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional.

Para la correcta comprensión del pronunciamiento del Alto Tribunal examinado en el presente comentario, se transcribe el artículo 4 de la norma estatutaria:

Artículo 4.

1. El bable gozará de protección. Se promoverá su uso, su difusión en los medios de comunicación y su enseñanza, respetando en todo caso las variantes locales y la voluntariedad en su aprendizaje.
2. Una ley del Principado regulará la protección, uso y promoción del bable.

La literalidad del precepto no deja lugar a dudas: el estatuto de autonomía no configura un régimen de cooficialidad lingüística entre la lengua castellana y el bable. Dentro de las –dos– opciones constitucio-

nalmente legítimas que habilita el artículo 3 CE (la declaración o no de cooficialidad de una lengua regional) el legislador, autonómico y estatal si se atiende a la conjunción de voluntades propia de los procedimientos de reforma estatutaria, no ha querido reconocer la cooficialidad de otra lengua en el territorio de la comunidad autónoma. Al respecto ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, entre otras, por STC 27/1996, de 15 de febrero.

Ahora bien, la carencia del carácter oficial del bable no impide que la lengua no sea objeto de especial atención por parte de los poderes públicos. El propio apartado tercero del artículo 3 CE impone a estos el «respeto y protección de las distintas modalidades lingüísticas de España», desde la perspectiva de su consideración como «patrimonio cultural».

Este es el sentido del artículo 4 del estatuto de autonomía arriba reproducido: garantizar la protección del bable y promover su uso y difusión en ámbitos especialmente cualificados –medios de comunicación y enseñanza–, remitiendo al legislador autonómico la concreción de tales extremos, lo que se ha llevado a la práctica mediante la aprobación de la Ley 1/1998, de 23 de marzo, de uso y promoción del bable/asturiano.

Similares previsiones encontramos en otros territorios del Estado en los que existen y se emplean, con mayor o menor regularidad, lenguas distintas del castellano, sin alcanzar el grado de cooficialidad. Baste señalar el ejemplo de la Comunidad Autónoma de Aragón. El artículo 7 de su estatuto de autonomía (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril) aborda las «lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón» –empleando así una terminología más en línea con el artículo 3.3 CE– cuyo régimen jurídico se contiene en la Ley 3/2013, de 9 de mayo, de uso, protección y promoción de las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón. También merece destacar, por la materia que aquí nos ocupa, el artículo 6 del Reglamento de las Cortes de Aragón de 2017, conforme al cual, las Cortes «adaptarán sus actuaciones interna y externa, así como sus relaciones con los ciudadanos, a las obligaciones derivadas de la legislación vigente en materia de lenguas y en virtud de lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía».

En fin, sin ánimo de exceder el objeto de este comentario, puede señalarse que la «realidad plurilingüe» de España también alcanza al máximo órgano representativo de nuestro país, las Cortes Generales, concretamente a la Cámara que tiene atribuida la *representación territorial*, el Senado, cuyo Reglamento reconoce, cierto que limitado a determinadas iniciativas o intervenciones, el empleo de lenguas que tengan carácter oficial en alguna comunidad autónoma (arts. 11 bis, 20.3, 56 bis 9, 84.5, 191.2 y DA 4ª y 5ª).

2. Examinado el marco normativo de referencia y comparado, procedemos a analizar a continuación los argumentos aducidos por los recurrentes. El primero y principal radica en la consideración de que la reforma del reglamento parlamentario, operada mediante la introducción de un nuevo artículo 3 bis, va más allá de la promoción del uso del bable, entrando de lleno en el ámbito de la definición del estatuto jurídico de la cooficialidad de una lengua autonómica. Atribuir al bable la condición de lengua de uso normal en un poder público como es el Parlamento, sostienen, lo hace poseedor de una de las características propias de las lenguas oficiales. La reforma reglamentaria estaría operando de este modo una cooficialidad «encubierta», en ausencia de declaración estatutaria expresa.

Adicionalmente, los recurrentes argumentan que el reconocimiento de la eficacia jurídica del bable en las sesiones parlamentarias podría debilitar el control que los diputados realizan del Gobierno y Administración autonómicas, afectando así al núcleo de su función representativa reconocida constitucionalmente (art. 23 CE). A esta conclusión llegan tras afirmar que los diputados pueden no entender el bable, por no ser una lengua de general conocimiento.

3. El Tribunal aborda el primer motivo de impugnación afirmando que el respeto de la diversidad lingüística de nuestro país «constituye un valor fundamental reconocido por la Constitución como patrimonio común y expresión de la diversidad cultural de España»; realidad plurilingüe de la que pueden extraerse una serie de consecuencias jurídicas:

i) la posible *atribución de carácter oficial a las diversas lenguas españolas*; ii) la *protección efectiva de todas ellas*; y iii) la *configuración de derechos y deberes individuales en materia lingüística*.

Por lo que se refiere a la declaración de cooficialidad de una lengua, el Tribunal afirma que dicha determinación corresponde, en efecto, a los estatutos de autonomía, de conformidad con el artículo 3.2 CE. Ahora bien, con cita de su doctrina contenida en STC 82/1986, de 26 de junio, y otras posteriores (SSTC 134/1997 y 253/2005), recuerda que la oficialidad de una lengua se desprende «de su reconocimiento por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos, independientemente de su realidad y peso como fenómeno social». Prosigue señalando que la cooficialidad

lo es con respecto a todos los poderes públicos radicados en el territorio autonómico, sin exclusión ni de los entes locales ni de los órganos dependientes de la administración central, de modo que el ciudadano tiene derecho a usar indistintamente el castellano o la lengua oficial propia de la comunidad autónoma en sus relaciones con el conjunto de las instituciones públicas que se ubican en el territorio de esa comunidad.

De lo anterior se concluye que la cooficialidad de una lengua española en un determinado territorio autonómico deriva no solo de la expresa atribución de tal carácter en el respectivo estatuto, sino también de su empleo como medio de comunicación normal y con eficacia jurídica plena frente a los poderes públicos. En definitiva, el análisis de la cooficialidad habría de atender tanto al aspecto jurídico-formal (reconocimiento estatutario de la lengua oficial) como al plano fáctico-material (uso real y efectivo de la lengua).

En segundo término, respecto de la protección de *todas* las lenguas españolas a que se refiere el artículo 3.3 CE, comprensiva de *aquellas realidades lingüísticas* no amparadas por el estatuto de la oficialidad en el territorio de una comunidad autónoma, recuerda el Tribunal que el precepto impone a los poderes públicos «disponer las garantías tanto de respeto como de protección oportunas, incluida la posible regulación de

su uso público bajo determinadas circunstancias». Y esa protección es independiente de lo establecido en el apartado segundo del artículo 3 CE.

En base al razonamiento expuesto, rechaza el Tribunal el primer motivo de impugnación, al afirmar que el artículo 3 bis del Reglamento de la Junta General «no tiene como resultado la atribución de los efectos propios de la oficialidad de una lengua propia, pues no reconoce al bable/asturiano como “medio normal de comunicación” ante todos los poderes públicos radicados en el territorio autonómico, sino únicamente reconoce determinados efectos» en sede parlamentaria. El precepto impugnado no establece la cooficialidad del bable. Al contrario, tiene un alcance limitado, el de la institución parlamentaria, sin extender su eficacia a las administraciones autonómica y local, ni a los órganos y organismos dependientes de la Administración General del Estado radicados en el territorio del Principado de Asturias.

Las notas identificativas de la oficialidad de una lengua son *sus efectos generales* ante todos los poderes públicos sitos en un territorio determinado; eficacia general que es la que justifica «precisamente, que el apartado 2 del artículo 3 CE remita para declarar expresa y formalmente la cooficialidad a los estatutos de autonomía».

Tales notas no concurren en el supuesto sometido a consideración del Tribunal: el artículo 3 bis del Reglamento parlamentario se limita a permitir la utilización del bable «tanto por los Diputados en el ejercicio de sus funciones parlamentarias, como por los miembros del Consejo de Gobierno, los cargos y empleados públicos y cualquier persona que comparezca ante la Cámara». La previsión se incardina, pues, en el ámbito de la «protección» (art. 3.3 CE), «uso» y «promoción» (art. 4 EE.AA. de Asturias) de una lengua propia.

Y tanto más importantes son esas medidas de promoción cuanto se proyectan ante el órgano de representación de la ciudadanía, la Junta General del Principado de Asturias, «foro de debate y participación en el que es especialmente adecuado que se garantice y visibilice» la realidad plurilingüe de un territorio.

Por otra parte, el mandato constitucional de respeto y protección de las «modalidades lingüísticas de España» del artículo 3.3 CE debe interpretarse –como en general todo nuestro régimen jurídico lingüístico (STC 165/2013)– a la luz de la Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias, ratificada por el Estado español el 2 de febrero de 2001. Esta operación ha de atender, además, a la Declaración formulada por el Estado en el Instrumento de ratificación, según la cual «se entienden por lenguas regionales o minoritarias, además de las reconocidas como oficiales en los Estatutos de Autonomía, las que estos protegen y amparan en los territorios donde tradicionalmente se hablan».

Pues bien, el artículo 10.2 de la Carta, ubicado en la parte III, relativa a las medidas de fomento del uso de las lenguas regionales o minoritarias en la vida pública, contempla, entre otras medidas, «el empleo por las colectividades locales de lenguas regionales o minoritarias en los debates de sus asambleas, sin excluir, no obstante, el empleo de la(s) lengua(s) oficial(es) del Estado».

En definitiva, la disposición del Reglamento de la Junta General impugnada encontraría su fundamento en los artículos 3.3 de la Constitución (interpretado de conformidad con la Carta Europea de Lenguas Regionales y Minoritarias) y 4 del Estatuto de Autonomía de Asturias, debiendo rechazarse una pretendida cooficialidad encubierta como finalidad o efecto de la reforma y, por ende, cualquier tacha de inconstitucionalidad ex artículo 3.2 CE.

Para el magistrado González-Trevijano, el razonamiento del Tribunal no aparece suficientemente justificado. En su voto particular concurrente afirma que la posible regulación del uso público de lenguas no oficiales bajo determinadas circunstancias a que se refiere la sentencia, constituye «una expresión apodíctica, que no precisa ni el alcance ni las circunstancias de esa regulación», a resultas de lo cual, el Tribunal no acierta a distinguir con claridad entre el uso público de lenguas oficiales y las que carecen de dicho carácter, esto es, «entre un régimen de cooficialidad y otro de promoción y protección del uso de las lenguas».

4. El segundo motivo de impugnación aludía a la posibilidad de que los diputados de la Junta General pudieran no comprender las intervenciones de los comparecientes realizadas en bable, de lo que resultaría la vulneración de su derecho fundamental a la representación política (art. 23.1 CE) y, correlativamente, el de los ciudadanos a participar en las funciones públicas a través de sus representantes (art. 23.2 CE).

Esta alegación resulta igualmente desestimada. Afirma el Tribunal que la eventual vulneración del derecho fundamental que pudiera derivarse del nuevo precepto reglamentario, habida cuenta de que su regulación afecta al núcleo del *ius in officium* de los diputados (facultades de control del Ejecutivo y Administración), puede quedar salvada por la previsión recogida en el apartado 2 del propio artículo 3 bis del Reglamento. Este precepto remite a la Mesa de la Cámara, oída la Junta de Portavoces, la adopción de los criterios oportunos *a tal efecto*, esto es, dirigidos a garantizar la *utilización* del bable, término que debe entenderse como equivalente a una adecuada comunicación bidireccional: posibilidad de expresarse en bable y posibilidad de comprender al interlocutor.

Para que la «afectación» no se convierta en «vulneración» del derecho, corresponde a la Mesa de la Junta General adoptar las medidas oportunas «para impedir que el desconocimiento del bable por los representantes suponga un obstáculo para el ejercicio de [sus] funciones de debate y control». Del apartado 2 del artículo 3 bis parece extraer el Tribunal la conclusión de que la decisión de la Mesa, acordando o no las *medidas oportunas*, ha de considerarse preceptiva, ya que la previsión reglamentaria «impone» al órgano rector (*adoptará*) acordar una decisión al respecto, que por lo demás, en línea con su reiterada jurisprudencia, debe motivarse adecuadamente. No comparte esta afirmación el magistrado González-Trevijano, para quien la expresión literal del artículo 3.2 bis, «en su caso», supone someter a la decisión discrecional de la Mesa la posibilidad o no de la adopción de los criterios oportunos, la fijación de su alcance y contenido y el objetivo perseguido con los mismos.

5. En fin, debe hacerse una referencia al voto particular de la magistrada Roca Trías, discrepante con el fallo de la sentencia. En síntesis, sostiene que la argumentación ha prescindido del análisis del «sentido y finalidad» del precepto impugnado, que constituye el canon o forma de enjuiciar ordinario del Tribunal según su propia jurisprudencia. Desde esta óptica y frente a la mayoría del órgano, la magistrada considera que la reforma operada por el artículo 3 bis del Reglamento de la Junta General «ha convertido el bable/asturiano en lengua cooficial “en” el Parlamento asturiano, al otorgarle una cualidad o efecto no reconocido previamente en su Estatuto y, por tanto, sin competencia para ello».

III. CONCLUSIÓN

La Sentencia 75/2021 respalda la plena conformidad del nuevo artículo 3 bis del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias con las normas integrantes del bloque de constitucionalidad examinadas.

Llega a dicha conclusión el Tribunal al afirmar que la disposición impugnada constituye una medida de «promoción y fomento» del bable/asturiano, amparada en los artículos 3.3 de la Constitución y 4 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, y no una actuación que encierre una declaración de cooficialidad encubierta en contravención de lo dispuesto en el arts. 3.2 y 81.1 CE.

Medida, pues, jurídicamente admisible, también desde la perspectiva del *ius in officium* de los diputados del Parlamento asturiano, siempre que la Mesa adopte las medidas oportunas para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos de representación política (art. 23 CE).

MADRID NO ES PAÍS PARA «CUNEROS». COMENTARIO A
LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 76/2021,
DE 15 DE ABRIL. RECURSO DE AMPARO NÚM. 2117-2021.
(BOE NÚM. 119, DE 19 DE MAYO DE 2021)*

MARÍA GARROTE DE MARCOS

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid
<https://orcid.org/0000-0003-2388-5991>

RESUMEN

La presente sentencia resuelve un recurso de amparo electoral que aborda los requisitos exigibles a los candidatos para las elecciones autonómicas de la Comunidad de Madrid. La controversia se centra en la existencia o no del requisito de inscripción de los candidatos en el censo electoral vigente, además de la necesaria vecindad administrativa. El juego de las diferentes disposiciones normativas y las interpretaciones diversas, efectuadas por la Administración electoral y el órgano judicial de instancia, evidencian hasta qué punto el derecho de sufragio pasivo, como derecho de configuración legal, requiere una continua interpretación y puesta al día. La decisión del Tribunal Constitucional, muy discutida, refleja una lectura formalista que deja poco margen a los operadores electorales.

Palabras clave: Recurso de amparo electoral, derecho de sufragio, candidaturas, censo electoral, elegibilidad, elecciones autonómicas.

* Enlace a la STC 76/2021, de 15 de abril: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-8342.

Artículos clave: art. 23.2 CE, arts. 3, 7.2 y 39 LOREG, arts. 2, 3 y 4 LECM.

Resoluciones relacionadas: SSTC 25/1992, 144/1999 y 86/2003.

I. ANTECEDENTES

El acuerdo de proclamación de las candidaturas electorales es uno de los limitados actos del procedimiento electoral –junto con la proclamación de electos– susceptibles de recurso de amparo electoral ante el Tribunal Constitucional. En estos casos nos encontramos con un procedimiento verdaderamente especial, tanto por su tratamiento procesal como por su significación. La perentoriedad de los plazos y la celeridad en su tramitación responden a la necesidad de resoluciones rápidas dada la dinámica preclusiva del proceso electoral.

La limitación del objeto de cognición conduce inevitablemente a la restricción de los sujetos legitimados para interponer el recurso. Estas características hacen del recurso de amparo electoral un mecanismo de control de urgencia en el que el Tribunal Constitucional despliega la función típica de un Tribunal de garantías electorales (Caamaño, 1997: 96).

Además, los recursos de amparo electoral se centran básicamente en las eventuales vulneraciones del derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE). Como derecho fundamental de configuración legal, su control se convierte en definitiva en un control de la legalidad electoral. El TC ha venido verificando que se respeta no solo su ejercicio en condiciones de igualdad, sino también que las normas que lo regulan sean congruentes con la naturaleza de cargos públicos representativos y que la interpretación de las mismas sea la más favorable al ejercicio del derecho fundamental.

Si la presunta violación del derecho procede del acuerdo de proclamación de la junta electoral competente y el órgano judicial no la subsana, el TC actúa efectivamente como guardián subsidiario y último de los derechos fundamentales. En cambio, si el objeto de impugnación es la

sentencia judicial el TC podrá apreciar tanto lesiones provocadas por vicios *in procedendo* –vinculadas fundamentalmente al art. 24 CE–, como errores *in iudicando*. Es en estos casos cuando el Tribunal revisa la aplicación de la norma electoral y su adecuada interpretación conforme a la Constitución. Al actuar como instancia revisora de las actuaciones del juez ordinario el amparo se convierte en una especie de institución de tipo casacional, en la que el TC cumple un papel de unificación de doctrina (Figueroa, 1989: 143 y Caamaño, 1997: 116).

La sentencia que se comenta es una interesantísima muestra de las especialidades del recurso de amparo electoral. Se trata de un recurso contra la sentencia judicial que anula la proclamación de dos candidatos previamente acordada por la junta correspondiente. No son frecuentes este tipo de recursos, pues la mayoría se dirigen contra las decisiones de la Administración electoral, confirmadas después en la jurisdicción ordinaria. Junto a ello, el objeto del recurso, centrado en la inscripción en el censo de los candidatos, es un asunto relativamente poco tratado en sede de amparo electoral, y menos aún en el marco de elecciones autonómicas, en las que rige la normativa de cada comunidad autónoma. La sentencia, adoptada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, fue muy discutida durante su deliberación y cuenta con tres votos particulares que reflejan la dificultad de dar por zanjada la problemática suscitada.

II. COMENTARIO

Resumidamente, los hechos de los que trae causa el recurso son los siguientes:

- El 10 de marzo se convocaron elecciones a la Asamblea de Madrid (Decreto 15/2021, de 10 de marzo, BOCM, nº 59 de 11 de marzo de 2021) a celebrarse el 4 de mayo de 2021. El 2 de abril se publicaron en el BOCM nº 79 las candidaturas proclamadas provisionalmente por la Junta Electoral Provincial de Madrid (en adelante, JEP), en las que figuraban como candidatos del Partido Popular Antonio Cantó (número 5) y Agustín Conde (número 23).

- La representante general del PSOE de Madrid impugna la candidatura del Partido Popular por la inclusión de los mencionados candidatos, entendiendo que resultan inelegibles por no figurar inscritos en el censo electoral vigente a 1 de enero de 2021, fecha en la que quedó cerrado para dichas elecciones. Se advierte que el candidato Antonio Cantó se empadronó en Madrid el 22 de marzo de 2021, mientras que Agustín Conde lo hizo el 26 de marzo de 2021.
- La JEP rechaza la impugnación del PSOE mediante los Acuerdos 16 y 17, de 5 y 6 de abril. Se consideró subsanado el vicio de falta de certificación del domicilio en la Comunidad de Madrid de ambos candidatos con la presentación de sus respectivos documentos nacionales de identidad, en los que constaba su domicilio en la ciudad de Madrid. El 8 de abril se publica en el BOCM el Acuerdo de proclamación definitiva de candidaturas en la que están incluidos los dos candidatos del Partido Popular en los números 5 y 23 respectivamente.
- La representación del PSOE interpone recurso contencioso-electoral contra el Acuerdo de la JEP solicitando su anulación y la exclusión de la lista electoral del Partido Popular de Antonio Cantó y Agustín Conde. Por sentencia de 11 de abril de 2021, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Madrid estimó el recurso, anulando parcialmente el Acuerdo de la JEP y acordando que ambos candidatos debían ser excluidos de la candidatura por ser inelegibles.
- El razonamiento de la sentencia parte de que el derecho reconocido en el art. 23.2 CE es de configuración legal, de modo que la normativa aplicable es la Ley 11/1986, Electoral de la Comunidad de Madrid (en adelante, LECM) y supletoriamente la LOREG. El art. 2.1 LECM establece que tendrán derecho de sufragio todos los españoles mayores de edad que no hayan sido objeto de una condena penal a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio (arts. 1 y 2 LOREG) y que ostenten la «condición

política de ciudadanos de Madrid», lo que sucede cuando se tenga la vecindad administrativa de cualquiera de los municipios de la Comunidad de Madrid, que se adquiere en el mismo momento de la inscripción en el padrón. Los candidatos ostentan, al momento de dictarse la sentencia, la condición de ciudadanos de la Comunidad de Madrid. Pero dicha condición no les confiere, *per se*, el derecho a ser elegibles en las elecciones a su asamblea legislativa del próximo 4 de mayo de 2021, porque para el ejercicio del derecho de sufragio es indispensable «la inscripción en el censo electoral vigente» (art. 2.2 LECM), siendo elegibles los ciudadanos que posean la condición de elector, que son quienes figuran en el censo electoral vigente (art. 3.1 LECM) y no estén incurso en causa de inelegibilidad. Es decir, para poder ser candidato ha de reunirse la condición de elector, esto es, se ha de estar inscrito en el censo electoral vigente. La noción de censo electoral vigente remite a la previsión del art. 39.1 LOREG.

Respecto de la previsión contenida en el art. 4.2 LECM, que dispone que quienes «aspiren a ser proclamados candidatos y no figuren incluidos en las listas del censo electoral vigente, referido al territorio de la Comunidad de Madrid podrán serlo, siempre que con la solicitud acrediten, de modo fehaciente, que reúnen todas las condiciones exigidas para ello», se advierte que no es propiamente una excepción, sino que permite a quien tenía derecho a estar inscrito en el censo electoral (por residir habitualmente en la Comunidad de Madrid en la fecha de cierre del censo electoral aplicable a las elecciones), pero, que por cualquier razón no figura inscrito en dicho censo electoral, la posibilidad de acreditar su derecho a haber figurado inscrito en él, mediante cualesquiera medios de prueba admitidos en derecho; pero, si no se tenía derecho a estar incluido en el censo a la fecha de su cierre (1 de enero de 2021), no se podrá concurrir a las elecciones (puesto que en ningún momento podrían haber sido electores).

El Partido Popular y los candidatos excluidos interponen recurso de amparo contra la sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo que anula parcialmente la proclamación de candidaturas y que fundamentan en la vulneración de los arts. 23.1 y 23.2 y 24 CE¹. Consideran que el órgano judicial incurre en confusión cuando interpreta el ordenamiento jurídico aplicable generando dudas sobre tres aspectos: i) los requisitos para la titularidad del derecho de sufragio y la inscripción censal, que es una mera condición técnica general para su ejercicio; ii) la inscripción en el censo vigente y los requisitos para ser candidato, que en este caso son ser español mayor de edad, no estar incurso en una causa de inelegibilidad y tener residencia administrativa en la Comunidad de Madrid; y iii) el requisito temporal del censo y la acreditación de la vecindad administrativa, pues se pretende extrapolar el requisito de censo electoral vigente a todos los requisitos de titularidad del derecho de sufragio que deberían reunirse en la fecha de cierre censal.

Además, el órgano judicial se ha inclinado por la interpretación menos favorable al reconocimiento del derecho fundamental, pese a admitir que existe un espacio indeterminado en la ley que ofrece dudas interpretativas. Señalan también que a los candidatos excluidos se les han exigido requisitos que no habían sido requeridos previamente a ningún candidato, pues nunca antes la Administración electoral ha exigido la inscripción censal como inexcusable para la validez de las candidaturas.

Presentan alegaciones la JEP, el Ministerio Fiscal y el PSOE. La JEP indica que se pidió a los candidatos el documento nacional de identidad, el certificado de empadronamiento o la certificación censal para constatar que se cumplen los requisitos que establece la ley (tener residencia administrativa en la Comunidad de Madrid). Entiende que las condiciones a las que se refiere el art. 4.2 LECM se deben reunir en el momento de solicitud de la candidatura, no antes. Se debe atender a la condición material de elegible, no a la inclusión formal en el censo.

¹ La queja relativa al art. 24.1 (no se ha dado traslado a los candidatos ni del recurso interpuesto ni de la sentencia de instancia) carece de argumentación y es desestimada preliminarmente.

Además, considera problemática la remisión normativa que se pretende aplicar, porque no existe laguna material en la LECM sobre los requisitos para ser candidato y porque el resultado de esa integración normativa es limitado y restrictivo.

Tanto el Ministerio Fiscal como el PSOE solicitan la desestimación del recurso porque entienden que la interpretación realizada por la sentencia de instancia es acorde con la LECM y con el derecho de sufragio pasivo del art. 23.2 CE.

Entrando ya en la fundamentación jurídica de la sentencia, el TC, tras concretar el objeto del recurso y las pretensiones de las partes, repasa su doctrina sobre el art. 23.2 CE, recordando que es un derecho de configuración legal en el que el legislador posee un amplio margen de actuación que deberá respetar, en todo caso, que su ejercicio se realice en condiciones de igualdad, que la norma sea acorde con la naturaleza de cargo representativo y que sea interpretada de la manera más favorable al ejercicio del derecho.

El problema que se suscita estriba, a juicio del Tribunal, en que la resolución judicial impugnada interpreta la legislación electoral de modo que a pesar de que los dos candidatos ostentan la vecindad administrativa, no pueden serlo porque no tienen la condición de electores inscritos en el censo electoral vigente (según exige el art. 2.2. LECM). Y no cabe subsanar esta carencia, pues solo cabría aplicar la previsión del art. 4.2 LECM si se cumplieran los requisitos para estar inscrito en el censo en el momento de su cierre, dos meses antes de la convocatoria (FJ 4).

Al analizar la legislación aplicable, el Tribunal entiende que del juego de los artículos 2.1. y 3.1 LECM se desprende que para ser elegible es necesario tener la condición de elector. La elegibilidad, la capacidad para ser elegible, es un derecho de quienes gozan ya de la capacidad jurídica para ser elector. Pese a que la inscripción censal es meramente declarativa, es un instrumento indispensable para el ejercicio del derecho de sufragio. Y solo pueden reclamar amparo quienes gozan del derecho de sufragio activo. En este caso, más que ante una supuesto de inelegibilidad (condición negativa), estaríamos ante un caso de falta de capacidad

jurídica para ser elegible. En este punto se invoca la STC 144/1999 (caso Hormaechea) en la que se analizaba un caso de ausencia de capacidad jurídica para ser elector y elegible por condena penal. Se cita también el caso resuelto en la STC 25/1992, en la que el TC advertía que «sólo quienes puedan votar en las elecciones catalanas pueden ser presentados como candidatos». Sin embargo, en aquel supuesto se rechazó la candidatura de los recurrentes porque carecían de residencia administrativa en Cataluña, cuando la normativa aplicable lo considera requisito esencial para ser elector (y, por tanto, elegible).

Dicho esto, entiende el Tribunal que los candidatos excluidos no reúnen los requisitos legales necesarios para el ejercicio del derecho de sufragio activo, particularmente, estar inscrito en el censo electoral vigente (art. 39.1 LOREG). De modo que no pueden ser elegibles si no son electores. Y no lo son porque para ello hace falta «no solo ostentar la titularidad del derecho de sufragio activo, sino, además, la capacidad jurídica para ejercerlo» (FJ 4 d).

Los recurrentes tratan de soslayar el anterior obstáculo alegando que la inscripción en el censo electoral no es un requisito necesario, pues su falta puede ser suplida en los términos del art. 4.2 LECM (que reproduce el art. 7.2 LOREG). Dicha norma permite a los que aspiren a ser proclamados candidatos «y no figuren incluidos en las listas del censo electoral vigente, referido al territorio de la Comunidad de Madrid, que puedan serlo, siempre que con la solicitud acrediten, de modo fehaciente, que reúnen todas las condiciones exigidas para ello». Se recuerda la STC 86/2003, en la que el candidato excluido –en elecciones a las Cortes de Castilla y León– carecía de inscripción censal y el TC entendió que el certificado de empadronamiento era suficiente para reunir los requisitos exigibles, a tenor de lo dispuesto en el art. 7.2 LOREG, aplicable al caso.

El TC no comparte esa interpretación por dos razones: primero, porque convertiría en meramente potestativa la regla del art. 2.2. LECM que exige categóricamente la inscripción en el censo. Segundo, porque la previsión contenida en el art. 4.2. LECM está pensada para los eventuales errores censales que no pueden ser advertidos y subsanados mediante

la certificación censal. En el caso resuelto mediante STC 86/2003 el candidato reunía los requisitos necesarios para ser elector y figurar inscrito en el censo, pero el error censal solo podía ser advertido y subsanado mediante la posibilidad contemplada en el art. 7.2 LOREG, que ofrece la oportunidad de acreditar los requisitos al margen de la certificación censal.

Respecto a la necesidad de efectuar una interpretación lo más favorable al ejercicio del derecho el TC sostiene que los derechos han de ejercerse siempre en el marco establecido por la ley, cuyos límites no pueden enervarse por la interpretación más favorable. En este caso la normativa electoral es muy precisa, «de la que se deriva claramente en qué términos han de ejercerse los derechos de sufragio activo y pasivo, por lo que no ha lugar a desvirtuar o dejar sin ningún efecto las reglas establecidas por el legislador so pretexto de la invocación del principio de interpretación más favorable» (FJ 4 e).

Por último, el Tribunal descarta que la doctrina de la Junta Electoral Central sobre la documentación que es necesario aportar junto con las candidaturas, en relación con la condición de elegibilidad de los candidatos, permita variar la interpretación acogida². La Junta Electoral Central dictó dos Instrucciones al desaparecer del Código Penal las penas de suspensión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo y pasivo. Y en ese sentido, una vez que ya no quedaba reflejado en el censo electoral las condenas a penas de inhabilitación absoluta, de inhabilitación especial para cargo público o suspensión de cargo público, carecía de sentido exigir la inscripción en el censo a los candidatos, bastando la aportación del documento nacional de identidad.

En concreto, la norma tercera de la Instrucción 1/1999 establece que para las elecciones a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas «las juntas electorales competentes se atenderán, en cuanto a la exigencia de que los candidatos no estén sujetos a penas que les inha-

² Instrucciones de 1/1999, de 15 de marzo de 1999, sobre elecciones locales y europeas, y 1/2000, de 20 de enero, sobre elecciones generales.

biliten para el acceso al correspondiente cargo electivo, a lo previsto al respecto en la norma primera de la presente instrucción, sin perjuicio de lo que en cada elección a asamblea legislativa resulte exigible». A juicio del TC, de este último inciso «acaso cabe inferir la posibilidad de exigencia de inscripción en el censo electoral a quienes pretendan formar parte de dichos cuerpos legislativos», concluyendo que habrá que estar, en cada caso, a lo que determine la normativa aplicable a las elecciones autonómicas, que en la Comunidad de Madrid implica la necesidad de estar inscrito en el censo vigente.

Por último, el Tribunal también desestima la queja relativa al acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos electivos. Pese a que los recurrentes entienden que se les han exigido requisitos que no se han requerido en ningún proceso electoral anterior, el Tribunal señala que los requisitos existen y los demandantes pretenden que se prescinda de ellos con el argumento de que no han sido exigidos previamente. Además, utilizan un término de comparación genérico, sin concretar, que impide realizar un juicio de igualdad. La práctica previa no ajustada a la normativa no puede servir de base para aducir una vulneración de la igualdad que preconiza el art. 23.2 CE (FJ 5).

Todas estas consideraciones llevan a desestimar el recurso.

Los tres votos particulares formulados por los magistrados Ollero Tassara, Martínez-Vares García y Montoya Melgar coinciden en advertir que en el presente caso la normativa aplicable ni es clara ni es precisa, sino que es ambigua y susceptible de diversas lecturas. El Tribunal no se ha inclinado por la interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino por un «planteamiento formalista y legalista» de la cuestión (voto particular de Ollero Tassara) que lleva a «un sacrificio innecesario y rigorista en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo» (voto particular de Martínez-Vares García). La interpretación más favorable al ejercicio del derecho debe llevar a entender que la LECM permite la posibilidad de presentarse como candidato cuando, aun no estando inscrito en el censo electoral, se reúne la condición política de ciudadano de la Comunidad de Madrid a la fecha de presentación de la candidatura.

«Solo así se puede entender que se utilice el tiempo presente “reúnen” y no el pasado “reunían”, que es el que debería utilizarse si el cumplimiento de los requisitos se proyectase al momento de cierre del censo electoral», habida cuenta, además, de que «cualquier limitación debe estar expresamente prevista en la Ley» (voto particular de Martínez-Vares García). En definitiva, la mera existencia de esta interpretación más favorable debería llevar a la estimación del recurso (voto particular de Montoya Melgar).

Tanto la fundamentación de la sentencia como el fallo son ciertamente objetables, por varios motivos. A nuestro juicio, el Tribunal confunde la titularidad del derecho de sufragio activo —esto es, la capacidad jurídica para ser elector— y las condiciones para el ejercicio del mismo. No en vano la LOREG y el resto de leyes electorales autonómicas separan ambos conceptos y el propio TC reconoce que la inscripción en el censo es meramente declarativa y no constitutiva del derecho. Aun cuando se pueda aceptar que la inscripción en el censo es una condición técnica indispensable para ejercer el derecho de sufragio activo, ello no significa que sea un «requisito legal necesario para tener capacidad jurídica como elector» (FJ 4, pto. 4). Vincular los requisitos para tener capacidad jurídica como elector con las condiciones de ejercicio supone desconocer la diferencia entre titularidad y ejercicio de los derechos. En este punto la sentencia revela un salto argumental de difícil comprensión.

Por otra parte, la LECM es heredera, como muchas otras, de las previsiones contenidas en la LOREG, las cuales reproduce en muchos casos de manera literal. Para interpretarla es preciso contextualizar su contenido y finalidad. El citado art. 7.2 LOREG tiene como antecedente inmediato art. 3.2 del Real-Decreto ley de Normas Electorales de 1977 en el que se establecía: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los que aspiren a ser proclamados candidatos y no figuren incluidos en las listas del Censo Electoral podrán serlo, siempre que con la solicitud acrediten de modo fehaciente que reúnen todas y cada una de las *demás* condiciones o requisitos exigidos para ello por estas normas» (cursiva nuestra). La intención de esta norma es clara, y es eximir del requisito de inscripción en el censo cuando los candidatos reúnan las condiciones

legales para serlo. La exigencia de inscripción en el censo tenía entonces la finalidad de comprobar que los candidatos no habían sido privados por sentencia judicial del derecho de sufragio por condena penal.

El proyecto de ley electoral de la Comunidad de Madrid no incluía en su versión inicial el art. 4.2, sino que este fue añadido gracias a una enmienda presentada por la Agrupación del PDP. La explicación era clara: «[...] pudiera ser que alguien estuviera inscrito en el censo electoral general y no lo estuviera en el censo relativo a la Comunidad de Madrid, con lo cual, y en virtud de los artículos 1, 2 y 3 de este proyecto [...], quedaría fuera de la posibilidad de ser elegido candidato, porque, tenemos que ser conscientes de que hemos hecho electores y elegibles únicamente a los ciudadanos que estén en el censo electoral de la Comunidad de Madrid. Es un tema problemático este del censo; creemos que hay una referencia expresa y genérica en la LOREG, pero que no está de más, una vez que está recogido en el párrafo 1 del artículo 7, recoger el 2, ceñido al tema de la Comunidad de Madrid, para evitar luego posibles errores y dificultades a la hora de ser elegible [...]»³.

Es decir, conscientes de la necesidad de que los candidatos tuvieran la vecindad administrativa en la Comunidad de Madrid, y de que podría darse el caso de candidatos no inscritos en el censo madrileño (aunque sí en el general) se le ofrece la posibilidad de demostrar de modo fehaciente que tenían esa residencia. Esa era, y no otra, la intención del legislador.

Ya sea por inercia o por automatismo la mayoría de las leyes electorales han recogido un artículo semejante al art. 7.2 LOREG, en el ánimo de facilitar a los candidatos el cumplimiento del requisito de residencia si este no se ve reflejado en el censo correspondiente. Cuando el legislador ha querido añadir el requisito de inscripción censal para poder presentarse como candidato lo ha hecho expresamente, pues no podría ser de otro modo, tratándose de un derecho fundamental. Este es el caso de la Comunidad Foral de Navarra, la única comunidad autónoma que lo

³ Intervención del Sr. Gómez-Angulo Rodríguez en la Comisión de Presidencia y Gobernación, *Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid*, Núm. 514, de 11 de diciembre de 1986, p.10972.

contempla (arts. 3 y 4 Ley electoral)⁴. Por lo tanto, la vinculación del derecho de sufragio pasivo a la necesaria inscripción censal está descartada, salvo que la normativa electoral lo exija expresamente.

Por si estos motivos no fueran suficientes, la doctrina de la Junta Electoral Central es bastante concluyente al respecto. La inscripción censal era un mecanismo dirigido a comprobar que no se carecía de capacidad jurídica para ser elector (y, por tanto, elegible) por condena penal. Desparecidas esas penas del Código Penal, ya no tenía sentido requerir dicha inscripción como documentación necesaria para presentar la candidatura, bastando una declaración jurada de no estar sujeto penas que inhabiliten para ser candidato (Abellán, 2004: 286). El propio TC acogió esta interpretación en la citada STC 86/2003, cuando entendió que el certificado de empadronamiento era documento suficiente y un medio apto en derecho para probar que se reúnen las condiciones de elegible, ya que la ley electoral no exigía específicamente el certificado de inscripción censal. En definitiva, solo puede concebirse la inscripción censal como requisito para ser candidato cuando así lo establece la ley de manera expresa (García Escudero y Álvarez, 2017: 118).

Otro aspecto problemático es el referido al censo electoral vigente. Nuevamente hay que subrayar la necesidad de interpretar las normas en su propio contexto y finalidad. No está claro, como apuntaba la JEP en las alegaciones presentadas, que la LECM requiera de la normativa supletoria de la LOREG para cubrir alguna laguna legal en este sentido. La remisión al art. 39.1 LOREG es, cuando menos, forzada. Pero resulta desproporcionada cuando se aplica la noción de censo electoral vigente (dos meses antes de la convocatoria) para exigir la inscripción censal a los candidatos. Hacer depender la extensión y eficacia del derecho fundamental de sufragio pasivo de las eventuales modulaciones que se

⁴ El artículo 4 establece que «Serán elegibles todos los ciudadanos que tengan la condición de electores [...]» mientras que el artículo 3 señala que «Tendrán la condición de electores quienes, a tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, gocen del derecho de sufragio activo y figuren inscritos en el Censo Electoral único vigente correspondiente a cualquiera de los municipios de Navarra».

hagan sobre el censo y su vigencia es restrictivo y problemático. Resulta peligroso trasladar a las condiciones de elegibilidad una regulación pensada para el ejercicio (no la titularidad) del derecho de sufragio activo en las elecciones generales y locales, en las que el lugar de residencia es irrelevante. Todo ello sin tener en cuenta la voluntad del legislador autonómico, que como se ha visto iba en sentido contrario.

III. CONCLUSIONES

La controversia suscitada en el presente recurso es, a nuestro juicio, de una enorme trascendencia. Afecta directamente a la delimitación del derecho de sufragio pasivo y puede condicionar la interpretación de la normativa electoral en un futuro. Solo por esta razón el Tribunal debería haber planteado la cuestión desde una posición más de principios constitucionales y menos desde la literalidad de las normas. Normas –las de la LECM–, que, por otra parte, son reproducción de otras –las de la LOREG– que están pensadas para supuestos diferentes y que requieren de una adaptación al contexto autonómico. El conflicto planteado en este recurso, en el que es el juez el que anula la proclamación de dos candidatos, plantea dudas sobre la atribución de estos asuntos a los juzgados de lo contencioso-administrativo. Cuestiones tan técnicas como las abordadas en este caso requieren, en nuestra opinión, de decisiones de órganos jurisdiccionales colegiados con una cierta especialización.

Nunca antes las Juntas electorales competentes habían contemplado el requisito de inscripción censal porque solo se comprobaba la vecindad administrativa de los candidatos. La doctrina contenida en las Instrucciones de la Junta Electoral Central es clara en este sentido, si se interpreta como debe ser. Tras la derogación de las penas privativas del derecho de sufragio activo ya no tiene sentido la referencia a la inscripción en el censo. Existe una evidente conexión entre derecho de sufragio activo y pasivo, pero solo en cuanto a la capacidad jurídica, no en cuanto al ejercicio, que es muy diferente. El censo es una herramienta, nunca

puede ser considerado un requisito, al menos si no lo dispone el legislador de manera clara y taxativa, como lo hace en Navarra.

Hasta ahora todas las sentencias del Tribunal Constitucional apoyaban esa lectura. El giro que se da con esta sentencia es incomprensible. La argumentación del Tribunal contiene fragmentos de otras sentencias que en lo sustancial apoyan la interpretación contraria a la acogida en la sentencia (señaladamente, la STC 86/2003); encontramos saltos argumentales que enlazan categorías sin justificación conceptual aparente (se va de la titularidad del derecho de sufragio a la capacidad jurídica para ser elector y de ahí a la vinculación de la elegibilidad con la inscripción en el censo electoral vigente). La reiteración de algunos pasajes y la invocación de casos que nada tienen que ver con el que es objeto de controversia (por ejemplo, el caso Hormaechea, STC 144/1999) oscurecen la *ratio decidendi* y denotan una cierta debilidad en los argumentos.

Las eventuales dudas que podría generar el marco normativo aplicable a este supuesto se deberían haber resuelto mediante una interpretación lo más favorable al ejercicio del derecho fundamental. Sin embargo, se han planteado dudas donde no las había y se han resuelto del modo más restrictivo para el derecho fundamental. Lo peor es que en estos recursos, en los que el Tribunal actúa como instancia revisora y juez de la legalidad, sus decisiones tienen efectos generales y son de obligado cumplimiento en el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, M. I. (2004). El proceso electoral desde la doctrina de la Junta Electoral Central. *Teoría y Realidad Constitucional*, 14, pp. 273-322.
- CAAMAÑO, F. (1997). Elecciones y Tribunal Constitucional. Una intersección no deseada. *Revista de las Cortes Generales*, 41, pp. 91-121.
- FIGUERUELO, A. (1989). Notas acerca del recurso de amparo electoral. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25, pp. 135-152.
- GARCÍA ESCUDERO, P., ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., (2017). *La presentación y proclamación de candidatos electorales*. CEPC.

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS CONDENAS CONTRA DIVERSAS AUTORIDADES Y MIEMBROS DEL PARLAMENTO POR HECHOS COMETIDOS DURANTE EL PROCESO SECESSIONISTA 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)**

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

* 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 Desarrollo 2020-115578GB-I00).

** Enlace a la STC 105/2021, de 11 de mayo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-10018; a la STC 106/2021, de 11 de mayo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-10019; y a la STC 107/2021, de 13 de mayo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-10020.

efectiva (art. 24.1 CE), por las decisiones de la Mesa del 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.

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 recursos 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 querrela: según la STC 106/2021, FJ 5, de los términos del auto de admisión a trámite de la querrela 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 dili-

gencias 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 movilización 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.

EL PAPEL DEL SENADO Y LOS LÍMITES A LA REGULACIÓN
POR DECRETO-LEY EN EL PROCESO DE DESIGNACIÓN DEL
CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA CORPORACIÓN
DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA Y DE SU PRESIDENTE
COMO PARTE DEL CONTROL PARLAMENTARIO DE LOS
MEDIOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICOS. COMENTARIO A
LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 134/2021,
DE 24 DE JUNIO, RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
3883-2018. (BOE NÚM. 182, DE 31 DE JULIO DE 2021)*

M. ^a TERESA GONZÁLEZ ESCUDERO

Letrada de las Cortes Generales

<https://orcid.org/0000-0002-0056-8339>

RESUMEN

Estamos ante un pronunciamiento que, además de reiterar la asentada doctrina del Tribunal Constitucional sobre los requisitos de los reales decretos-leyes, concreta, al hilo de la interpretación de los artículos 20.3 y 23.2 de la CE, el régimen jurídico de los medios de comunicación pública, completando las sentencias que se han dictado en esta materia, las más recientes los años 2017 y 2018. Asimismo, la Sentencia define la posición del Senado dentro de la estructura constitucional en relación con su participación en la función de control parlamentario de los medios de comunicación que recoge el mencionado artículo 20.3 de la CE, especialmente en el aspecto relativo a la designación de los miembros del Consejo de la Corporación

* Enlace a la STC 134/2021, de 24 de junio: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-13018.

RTVE, considerando la participación de esta Cámara un aspecto sustancial de dicho control.

Palabras claves: reales decretos-leyes, medios de comunicación social, Senado, ius in officium.

Artículos clave: arts. 20, 23 y 86 CE.

Resoluciones relacionadas: dado que son innumerables las sentencias anteriores que se relacionan con este pronunciamiento, enumeramos las más recientes. En relación con los medios de comunicación de titularidad pública, SSTC 103 y 150/2017, y 20/2018. En relación con la posición constitucional del Senado, SSTC 97/2002, 155/2005, 119/2011 y 136/2011. En relación con los reales decretos-leyes, SSTC 107/2015, 34 y 73/2017, y 61/2018.

I. ANTECEDENTES

La sentencia que aquí se comenta se dictó como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra el Real Decreto-ley 4/2018, de 22 de junio, por el que se concreta, con carácter urgente, el régimen jurídico aplicable a la designación del Consejo de Administración de la Corporación de RTVE y de su Presidente.

Su análisis debe hacerse atendiendo al contexto en el que se dictó el real decreto-ley que pretendía solucionar una situación de parálisis en la designación de un nuevo Consejo de Administración de la Corporación RTVE, conforme a un procedimiento que las Cámaras debían haber regulado tras la aprobación de la Ley 5/2017 (disposición transitoria segunda). Es decir, la norma gubernamental con rango de ley se dictó para desbloquear (u obligar a las Cortes a desbloquear) una concreta situación que condenaba a un Consejo de Administración de

la Corporación RTVE prorrogado, a continuar funcionando, si bien con sus competencias mermadas al no tener presidente.

La Ley 5/ 2017, de 29 de septiembre, por la que se modifica la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, para recuperar la independencia de la Corporación RTVE y el pluralismo en la elección parlamentaria de sus órganos, entró en vigor el 1 de octubre de ese año. Conforme a su disposición transitoria segunda, el nuevo procedimiento de designación de los consejeros que sustituyera al anterior consejo debería haberse aprobado en el plazo de tres meses, esto es, antes del 1 de enero de 2018. Sin embargo, las Cámaras solo dieron cumplimiento a su obligación de establecer un procedimiento de elección de los nuevos miembros del Consejo de Administración de la Corporación RTVE en julio de 2018¹, al mismo tiempo que se estaba desarrollando el procedimiento de elección que acabaría en el nombramiento de la administradora provisional única, conforme a lo dispuesto en el real decreto-ley controvertido. Por otra parte, dicho procedimiento aprobado por las Cámaras, aunque se alargó hasta marzo de 2021, ya había concluido en el momento de dictarse la sentencia y, consecuentemente, se había llevado a cabo conforme a una resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado que desarrollaba lo regulado en la disposición final primera del Real Decreto-Ley 4/2018.

La situación de bloqueo en la renovación del Consejo de Administración de la Corporación RTVE llevó al Gobierno a la aprobación de un régimen de elección alternativo y, en cierto modo, transitorio, que se recogía en un único artículo, conforme al cual las Cámaras debían elegir en el plazo de quince días naturales desde la entrada en vigor del real decreto-ley, a los diez consejeros previstos en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 17/2006, y de acuerdo con el reparto entre las Cámaras, previsto en el apartado 1 del artículo 11 de esa misma ley.

¹ Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 10 de julio de 2018, por la que se aprueban las normas para la renovación de los miembros del Consejo de Administración de la Corporación RTVE (BOCG, Cortes Generales, Serie A, núm. 214, de 13 de julio de 2018).

Asimismo, una vez elegidos los consejeros, el Congreso de los Diputados designaría, en el mismo plazo de quince días naturales, al consejero que desempeñaría el cargo de presidente de la Corporación. Ello, claro está, regiría solo hasta que las Cortes Generales cumplieran con el mandato de la disposición transitoria segunda de la ley 5/2017.

Además, el decreto-ley, si bien mantenía el régimen de mayorías que la ley establece para el nombramiento de los consejeros y presidente, introducía, con el fin de cumplir con la situación de urgencia, una reducción de los plazos y, lo que fue más controvertido, dos reglas en los apartados tercero y sexto por las que, por un lado, se sustituía al Senado para el caso de que esta Cámara no hubiera elegido en plazo a los consejeros que le correspondían y, por otro, si fracasaba el procedimiento parlamentario de designación, el Gobierno asumía la competencia de proponer un candidato que viniera a hacer las veces de Consejo de Administración y presidente de la Corporación (denominado administrador provisional único) y que debía ser elegido por el Congreso de los Diputados por mayoría de dos tercios, en primera vuelta, o por mayoría absoluta, en segunda. Finalmente, en la disposición final primera, el Gobierno aprovechaba para regular con cierto detalle los requisitos que presidirían el procedimiento de designación de los miembros del Consejo de Administración, condicionando con ello la regulación que correspondía dictar a las Cámaras.

Así las cosas, los recurrentes impugnaban el real decreto-ley en su conjunto, fundamentando sus alegaciones en la vulneración del artículo 86.1 CE al no existir el presupuesto habilitante para dictar aquella norma. Pero además, se consideraba que el apartado tercero, en relación con el primero, y el apartado sexto del artículo único, así como la disposición final primera del real decreto-ley, no respetaban los límites materiales exigidos en el artículo 86 CE para este tipo de normas, al afectar al derecho fundamental del artículo 20.3 CE y a las instituciones básicas del Estado, en concreto al funcionamiento interno del Congreso de los Diputados y del Senado.

Asimismo, se consideraba por los demandantes que los apartados primero y sexto del artículo único eran contrarios al artículo 72 de la CE, en conexión con el artículo 23.2 CE, por invadir la autonomía de las Cortes Generales, en particular, la del Senado. Y, finalmente, reclamaban la inconstitucionalidad del apartado segundo, último inciso, y el apartado primero de la disposición final primera por vulneración del artículo 72 CE, en relación con los principios de proporcionalidad (artículo 9.3 CE), del pluralismo político (artículo 1.1 CE) y del sistema democrático de las mayorías (artículo 79 CE).

El abogado del Estado, sin embargo, concluyó en sus alegaciones que los presupuestos exigidos para dictar conforme a la Constitución un decreto-ley, esto es, la extraordinaria y urgente necesidad, y la conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida y las medidas que se adoptan en la norma, quedaban probados. En efecto, según el defensor de la constitucionalidad del real decreto-ley, ante la falta de designación conforme al ordenamiento vigente de los miembros del consejo y su presidente por las Cortes Generales, era evidente tanto la urgente necesidad de que la Corporación RTVE dispusiera de órganos de gobierno capaces de hacer frente a su gestión y de evitar que esta situación afectase a la correcta prestación de un servicio público esencial, como evidente era la existencia de una clara conexión de sentido entre el artículo único y la disposición final primera, ya que ambas pretendían lograr que el nombramiento ordinario de los órganos directivos se produjera a la mayor brevedad, de modo que el necesario pero excepcional régimen del artículo único se veía limitado al máximo por la disposición final cuestionada.

Defiende también la abogacía del Estado el respeto del decreto-ley a los límites materiales a los que están sometidos este tipo de normas, y ello porque no afecta a las Cámaras (instituciones básicas del Estado) ni a la reserva de reglamento parlamentario, justificando la preterición a la que se ve sometida el Senado en el bicameralismo imperfecto que nuestra Constitución ha diseñado. Finalmente, rechaza los argumentos de vulneración del artículo 72 CE, en relación con los principios de

proporcionalidad (artículo 9.3 CE), del pluralismo político (artículo 1.1 CE) y del sistema democrático de las mayorías (artículo 79 CE), pues considera que el aval de las candidaturas por la mitad de los grupos parlamentarios, además de ser una constante en la regulación anterior, otorga un plus democrático al procedimiento.

Sobre la base de argumentos no del todo pacíficos, como lo demuestran los tres votos particulares formulados a la sentencia, y que se resumen a continuación, el Tribunal Constitucional vino solo a apreciar la inconstitucionalidad y, consecuentemente, declaró la nulidad de la disposición final primera y del apartado tercero del artículo único, desestimando el resto del recurso.

Por el contrario, el primero de estos votos particulares viene a considerar que la inconstitucionalidad alegada del apartado tercero del artículo único debería predicarse también del apartado sexto, pero no por vulneración del derecho fundamental sino por obviar la reserva de ley parlamentaria que determina el art 20.3 CE.

Según el voto particular número dos, dicho artículo 20.3 CE regula, en su primer inciso, un mandato en relación con el control parlamentario de los medios públicos, mientras que, en su segundo inciso, regula lo que sí podría ser un derecho, esto es, la garantía de los grupos sociales y políticos significativos para acceder a los medios de comunicación social dependientes del Estado, y considera que no se vulnera el artículo 86 CE, pues la regulación impugnada afecta al primero de los incisos, a diferencia de lo que ocurría en la STC 20/2018, alegada en esta. Asimismo, este voto particular del magistrado Conde-Pumpido Tourón señala que del artículo 20.3 CE no se deduce que el control de los medios públicos tenga que ser bicameral y, consecuentemente, considera perfectamente posible un control ejercido solo por el Congreso de los Diputados. Con todo, rechaza, muy especialmente, el cambio de criterio que cree observar en la doctrina sobre el presupuesto habilitante de los decretos-leyes.

El tercero de los votos particulares también se refiere al cambio de criterio jurisprudencial, esta vez en relación con las SSTC 103 y 150/2017, y discrepa de la conclusión a la que llega la actual sentencia al dictaminar

que «no es posible regular por decreto-ley el régimen de intervención parlamentaria en el control de los medios de comunicación de titularidad pública por incidir en los límites materiales expuestos en el art. 86.1 CE», por referirse a «una afectación prohibida de los derechos fundamentales», cuando, al entender de la magistrada Balaguer Callejón, «el problema aquí no es de derechos, sino de instituciones», lo que en cualquier caso le lleva a considerar que «las facultades de control parlamentario de estas instituciones forman parte de la función de control esencial de los órganos de representación parlamentaria (en este sentido, la STC 12/1982, de 31 de marzo), por lo que su afectación también debe quedar extramuros del ámbito material permitido a los decretos-leyes».

II. COMENTARIO

La sentencia, cuyo comentario ahora nos ocupa, incide en diversos aspectos de desigual novedad. Por un lado, y con carácter prioritario, se analiza la constitucionalidad de la norma impugnada a la luz de la doctrina sobre los requisitos que se han de cumplir para «la utilización del instrumento normativo de urgencia» pero, por otro, al enjuiciar la norma, analiza la posición institucional del Senado en el contexto del bicameralismo imperfecto diseñado por la Constitución, lo que a todas luces es más *inusual* que los pronunciamientos sobre el cumplimiento de los requisitos del artículo 86 CE sobre los que el Alto Tribunal ha tenido numerosas ocasiones para pronunciarse. Es, asimismo, interesante la doctrina que la sentencia y sus votos particulares desarrollan en torno al artículo 20.3 de la CE, convirtiéndose este pronunciamiento en un exponente destacado para su interpretación. Finalmente, y con menor relevancia pues la afección del Real Decreto-Ley 4/2018 en este punto es solo incidental, el Tribunal expone también parte de su doctrina acuñada en torno al artículo 23.2 CE.

1. La concurrencia formal del presupuesto habilitante de los reales decretos-leyes

En efecto, el Tribunal analiza, en primer lugar, si concurre o no el presupuesto habilitante para aprobar un real decreto-ley, ya que dicho enjuiciamiento incide directamente sobre la validez de la norma en función de su propia forma de aprobación y, por ello, de apreciarse su falta, no sería necesario entrar en el fondo del recurso.

Como ya hemos apuntado, en este extremo el Tribunal recurre a pronunciamientos anteriores (SSTC 34 y 150/2017 o 61/2018) y recuerda que el Gobierno es quien aprecia la extraordinaria y urgente necesidad pero, matiza el Alto Tribunal, esta apreciación «no constituye una cláusula vacía de significado dentro de la cual el margen de apreciación política del Gobierno se mueve libremente sin restricción alguna», muy al contrario, el presupuesto habilitante de extraordinaria y urgente necesidad es «un verdadero límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes» cuya apreciación corresponde en primer término al Gobierno, al ejercer esta potestad legislativa, y en segundo término, al Congreso de los Diputados, como titular de la potestad de derogación, convalidación o tramitación como proyecto de ley; mientras que al Tribunal Constitucional corresponderá controlar que este juicio político no desborde sus límites jurídicos.

Establecido pues el papel de cada uno de los actores en el proceso, el Tribunal busca los elementos que le han de permitir ejercer su función de garante, y para ello recurre, como en otras ocasiones, a la exposición de motivos, al debate parlamentario de la convalidación y al expediente de elaboración de la norma impugnada, pues a él no le corresponde inferir la existencia del presupuesto habilitante, sino comprobar que este se cumple conforme lo ha explicitado el Gobierno, que es quien debe exponer claramente su existencia, sin que el Tribunal Constitucional pueda presumir la concurrencia de aquel. Este razonamiento le permite declarar la inconstitucionalidad formal de la disposición final primera del Real Decreto-Ley 4/2018, pues el Ejecutivo no hace alusión alguna, ni en la exposición de motivos, ni en el debate de convalidación, ni en

la memoria de impacto normativo, respecto de la urgencia de la medida adoptada en esta disposición final.

Ahora bien, la declaración de inconstitucionalidad tiene solo efectos declarativos y no afecta, como ya antes se ha dicho, al proceso de elección del Consejo de Administración de la Corporación RTVE, concluido en el momento de dictar la sentencia, y desarrollado conforme a lo establecido en la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y el Senado, de 10 de julio de 2018 que, a su vez, se había dictado al amparo de la normativa contenida en la disposición final declarada inconstitucional. El Tribunal cierra cualquier posible vía de cuestionamiento de la resolución y del procedimiento de elección que conforme a ella se ha seguido, y ello es así porque la resolución no ha sido impugnada y «la declaración de inconstitucionalidad y nulidad, que se proyecta sobre la disposición final primera del Real Decreto-Ley 4/2018, no despliega efecto alguno ni sobre la validez de la resolución de 10 de julio, ni sobre los nombramientos realizados con arreglo a la misma, sin perjuicio de que las mesas del Congreso y del Senado pueden modificar dicha resolución si así lo consideran oportuno».

En consecuencia, declarada la inconstitucionalidad de la disposición final primera, las Mesas de ambas Cámaras ya no se ven condicionadas por ella y pueden modificar o no su resolución, siendo el único mandato con el que cuentan el de que la selección habrá de hacerse por concurso público, con la participación de un comité de expertos designados por los grupos parlamentarios, que deben hacer públicos sus informes de evaluación, y remitirlos a la comisión competente para la correspondiente audiencia de los candidatos.

2. La vulneración de los límites materiales de los reales decretos-leyes en relación con el contenido del artículo 20.3 CE y la posición constitucional del Senado

Declarada pues la inconstitucionalidad de uno de los preceptos impugnados por falta de cumplimiento del requisito formal que exige al Ejecutivo exponer expresamente el presupuesto habilitante del real

decreto-ley, y comprobado que este requisito formal sí se cumple en los demás preceptos de la norma, pasa el Tribunal a enjuiciar las tachas de inconstitucionalidad alegadas respecto de artículo único, apartados tercero (en relación con el primero) y sexto.

En este caso, el Alto Tribunal, siguiendo una reiterada doctrina a la que alude (SSTC 189/2005, 237/2012, 107/2015 y 73/2017) analiza, en primer lugar, la alegación referida a la «falta de respeto a los límites materiales del artículo 86.1 CE», y deja para un momento posterior la verificación del «adecuado cumplimiento del requisito formal relativo a la concurrencia del presupuesto habilitante» en el que entrará si, y solo si, el precepto no vulnera los límites materiales del artículo 86.1 CE, según el cual el decreto-ley no podrá «afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general».

En este punto hemos de recordar que dos pronunciamientos anteriores del Tribunal, en concreto las SSTC 103 y 150/2017 han cerrado, no sin cierta oposición expresada en sus votos particulares, la posibilidad de alegar que el real decreto-ley vulnera el artículo 86.1 CE por afectar a la ordenación de las instituciones básicas del Estado. En aquellos pronunciamientos, por un lado, se rechazó otorgar tal consideración a los entes públicos de la radio y televisión (tanto estatales como autonómicos) y, por otro, se entendió que las modificaciones introducidas en los sistemas de elección de los miembros de los consejos de dichos entes no afectaban a «los elementos estructurales esenciales o generales» de órganos que sí son instituciones básicas (en aquellos pronunciamientos las Corts Valencianes, y el Congreso de los Diputados y el Senado). Consecuentemente, los recurrentes, en esta ocasión, alegan que la inconstitucionalidad de la norma trae causa del incumplimiento de los límites materiales del decreto-ley al afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, en concreto, al derecho funda-

mental del 20.3 de la CE², por lo que el Tribunal Constitucional centra su argumentación en analizar los límites al decreto-ley del artículo 86.1 CE en lo tocante a dichos derechos, deberes y libertades, y en definir el contenido, alcance y significado del artículo 20.3 de la CE.

Respecto del primero de estos aspectos, recuerda el Tribunal que estos límites deben ser analizados bajo la premisa ya asentada según la cual «afectar» es una noción restrictiva que, por un lado, no debe reducir a la nada la figura del decreto-ley y, por otro, no debe alterar ni el régimen general ni los elementos esenciales de los derechos, deberes o libertades, y como para lograr este adecuado equilibrio es imprescindible tener en cuenta la concreta configuración constitucional de estos derechos, deberes o libertades afectados –además de la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate– el Tribunal pasa inmediatamente a delimitar el contenido del artículo 20.3 CE³.

La delimitación de este apartado 3 debe hacerse, como no podía ser de otra forma, en el contexto de todo el artículo 20 CE que protege el derecho fundamental de una comunicación pública libre, sin la cual quebraría el principio democrático. Esta protección de la comunicación libre lleva aparejada la garantía de derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, la interdicción de determinadas actuaciones de los poderes públicos (prohibición de la censura previa o del secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información sin resolución judicial) y la necesidad de tener en consideración a los medios de comunicación social y a los profesionales que lo sirven (STC 6/1981). Es en este contexto en el que el apartado 3 del artículo 20 CE adquiere todo su sentido.

Con este apartado, señala el Tribunal, el constituyente presupone la existencia de medios de comunicación públicos, estableciéndose una

² «Se invoca como conculcado el art. 20.3 CE, relativo al control parlamentario de los medios de comunicación públicos».

³ «Por tanto, también debemos contrastar la regulación contenida en los preceptos impugnados con la configuración constitucional del derecho protegido por el art. 20.3 CE».

reserva de ley ordinaria para regular dos aspectos de estos medios públicos, siempre sobre la base del pluralismo social y lingüístico. El primer aspecto que la ley ha de regular es la organización y control parlamentario de estos medios, el segundo aspecto, es la garantía de acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, «asociando una suerte de garantía institucional al ejercicio de las libertades informativas».

Se centra el Tribunal en esta sentencia (a diferencia de la de STC 20/2018) en el aspecto organizativo y de control, para afirmar que corresponde al legislador el concreto diseño normativo de las modalidades de control parlamentario sobre los medios de titularidad pública, siempre con respeto a la autonomía parlamentaria. Afirmar también que este control tiende a garantizar el mejor ejercicio de los derechos fundamentales que son básicos para asegurar una opinión pública libre, y defiende «la importancia que, en el ejercicio de la función de control, tiene el nombramiento de quienes integran el consejo de administración del ente público, tal y como se desprende del razonamiento contenido en la STC 150/2017, de 21 de diciembre». Es decir, la expresión «control parlamentario» hace también referencia al régimen de designación de los órganos de administración de los medios de comunicación pública, y entiende que la expresión «parlamentario» alude a las Cortes Generales y, en consecuencia, el régimen de designación debe atender «al carácter bicameral de las Cortes Generales, sin perjuicio de que en las distintas concreciones de tal régimen pueda plasmarse la distinta posición que ocupan el Congreso de los Diputados y el Senado en el sistema parlamentario caracterizado por un *notorio bicameralismo imperfecto*».

Ahora bien ¿es constitucionalmente adecuado plasmar esta diferente posición constitucional entre ambas Cámaras, mediante una medida que implica la sustitución de una de ellas en el proceso de elección cuando este está bloqueado? El Tribunal Constitucional parece claro en su negativa: «el legislador, y mucho menos el Gobierno actuando como tal, no es enteramente libre de todo límite constitucional a la hora de decidir ante un supuesto excepcional». Sin embargo, en la sentencia solo queda claro que no es constitucionalmente admisible privar al Senado

mediante decreto-ley de su potestad de designación de los miembros del Consejo de Administración de la Corporación RTVE, pues esta potestad de designación es un elemento sustancial del control parlamentario que ejercen las Cámaras, las dos, y es contenido esencial del apartado 3 del artículo 20 CE. Como tal contenido esencial no puede abordarse por la legislación de urgencia.

Se superan pues los límites materiales del artículo 86.1 CE cuando se alteran las modalidades de control diseñadas por el legislador en cumplimiento del artículo 20.3 CE, ya que, según lo califica el Alto Tribunal, la intervención de las dos Cámaras en el proceso de designación es un aspecto sustancial del control parlamentario al que alude el precepto y, en consecuencia, concluye que en la designación de los miembros del consejo deben concurrir ambas Cámaras. No llega, sin embargo, a pronunciarse si una ley parlamentaria podría otorgar solo al Congreso de los Diputados esta función, aunque —y para afianzar su rechazo a la utilización de la figura del decreto-ley con el fin de preterir la actuación del Senado— afirma la sentencia que al prescindirse de la Cámara Alta en una función de defensa del interés público atribuido a las Cortes en general, y en particular al Senado, se está dañando la garantía del pluralismo político que esta institución representa y que es el fin último, en tanto que valor superior del ordenamiento jurídico, del control al que alude el artículo 20.3 CE. Parece pues que cualquier desarrollo normativo del control parlamentario de la Corporación RTVE ha de asegurar un determinado papel al Senado, que no será necesariamente igual al del Congreso, pero que sí debe existir en todo caso⁴.

Consecuentemente, se declara la inconstitucionalidad y nulidad del apartado tercero del artículo único, si bien, nuevamente, con efectos

⁴ Esta postura es rechazada por el voto particular número dos que expresamente señala: «sería ir demasiado lejos interpretar que cuando el art. 20.3 CE dispone que la ley regulará el control parlamentario de los medios públicos está disponiendo que tenga que ser un control parlamentario bicameral. Creo que se cumple con la Constitución aunque el control de la RTVE se estableciese —por aquel a quien corresponde hacerlo— que sea solo del Congreso y no del Senado».

puramente declarativos pues esta norma sería aplicable solo hasta el nombramiento de los nuevos consejeros conforme al nuevo procedimiento, por lo que al momento de dictarse la sentencia la disposición ya no tenía vigencia. El Tribunal señala además que la norma nunca llegó a aplicarse, aunque, para ser más precisos, deberíamos decir que nunca llegó a desplegar todos sus efectos, pues el Congreso de los Diputados sí votó los candidatos del Senado pero no llegó a elegirlos por no alcanzar la mayoría requerida, lo que propició que el Gobierno propusiera y el Congreso eligiera la que sería administradora provisional única de la Corporación hasta marzo de 2021⁵.

No llega el Tribunal a la misma conclusión en relación con los apartados primero y sexto del artículo único, pues, sobre la base de la alegación de vulneración de derechos fundamentales y no de modificación de instituciones básicas, considera que no se está «afectando» el contenido esencial del artículo 20.3 CE cuando se excluye al Senado de las funciones de elección del presidente de la Corporación, pues así ya se contemplaba en la Ley 17/2006, o del administrador provisional único, puesto que el control parlamentario que exige la participación de las dos Cámaras en el proceso de designación del consejo, como señalábamos, no obliga a que este sea en plano de igualdad. Es más, se considera por el Alto Tribunal que el Senado, por el mero hecho de no participar en estos procesos de designación, no pierde completamente el papel que le atribuyen el artículo 20.3 CE y la ley 17/2006 para ejercer el control de las funciones de servicio público de la Corporación RTVE. En consecuencia, concluye la sentencia que ninguno de estos dos apartados afectan al contenido esencial del mencionado artículo 20.3 CE tal y como ha sido definido en su ley de desarrollo, y no se vulneran, por tanto, los límites materiales del artículo 86.1 CE.

Antes de seguir con el análisis de la sentencia, sí parece oportuno destacar la trascendencia que tiene abandonar la alegación de que la

⁵ DS del Pleno del Congreso de los Diputados de 10 de julio de 2018. Sesión plenaria n.º 131 (extraordinaria). DS del Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de Julio de 2018. Sesión plenaria n.º 132 (extraordinaria).

regulación de la norma impugnada no afecta a las competencias del Senado, en cuanto institución básica del Estado. En efecto, la norma impugnada excluye al Senado de una de las funciones que la Constitución le atribuye en el artículo 20.3 CE, cual es la del control parlamentario de los medios de titularidad pública, y ello porque, si bien es verdad que en un sistema de bicameralismo imperfecto la ley podría optar por preterir al Senado en el ejercicio de esta función y concedérsela al Congreso de los Diputados, incluso en exclusiva, también lo es que esta posibilidad solo podría hacerse por ley, y no por normas aprobadas por el Gobierno aun cuando tengan rango de ley –así parece que lo entienden los votos particulares de la sentencia–. Sin embargo, inclinarse por esta opción llevaría a declarar inconstitucional no solo el apartado tres del artículo único, sino también muy probablemente el seis, pues en ambos casos una norma, que aun teniendo rango de ley no es ley parlamentaria, está apartando a una institución básica del Estado, el Senado, de una función que ya tiene atribuida, esto es, la del control de los medios de comunicación pública y, en concreto, en una de las atribuciones esenciales de esta función de control, cual es la participación en el procedimiento de designación de los órganos de gobierno de la Corporación.

Esta argumentación desbarataría la afirmación de la sentencia que declara la constitucionalidad del apartado seis, justificándolo en que ya la ley de la RTVE reconoce la competencia exclusiva del Congreso de los Diputados para nombrar al presidente de la Corporación y, en consecuencia, también puede corresponder únicamente al Congreso de los Diputados la competencia exclusiva de nombrar al administrador provisional único, obviando el hecho de que este administrador no solo sustituye al presidente sino que sustituye al consejo en su conjunto, por lo que el apartado seis del Real Decreto-Ley 4/2018 sí estaría hurtando al Senado una competencia previamente atribuida y lo estaría haciendo a través de un instrumento normativo inadecuado, por cuanto que la Constitución prohíbe que el decreto-ley «afecte al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado».

En todo caso, aceptado por la sentencia que los apartados primero y sexto del artículo único no desbordan los límites materiales del artículo 86.1 CE, aquella analiza y llega a la conclusión de que también existe el presupuesto habilitante de urgencia y necesidad y la conexión de sentido de las medidas adoptadas por el artículo único del Real Decreto-Ley 4/2018, que exige la doctrina constitucional dictada para los decretos-leyes.

Así, el Tribunal constata, por un lado, «la imposibilidad de renovación de los órganos de gobierno y administración de la Corporación RTVE y el riesgo de parálisis en el funcionamiento ordinario del consejo por la ausencia de un presidente, con plenas capacidades, teniendo en cuenta que le corresponden las funciones de dirección ejecutiva ordinaria» y, por otro, que dichas «medidas son, en principio, limitadas y temporales, pues solo pretenden asegurar el funcionamiento adecuado de la Corporación, en tanto se constituye el nuevo consejo de administración en la forma prevista en la Ley 5/2017», para concluir «que las reformas que se proponen tratan de hacer frente a una situación excepcional actuando para evitar dificultades en el gobierno y gestión ordinaria de la Corporación RTVE (STC 150/2017, FJ 6) que pudieran poner en peligro que (dicha Corporación) cumpliera la función de servicio público que tiene legalmente atribuida».

Además, y por lo que al presupuesto habilitante de la conexión de sentido se refiere, siguiendo su propia doctrina, según la cual se ha de acudir a un doble criterio –de contenido y de estructura– para valorar su existencia, el Tribunal Constitucional, tras afirmar que no le corresponde a él hacer juicios de oportunidad política respecto de las medidas aprobadas, sino que le corresponde realizar un mero control externo que le permita asegurar la constitucionalidad de las medidas controvertidas en este caso, tras dicha afirmación decíamos, concluye que se puede considerar que no se ha vulnerado la conexión de sentido entre las medidas adoptadas en este artículo único y la situación de extraordinaria y urgente necesidad expuesta. Asimismo, afirma que respecto a la renovación del Consejo de Administración y del presidente de la Corporación RTVE, la reforma

se ajusta a los objetivos que la propia exposición de motivos de la norma dice perseguir. Y, finalmente, confirma que las medidas adoptadas en el artículo único del real decreto-ley impugnado «son coherentes con la eventual situación de proceder a la mencionada renovación y modifican de modo inmediato la situación jurídica existente». Se rechaza, pues, la inconstitucionalidad de estos apartados.

3. Sobre la posible vulneración del artículo 23.2 CE

Queda ya solo por analizar la tacha de inconstitucionalidad alegada por los recurrentes en relación con la posición de los grupos parlamentarios en la propuesta de candidaturas a la Corporación RTVE y el ejercicio del derecho del artículo 23.2 CE por los senadores (Fundamento Jurídico 6 de la sentencia).

En efecto, el último de los fundamentos jurídicos de esta sentencia examina y considera legítimo el requisito del apartado segundo del artículo único por el que, en el supuesto de no alcanzarse la mayoría de dos tercios en primera votación para la elección de los consejeros de RTVE, se exige que se sometan a votación solo las candidaturas que cuenten con el apoyo de la mitad de los grupos parlamentarios. Y ello porque, frente a la alegación de vulneración del derecho de voto recogido en el artículo 23.2 CE, el Tribunal entiende que esta medida no afecta al régimen de votación, sino a un requisito previo que han de cumplir las propuestas que se someten a la consideración de las Cámaras, y que son legítimas por cuanto se dirigen a garantizar y preservar el pluralismo político.

También rechaza el Alto Tribunal la alegación que se formula, otra vez en relación con el controvertido apartado sexto del artículo único, según la cual esta regulación supone una injerencia ilegítima en el art 72 CE y una lesión del artículo 23.2 CE «en la medida en que los senadores pierden todo un haz de funciones de control de los medios de comunicación social dependientes del Estado, funciones inherentes al ejercicio del cargo para el que han sido elegidos democráticamente».

El Tribunal recurre a lo expresado en su anterior STC 150/2017 para entender que este apartado no regula materias que forman parte de la

autonomía parlamentaria del artículo 72 CE, y centra su argumentación más detallada en rechazar la lesión del artículo 23.2 CE pues, a su entender, este apartado sexto no deja de ser más que un reflejo del bicameralismo imperfecto que nuestra constitución reconoce y que, en algunas ocasiones, emana directamente del articulado de la carta magna y, en otras, como en este caso, lo hace del legislador ordinario.

Las atribuciones que puedan corresponder a las Cámaras para la elección del administrador único entran dentro del margen de configuración que corresponde al legislador en lo que al control parlamentario del ente público en general se refiere y, en particular, a la vertiente de este control relativa a la elección de los órganos de dirección, y dentro de este margen el legislador puede establecer diferencias entre cámaras otorgando mayor protagonismo al Congreso de los Diputados, lo cual por sí mismo no altera la posición del Senado. En definitiva, para el Tribunal, esta cuestión no afecta al núcleo esencial de la función parlamentaria representativa que reconoce el artículo 23.2 CE, al igual que tampoco afectaba al núcleo esencial del artículo 20.3 CE.

Además, de este último razonamiento quizá se pueda intuir, pero solo intuir, que para el Tribunal el apartado sexto en ningún caso afecta a la posición institucional del Senado, ya que su papel, como garante de una opinión pública libre, está suficientemente regulado a través de otras vertientes de esa función de control y, en consecuencia, el real decreto-ley en este punto no está «afectando» –en el sentido de su doctrina de los decretos-leyes– a la regulación de las instituciones básicas del Estado, pudiendo el Gobierno, en el ejercicio de su función legislativa excepcional, modular dicha competencia del Senado en tanto en cuanto que es la segunda Cámara de una estructura constitucional basada en el bicameralismo imperfecto. La lastima es que el Tribunal no argumenta suficientemente esta afirmación y exclusivamente la basa en equiparar la figura del administrador provisional único y la del presidente de la Corporación cuando, como ya hemos visto, esta equiparación no es del todo cierta.

III. CONCLUSIONES

Dos son las principales conclusiones que sacamos de este pronunciamiento, más allá de que la sentencia aborde los requisitos que deben cumplir los decretos-leyes al hilo del contenido del artículo 20.3 CE y, más tangencialmente, del 23.2 CE.

La primera conclusión que observamos es que el Tribunal aborda aspectos que afectan al régimen jurídico de los medios de comunicación pública, completando pronunciamientos anteriores y precisando aspectos que permiten dibujar mejor el sistema que la Constitución ha querido establecer en relación con los medios de comunicación en general, y con los de titularidad pública en particular; recordemos, sin ánimo de agotar las referencias, las SSTC 6/1981, 12 y 74/1982, 35/1983, 106/1986, 206/1990, 119/1991, 31 y 127/1994, 73/2014, y las más recientes SSTC 103 y 150/2017, y 20/2018.

Por su parte, la segunda conclusión a la que llegamos tras el análisis de la sentencia es la muy interesante, a nuestro entender, graduación que hace el Tribunal de la participación del Senado, como segunda Cámara, en la organización y control de los medios de titularidad pública, pues, al fin y al cabo, admitir o no la preterición de esta Cámara en la elección del administrador provisional único es consecuencia de un balance entre lo que ha de considerarse como contenido esencial del 20.3 CE y el bicameralismo imperfecto.

El control parlamentario, como función que corresponde a ambas cámaras, está plenamente reconocido por el Tribunal, que también reconoce que dentro del concepto de control parlamentario se incluye el proceso de designación de los órganos de administración y, por tanto, el Congreso y el Senado deben participar en esta designación. No obstante, el reconocimiento del bicameralismo imperfecto justifica que el grado de participación del Senado en el proceso de control, y en el concreto aspecto de este referido a la designación de los órganos de dirección, aunque siempre deba existir, puede ser menor, y legitima al legislador a modularlo, siempre que no deje vacía de contenido la expresión «control parlamentario» contenida en el artículo 20.3 CE.

Estamos ante uno de los pocos pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional interpreta y acota las funciones del Senado en comparación al Congreso. En ocasiones anteriores lo hizo respecto de la función legislativa del artículo 90 CE (SSTC 97/2002, 119/2011 y 136/2011) y en relación con su participación en la autorización de tratados internacionales del artículo 94.1 CE (STC 155/2005). En esta ocasión, el alto Tribunal se pronuncia sobre el papel del Senado en relación con una competencia residual de las cámaras, la del control de los medios de titularidad pública en su concreta vertiente de la designación de miembros, que a su vez se incardina en la cada vez más común función de propuesta de nombramiento, designación o elección de personas para ocupar cargos públicos en órganos constitucionales y otros órganos estatales (en este sentido, el Tribunal Constitucional también ha reconocido como competencia del Senado la propuesta de nombramiento de miembros del CGPJ en la STC 191/2016). Pero lo que a nuestro entender resulta más novedoso es que en este caso el Tribunal reconoce que, en ocasiones, una ley (incluso un decreto-ley) puede concretar este bicameralismo imperfecto, regulando de forma diferente las competencias de las dos cámaras aun cuando dichas diferencias no se derivan directamente de un concreto precepto constitucional, sino que lo hacen del sistema parlamentario que el constituyente diseñó en su día.

LA UTILIZACIÓN DE LAS SALAS DEL CONGRESO DE LOS
DIPUTADOS, ¿UN DERECHO DE LOS PARLAMENTARIOS?
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTI-
TUCIONAL 137/2021, DE 29 DE JUNIO. RECURSO DE AMPARO
NÚM. 202-2019. (BOE NÚM. 182, DE 31 DE JULIO DE 2021)*

ANDREA GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS

Letrada de las Cortes Generales

<https://orcid.org/0000-0002-3729-0887>

RESUMEN

La sentencia se refiere al acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 15 de noviembre de 2018, que desestimaba la solicitud de reconsideración presentada contra el acuerdo del mismo órgano de gobierno de la Cámara de 31 de octubre de 2018, que deniega la autorización para celebrar en la Sala Constitucional del Congreso un encuentro de parlamentarios en el marco, aunque de forma paralela, a la [43.ª Conferencia Europea de Solidaridad y Apoyo al Pueblo Saharaui (EUCOCO)], que tuvo lugar en Madrid los días 16 y 17 de noviembre de 2018. En la misma, el Tribunal Constitucional precisa el contenido del derecho al ejercicio de cargos públicos, para concluir que no forma parte de este el derecho a disponer de las salas del Congreso de los Diputados para la celebración de reuniones que no se refieran al ejercicio de funciones parlamentarias propiamente dichas, desestimando el recurso de amparo.

* Enlace a la STC 137/2021, de 29 de junio: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-13021.

Palabras clave: ius in officium, funciones de la Mesa de la Cámara, recurso de amparo parlamentario.

Artículos clave: arts. 23 y 71.4 CE.

Resoluciones relacionadas: SSTC 46/2014, de 27 de febrero, 1/2015, de 19 de enero, 109/2016, de 7 de junio, 110/2019, de 2 de octubre, 159/2019, de 12 de diciembre, 24/2020, de 13 de febrero, 68/2020, de 29 de junio y 69/2021 de 18 de marzo.

I. ANTECEDENTES

El día 16 de octubre de 2018, los portavoces de los grupos parlamentarios Mixto, Ciudadanos y GP UP-EC-EM, tres diputados y los coordinadores del intergrupo por el Sáhara Occidental, solicitaron a la Mesa del Congreso de los Diputados el uso de la Sala Constitucional durante la mañana del viernes 16 de noviembre para la celebración de un encuentro de parlamentarios españoles, así como de Francia, Italia, Dinamarca, Suecia, Suiza, Argelia, Sudáfrica y Mauritania, bajo el marco, aunque de forma paralela, a la celebración de la EUCOCO, celebrada en Madrid los días 16 y 17 de noviembre de 2018.

La Mesa de la Cámara, previa solicitud de informe a la Secretaría General acerca de la naturaleza del citado intergrupo, los precedentes existentes en cuanto a reuniones similares que se hayan podido celebrar en la Cámara, así como la posición de España en el asunto de fondo, acordó denegar la celebración de dicho encuentro el 30 de octubre de 2018. Los Grupos Parlamentarios Confederal de Unidos Podemos- En Comú Podem-En Marea, Esquerra Republicana, Vasco (EAJ-PNV) y Mixto solicitaron a la Mesa la reconsideración de su acuerdo, lo que la Mesa desestimó por acuerdo de 13 de noviembre de 2018. Contra dichos acuerdos, el portavoz y un diputado del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos- En Comú Podem-En Marea del Congreso de los Diputados presentaron un recurso de amparo alegando la vulneración

del artículo 23.2 de la Constitución Española (CE) en relación con el artículo 23.1 CE por denegar, sin motivo ni fundamento alguno, la autorización de la celebración citada.

La Sección Cuarta del Tribunal admitió a trámite el recurso de amparo, apreciando como motivo de especial trascendencia constitucional el hecho de que planteaba un problema o afectaba a un derecho fundamental sobre el que no había doctrina del Tribunal.

La Letrada de las Cortes Generales, por su parte, solicitó la inadmisión de la demanda de amparo por mutación subjetiva del ejercicio de la acción y consiguiente falta de legitimación, así como por falta de agotamiento de la vía previa exigida en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC). Con carácter subsidiario, solicitó su desestimación, por entender que la utilización de las salas de la Cámara no forma parte del contenido del artículo 23 CE y, por tanto, no es susceptible de protección mediante el recurso de amparo. Dicho recurso solo podría estimarse si el acuerdo de la Mesa hubiera impedido el ejercicio de una función constitucional, siendo así que el acuerdo que deniega una sala a los diputados es una competencia administrativa de la Mesa, amparada en las funciones que le otorga el artículo 31.1.1º del Reglamento del Congreso de los Diputados.

Por último, el Ministerio fiscal, se pronunció a favor de la estimación del recurso de amparo, porque los acuerdos carecen de motivación y se ha vulnerado el artículo 23.2 CE, al haberse contrariado la naturaleza de la representación o la igualdad de sus representantes.

II. COMENTARIO

Por medio de la presente sentencia, el Tribunal Constitucional ha hecho un estudio del *ius in officium*, para concluir que la solicitud realizada para la utilización de las dependencias del Congreso realizar actos que no se refieran al ejercicio de funciones parlamentarias propiamente dichas, quedan fuera del recurso de amparo.

Antes de centrarnos en el estudio de la sentencia, debe precisarse qué se entiende como intergrupo parlamentario. En este sentido, la «Nota sobre la celebración de un acto en el Congreso de los Diputados de manera paralela a la celebración de la EUCOCO», de la Dirección de Relaciones Internacionales del Congreso de los Diputados, que fue solicitada por la Mesa a los efectos de adoptar su decisión, señala que los intergrupos parlamentarios «son entidades que reúnen a miembros de diversos grupos parlamentarios orientadas a promover determinadas causas o analizar cuestiones concretas de la política nacional e internacional». Estos se caracterizan por la informalidad en su funcionamiento, carácter no oficial, carencia de respaldo institucional y falta de reconocimiento reglamentario, sin que muchas de sus reuniones sean notificadas a la Cámara, desconociéndolas esta. Por lo tanto, se trata de agrupaciones, carentes de reconocimiento por los Reglamentos de las Cámaras, que se reúnen y funcionan al margen de los mismos.

Durante la XII legislatura, en la que se produjo la situación que dio lugar a la sentencia comentada, se constituyeron intergrupos de muy diversa naturaleza. Así, en el ámbito de las relaciones internacionales, destacan intergrupos de amistad con Israel, con Palestina, con Guinea Ecuatorial o el propio intergrupo por el Sáhara Occidental, si bien también se crearon intergrupos dedicados a cuestiones de política interior, como el intergrupo sobre población, desarrollo y salud reproductiva, entre otros.

Sentado lo anterior, es preciso referirse brevemente al hecho de que, como cuestión previa, el Tribunal Constitucional analiza la falta de identidad entre los diputados que solicitaron el uso de la Sala Constitucional del Congreso, los diputados que plantearon la solicitud de reconsideración del acuerdo de 31 de octubre de 2018 y los que finalmente interpusieron el recurso de amparo. En este sentido, hace alusión a la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 24/2020, que se pronunciaba sobre la legitimación en el ámbito del recurso de amparo del art. 42 LOTC, concluyendo que debe existir una identidad entre los diputados que constituyeron una agrupación ocasional para el ejercicio de una deter-

minada iniciativa parlamentaria, en número y con las exigencias que para promover dicha iniciativa determina el Reglamento de la Cámara, y aquellos que posteriormente interpusieron el correspondiente recurso de amparo. En relación con el caso en cuestión, la facultad de solicitar una sala corresponde a los diputados y a los grupos, sin establecerse ninguna exigencia específica en cuanto a su titularidad (de acuerdo con el «Régimen de los espacios de uso común de la Cámara», criterios de 8 de octubre de 2012, actualizados a fecha de 4 de marzo de 2014). En la medida en que los diputados recurrentes en amparo habían presentado la solicitud de uso de sala y plantearon la reconsideración a su denegación, se entiende que están legitimados para interponer el recurso ante el Tribunal Constitucional, con independencia de que a la solicitud inicial y a la reconsideración se sumaran otros diputados y grupos parlamentarios.

Señalada la cuestión previa, pasamos al análisis del principal problema que se plantea en la sentencia, relativo a la naturaleza del derecho a utilizar las salas del Congreso de los Diputados. A tal efecto, debe partirse de que las Cortes Generales, ejercen las funciones que la Constitución (en particular, el art. 66.2) y los Reglamentos de las Cámaras les atribuyen. Para ejercerlas adecuadamente la jurisprudencia constitucional ha elaborado la conocida doctrina del *ius in officium*, que implica que el artículo 23 CE no se limita a consagrar el derecho fundamental de acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad, sino que comprende también una garantía de desarrollo pleno de la función representativa.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que, para el ejercicio de las funciones parlamentarias, los diputados y senadores deben contar con medios personales y materiales suficientes, como se desprende del art. 71.1 CE en relación de la asignación de los parlamentarios, así como de la autonomía financiera y administrativa o de personal de las Cámaras del art. 72 CE. En consecuencia, la cuestión básica a dilucidar en el caso que nos ocupa, es si la posibilidad de disponer de medios materiales de los parlamentarios se incluye en el núcleo de funciones que la jurisprudencia entiende que forman parte del derecho al ejercicio al cargo público, pues solo en la medida en que la denegación de la Mesa afecte al citado dere-

cho, reconocido en el art. 23.2 CE, cabe presentar un recurso de amparo en virtud del art. 42 LOTC, mientras que, en caso contrario, se trataría de una cuestión interna de la Cámara, siendo aplicable la doctrina de los interna corporis acta.

Para pronunciarse sobre dicha cuestión, lo primero sería precisar qué ha de entenderse por *ius in officium*. Así, según reiterada doctrina jurisprudencial, frente a la consideración tradicional de los actos no legislativos del Parlamento como actos puramente internos, se ha reconocido que los mismos están sometidos a la Constitución y, por tanto, sujetos a un eventual control de su constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, siendo así que el derecho fundamental que este debe garantizar es el de participación política recogido en el art. 23.2 CE. La doctrina anterior se condensa, además de en otras, en la STC 69/2021, de 18 de marzo, Fundamentos Jurídicos (FFJJ) 4 y 5 C, de la que se desprende que el derecho a acceder a los cargos públicos de naturaleza representativa implica también el de mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con la ley, sin constricciones o perturbaciones ilegítimas. Cuando se trata de tales cargos representativos, el derecho enunciado en el artículo 23.3 CE ha de ponerse en conexión con el de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1 CE). Tal y como se desprende del inciso final del art. 23.2 CE, dicho derecho es de configuración legal, por lo que la ley, en este caso, los Reglamentos parlamentarios, son los que se encargan de precisar qué derechos y facultades corresponden a los distintos cargos públicos y pasan a integrarse, en consecuencia, en el *ius in officium*, por cuyo ejercicio deben además velar los órganos de las Cámaras y, en última instancia, el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, no cualesquiera funciones que se realicen por parte de los parlamentarios afectan al derecho al ejercicio del cargo público. Así, la STC 159/2019, de 12 de diciembre, Fundamento Jurídico (FJ) 5 c señala que «La Constitución no ha asumido en el artículo 23.2 CE un genérico derecho fundamental al respeto de todos y cada uno de los

derechos y facultades del estatuto del parlamentario, sino tan sólo el de aquellos que pudiéramos considerar pertenecientes al núcleo de la función representativa, como son, principalmente, los que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción del gobierno». Siendo un derecho de configuración legal, este se desarrolla en los Reglamentos parlamentarios, donde el derecho al ejercicio del cargo público se plasma en una serie de iniciativas parlamentarias tales como la presentación de preguntas, interpelaciones, proposiciones no de ley, comparecencias, proposiciones de ley, enmiendas, etc.). En este caso, la celebración de la sesión para la cual se solicitó la sala, constituye un acto de un intergrupo parlamentario realizado al margen de las funciones que se reconocen por el Reglamento a los diputados. Por otro lado, el acuerdo de la Mesa en ningún caso impedía que la citada reunión se pudiese celebrar en otro lugar, ni impedía a los Diputados que asistiesen a la misma.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones en relación con los derechos económicos de los diputados y con los medios materiales y personales de los grupos parlamentarios previstos en el reglamento de la Cámara, concluyendo que los derechos de contenido económico no forman parte del núcleo esencial del *ius in officium* del diputado, si bien en algunas ocasiones ha precisado que la privación de dichos derechos podría comportar la vulneración del art. 23.2 CE cuando se impida el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas (STC 69/2021, FJ 5 C). Así, lo ha entendido, en particular, en relación con la privación de la asignación de los diputados prevista en el artículo 71.4 CE, como instrumento para el ejercicio de las funciones parlamentarias, que comportará la vulneración del art. 23.2 CE cuando esta le impida el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, como se ha expuesto, la solicitud cursada por el Grupo Interparlamentario no se encontraba en este supuesto, toda vez que la petición de sala por la misma no comportaba el ejercicio de una de las funciones parlamentarias referidas, a través de los instrumentos previstos en el Reglamento. «En resumen, ni la Constitución ni el Reglamento de la Cámara establecen el derecho a disponer de cualquier sala del

Congreso de los Diputados para la celebración de reuniones que no se refieran al ejercicio de funciones parlamentarias propiamente dichas. Por lo tanto, los acuerdos impugnados no contravienen previsiones ni de la Constitución Española ni del Reglamento de la Cámara sobre dotación de medios personales y materiales a los diputados y a los grupos parlamentarios; tampoco se trata de un supuesto en el que se hayan denegado medios, recursos o espacios para que los diputados o los grupos parlamentarios pudieran desarrollar las funciones que forman parte del núcleo esencial de su función representativa, sino que lo que se solicitó fue la disposición de un espacio de la Cámara para una reunión de parlamentarios ajena a las funciones del Congreso (artículo 66.2 CE y Reglamento del Congreso de los Diputados RCD). Por lo tanto, no resultó afectado el artículo 23 CE.

La posibilidad del uso de una sala sería, en todo caso, accesoria al ejercicio de la función parlamentaria y su denegación sería, en su caso, una cuestión de legalidad ordinaria [en este sentido, STC 69/2021, FJ 5 C)] [STC 137/2019, f. 3 b)].

A mayor abundamiento, debe añadirse que el artículo 67.3 de la Constitución señala que «Las reuniones de Parlamentarios que se celebren sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras, y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios». Si los intergrupos no están reconocidos reglamentariamente y sus reuniones se producen al margen de la regulación existente, parece claro que, en modo alguno, dicha reunión implica el ejercicio de las funciones de las Cámaras.

Tras indicar que la posibilidad de usar una sala no forma parte del *ius in officium*, el Tribunal Constitucional plantea que la cuestión analizada en esta sentencia es por tanto un asunto administrativo de la Cámara. En este sentido, precisamente figuraba entre los asuntos administrativos sometidos a la Mesa, la cual goza de la facultad de «adoptar cuantas decisiones y medidas requieran la organización del trabajo y el régimen y gobierno interiores de la Cámara» (art. 31.1.1º RCD). Este precepto está conectado con la autonomía parlamentaria reconocida en el artículo 72 de la Constitución y que tradicionalmente se otorgaba a la Comisión de

Gobierno Interior, de la cual el vigente Reglamento ha optado por prescindir. Al tratarse de una solicitud de naturaleza no parlamentaria, no se aplica al caso en cuestión la doctrina jurisprudencial relativa al alcance de las funciones de la Mesa de calificación y admisión a trámite de los escritos y documentos de naturaleza parlamentaria.

Dicho lo anterior, los criterios que adopte la Mesa en relación con las salas del Congreso de los Diputados se enmarcan en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, aplicable a las Cortes Generales en virtud de su disposición adicional primera, referida a la afectación de los bienes del Patrimonio del Estado a los órganos constitucionales y su utilización. En este sentido, deben tenerse en cuenta, en primer lugar, el artículo 6 de dicha ley, que prevé el principio de la aplicación efectiva al uso general o al servicio público, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas. En segundo lugar, el artículo 88 dispone que «los bienes destinados a otros servicios públicos se utilizarán de conformidad con lo previsto en el acto de afectación o adscripción y, en su defecto, por lo establecido en esta ley y sus disposiciones de desarrollo». Finalmente, el artículo 90.3 de la ley, referido a las autorizaciones especiales de uso sobre bienes afectados, señala que «... no se sujetarán a los requisitos previstos en el apartado 1 de este artículo, las autorizaciones de uso por plazo inferior a 30 días, o para la organización de conferencias, seminarios, presentaciones y otros eventos. El órgano competente deberá fijar en el acto de autorización, tanto las condiciones de utilización del inmueble, estableciendo lo necesario para que la misma no interfiera su uso por los órganos administrativos que lo tuvieran afectado o adscrito, como la contraprestación a satisfacer por el solicitante, de acuerdo con lo señalado en el apartado 5 del artículo 92 de esta ley».

Con respeto a la citada regulación, para el ejercicio de estas funciones en materia de gobierno interior, la Mesa suele seguir diversos criterios, de manera que, en el momento de plantearse el hecho controvertido, era de aplicación el «Régimen de los espacios de uso común de la Cámara», criterios de 8 de octubre de 2012, actualizados a fecha de 4 de marzo

de 2014. En lo que a la celebración de actos en la Cámara se refiere, este régimen establecía lo siguiente:

«Cuando un Grupo Parlamentario o un Diputado deseen celebrar en una Sala de Comisión o similar un acto, presentación, jornada o actividad análoga, dirigirá un escrito a la Mesa del Congreso con indicación del día, hora, naturaleza y programa de la actividad.

La Mesa decidirá sobre la autorización del acto atendidas las circunstancias de la solicitud, su incidencia en la actividad parlamentaria y otros criterios relevantes.

En ningún caso podrá darse publicidad a la actividad solicitada con carácter previo a la autorización por la Mesa.

Una vez concedida la autorización, la organización y el desarrollo del acto se ajustarán en todo caso a las directrices fijadas por la Cámara con carácter general, que serán comunicadas a los organizadores por el correspondiente departamento de la Secretaría General. El desconocimiento o incumplimiento de aquellos podrá dar lugar a la revocación de la autorización»

A la vista de lo expuesto, puede concluirse que el uso normal del edificio parlamentario será el que es conforme con el destino del ejercicio de las funciones parlamentarias, sin que exista un derecho exigible para otros usos del inmueble de la Cámara, es decir, para el ejercicio de actividades ajenas a las funciones de las Cámaras, sino que será la Cámara quien discrecionalmente lo deba autorizar, conforme a los criterios expuestos, que la propia Mesa decidió adoptar.

Los demandantes alegan, por otro lado, que los acuerdos carecen de toda motivación. Aunque el control de la discrecionalidad del acuerdo de la Mesa correspondería, en su caso, a la jurisdicción ordinaria contencioso-administrativa, el Tribunal Constitucional señala que

como se afirmó en la STC 110/2019, de 2 de octubre, FJ 4, «es doctrina constitucional constante que la motivación que los demandantes echan en falta solo es un imperativo constitucional cuando los actos controvertidos hayan sido restrictivos del ius in officium de los representantes (por todas las múltiples resoluciones en este sentido, STC 32/2017, de 27 de febrero, FJ 5)». Asimismo, el Tribunal Constitucional, «ante la denuncia de falta de motivación de acuerdos de órganos de las diferentes cámaras ha entendido

que la misma ha podido ser expresada tanto en el acuerdo inicial, como en la contestación a la solicitud de reconsideración (en este sentido, STC 173/2020, de 19 de noviembre, FJ 3), y también en el acta de la reunión en la que se adoptó el correspondiente acuerdo (STC 110/2019, de 2 de octubre, FJ 4)» [STC 69/2021, FJ 5 B)].

En el caso controvertido, tras la solicitud realizada por diversos diputados para el uso de la Sala Constitucional, la Mesa optó por solicitar un informe a la Secretaría General del Congreso de los Diputados sobre este asunto, emitiéndose la «Nota sobre la celebración de un acto en el Congreso de los Diputados de manera paralela a la celebración de la EUCOCO» por la Dirección de Relaciones Internacionales del Congreso de los Diputados a la que ya se ha hecho alusión.

La Mesa solicitó en el informe, entre otros aspectos, la posición de España en la materia controvertida, puesto que la sala se solicitaba para la realización de un acto para el apoyo al Pueblo Saharaui. Debe tenerse en cuenta que las funciones de las Cortes Generales deben en todo caso respetar la Constitución y el artículo 97 CE atribuye al Gobierno la dirección de la política exterior. En este sentido, el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación comunicó su criterio el jueves 25 de octubre de 2018, expresando su parecer desfavorable. En concreto, la posición del Gobierno de España en torno al contencioso del Sáhara Occidental trataba en aquel momento de mantener diversos equilibrios. Partiendo de la premisa de que los denominados «Acuerdos de Madrid» de noviembre de 1975 no otorgan a Marruecos derechos soberanos sobre el territorio saharauí, España no había aceptado formalmente la anexión por parte de Marruecos del territorio saharauí, pero tampoco reconocido la República Árabe Saharaui Democrática (en lo sucesivo, RASD) como sujeto de Derecho Internacional. La posición oficial expresada públicamente es la siguiente. «España apoya una solución política, justa, duradera y mutuamente aceptable que prevea la libre determinación del pueblo saharauí en el marco de los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas. España apoya el papel central de las Naciones Unidas en la búsqueda de una solución y mantiene su compromiso humanitario con el pueblo del Sahara Occidental, siendo el primer donante bilateral

de ayuda a los campamentos de refugiados». En relación con lo anterior, las Cortes Generales mantenían la celebración de un Foro Parlamentario con la Cámara de Representantes y la Cámara de Consejeros del Reino de Marruecos, y en la cuarta edición del Foro, celebrada en Madrid en abril de 2018, la delegación marroquí puso de manifiesto su malestar por diversas actuaciones emprendidas en el Parlamento español que implicaban un apoyo a las posiciones defendidas por la RASD y el Frente Polisario. A la vista de lo expuesto cabe concluir que, por supuesto, las Cortes Generales en el ejercicio de sus funciones pueden y deben controlar al Gobierno en materia de política exterior, pero ello debe llevarse a cabo a través de los instrumentos reconocidos en la Constitución y desarrollados por el Reglamento de la Cámara, sin que se reconozca por dichas normas que tales funciones se realicen mediante reuniones interparlamentarias.

A la vista del informe de la Secretaría General, la Mesa finalmente adoptó la decisión de denegar la solicitud de los diputados, como consta en el acta de la Mesa de 30 de octubre de 2018. Concluye el alto tribunal desestimando el recurso, pues «En definitiva, al haber adoptado la Mesa una decisión en el ejercicio de la función que le corresponde en materia de gobierno interior que no afectó a ningún derecho de los parlamentarios, ninguna lesión de derechos se derivaría de la misma, razón por la que la decisión adoptada en los acuerdos impugnados ha de ser respetado por este tribunal, “para no convertirse en una instancia revisora de contiendas sin contenido constitucional” (en este sentido, STC 68/2020, de 29 de junio, FJ 4)».

III. CONCLUSIONES

De esta sentencia hemos de concluir que los derechos a medios materiales de los diputados no forman parte del núcleo esencial del *ius in officium*, salvo cuando la privación de derechos impida el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas (STC 69/2021, FJ 5 C). Por ello, la denegación por la Mesa de la Cámara a la solicitud realizada por diversos parlamentarios para la celebración en la Sala Constitucional de un

encuentro de parlamentarios españoles y de Francia, Italia, Dinamarca, Suecia, Suiza, Argelia, Sudáfrica y Mauritania, bajo el marco aunque de forma paralela a la EUCOCO, asunto de naturaleza administrativa y no parlamentaria, no vulnera el artículo 23.2 CE, desestimando en consecuencia el Tribunal Constitucional el recurso de amparo. En este sentido, si bien se trata de un acto realizado por los parlamentarios, no forma parte del elenco de instrumentos que los Reglamentos de las Cámaras ponen a su disposición, que son los que garantiza el artículo 23.2 CE como derecho de configuración legal. Por lo demás, el acuerdo que concede o deniega la solicitud es un acto de carácter administrativo y no parlamentario, sin que sea, por tanto, de aplicación a este supuesto la doctrina jurisprudencial existente sobre el alcance de las funciones de la Mesa de calificación y admisión a trámite de los escritos y documentos de naturaleza parlamentaria.

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 5 DE OCTUBRE. RECURSO DE AMPARO NÚM. 2109-2020 (BOE NÚM. 268, DE 9 DE NOVIEMBRE DE 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

* Enlace a la STC 148/2021, de 14 de julio: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-13032>; a la STC 183/2021, de 27 de octubre: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-19512; y a la STC 168/2021, de 5 de octubre: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-18371.

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).

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 183/2021 (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 nor-

mas 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 183/2021 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 permite 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 adentrarse 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 de la 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)», entendiéndose 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 desaparecen, 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 segunda STC 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 inerte 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 medidas 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 Diputados. 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, correspon-

diendo 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 adquiriera 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 actuó 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.

LA SUSPENSIÓN DEL CARGO PARLAMENTARIO POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 384 BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 171/2021, DE 7 DE OCTUBRE DE 2021. RECURSO DE AMPARO NÚM. 5382/2019. (BOE NÚM. 268, DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2021)*

PALOMA MARTÍNEZ SANTA MARÍA

Letrada de las Cortes Generales
Directora de la Asesoría Jurídica
del Congreso de los Diputados

<https://orcid.org/0000-0001-9122-1201>

RESUMEN

Esta sentencia viene a consolidar la doctrina ya establecida en anteriores Sentencias, remitiéndose en concreto a las Sentencias 71/1994 y 11/2020, acerca de que la aplicación a cargos parlamentarios de la medida de suspensión contemplada en el artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) no vulnera los derechos reconocidos en el artículo 23.2 CE. La frase que podría resumir la sentencia es que resultaría insólito «que una persona procesada por un delito de rebelión, y que se encuentra en situación de rebeldía por haberse sustraído a la acción de la Justicia, eludiendo al tiempo la decisión de prisión, pueda pretender el ejercicio de funciones públicas en el ámbito de jurisdicción de nuestros Tribunales». La conclusión tajante es que «No existe razón ninguna que justifique que puedan ejercer funciones

* Enlace a la STC 171/2021, de 7 de octubre: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-18374.

públicas quienes se encuentran en la situación procesal contemplada en el artículo 384 bis». Visto así, el artículo 384 bis está introduciendo un nuevo requisito negativo para poder ejercer la función parlamentaria: no hallarse en situación de prisión provisional por aquellos delitos definidos en la norma.

Palabras clave: suspensión del cargo parlamentario, medida cautelar, delito de rebelión, auto de procesamiento firme, prisión provisional.

Artículos clave: 23.2 de la Constitución española; 21 y 101 del Reglamento del Congreso de los Diputados; 22, 101 y 102 del Reglamento del Senado; 25 y 241 a 243 del Reglamento del Parlament de Catalunya; y 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Resoluciones relacionadas: Autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fechas 9 de julio 2018, 20 de febrero de 2019, 10 de julio de 2019 y 14 de octubre de 2019, en la causa especial núm. 20907-2017; SSTC 71/1994, 11/2020, 30/2020, 38/2020, 97/2020, 193/2020, 194/2020, 69/2021, 90/2021 y 105/2021.

I. ANTECEDENTES

El presente recurso de amparo se interpone por D. Carles Puigdemont i Casemajó contra una serie de resoluciones judiciales recaídas en la causa especial núm. 20907-2017, seguida ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por delitos de rebelión, sedición, malversación de caudales públicos y desobediencia. En concreto, se interpone contra el Auto de fecha 9 de julio 2018 y los Autos de 20 de febrero de 2019 y de 10 de julio de 2019, que confirman el primero en reforma y en apelación, respectivamente. En dicho Auto de 9 de julio de 2018 se declaró concluso el sumario en la causa especial, remitiendo los autos al Tribunal Supremo. En esa misma resolución, el magistrado instructor comunica a la Mesa del Parlamento de Cataluña que los procesados, entre ellos el aquí recurrente, «han quedado suspendidos –automáticamente y por imperio del

artículo 384 *bis* de la LECrim— en las funciones y cargos públicos que estaban desempeñando, habiendo de proceder la Mesa del Parlamento a adoptar las medidas precisas para la plena efectividad de la previsión legal». También se comunica a la Mesa del Parlamento de Cataluña que «cualquier alteración procesal que suponga la desaparición de alguno de los presupuestos normativos determinantes de la suspensión de estos procesados, se participará a la Cámara legislativa, también a los efectos oportunos». Por último, y en lo que hace a la suspensión, se participa a la Mesa que «no existe impedimento procesal para que los cargos y funciones públicas que corresponden a los procesados puedan ser ejercidos de manera plena, pero limitada al tiempo de la eventual suspensión, por otros integrantes de sus respectivas candidaturas, si el Parlamento contemplara adoptar tal decisión».

II. COMENTARIO

1. La evolución de la figura de la suspensión del cargo parlamentario. La progresiva judicialización del estatuto del parlamentario al margen de la regulación de los reglamentos parlamentarios

Nos encontramos ante un nuevo episodio judicial derivado del procesamiento del Sr. Puigdemont i Casemajó, en el marco del denominado proceso al procès, que no termina aquí ya que las últimas resoluciones conocidas del Tribunal Constitucional son de marzo de 2022 que otorgan un aval general al fallo del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019, ahora pendientes de recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Los hechos a los que se refiere la sentencia se remontan al 30 de octubre de 2017, cuando el Fiscal General del Estado interpone querella por los mencionados delitos. En el apartado I de los antecedentes de la sentencia se relacionan los distintos hechos que se extienden durante casi dos años, desde esa fecha de octubre de 2017 hasta julio de 2019, interponiéndose el recurso de amparo en septiembre de 2019.

No vamos aquí a detenernos en examinar el complejo curso procesal seguido, con múltiples impugnaciones cruzadas, todas ellas relacionadas en los antecedentes de la sentencia, sino que nos centraremos en la cuestión específica sobre la que trata este recurso de amparo relativa a la aplicación del mencionado artículo 384 bis LECrim.

Lo primero que se debe decir es que, aunque se trata de un amparo frente a una decisión judicial y no parlamentaria, la repercusión que tiene esta sentencia en el ámbito del derecho parlamentario es evidente. La principal cuestión controvertida que se analiza en la sentencia es la suspensión del cargo parlamentario, cuestión que, desde luego, forma parte intrínseca del denominado estatuto de los parlamentarios, como una materia reservada a los reglamentos parlamentarios, en los cuales se han de regular las condiciones de acceso y pérdida de la condición de miembro del Parlamento y las causas de suspensión de sus derechos parlamentarios.

Pues bien, aunque los reglamentos parlamentarios prevén causas internas de suspensión de la condición de sus miembros, generalmente asociadas a infracción de las normas disciplinarias, cada vez es más frecuente que la suspensión de la condición de parlamentario derive de decisiones judiciales, sobre todo en aplicación de un precepto, que cada vez está cobrando mayor protagonismo, el artículo 384 bis LECrim. La peculiaridad de dicho precepto es que permite la suspensión antes de que recaiga sentencia siempre que haya un auto de procesamiento firme y decretada la prisión provisional por alguno de los delitos que se definen en el precepto. En concreto, dispone que «Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión».

Como vamos a ver a continuación, esta regulación del artículo 384 bis LECrim sobrepasa y va más allá de la regulación contenida en los

reglamentos parlamentarios, que o se quedan cortas, o entran en contradicción con él.

Es cierto que la causa de suspensión por decisión judicial se suele contemplar en los reglamentos parlamentarios. Sin embargo, no se regula de forma del todo coherente con el artículo 384 bis LECrim. Examinemos tres casos principales, el Congreso de los Diputados, el Senado y el Parlament de Catalunya. Así, el artículo 21.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) se refiere a que «El Diputado quedará suspendido en sus derechos, prerrogativas y deberes parlamentarios cuando una sentencia firme condenatoria lo comporte o cuando su cumplimiento implique la imposibilidad de ejercer la función parlamentaria». Solo contempla, por tanto, la suspensión por sentencia condenatoria firme, pero no antes por auto de procesamiento, por lo que no recoge el supuesto del artículo 384 bis LECrim, aunque sí que respeta el automatismo de la decisión judicial, pues no prevé la participación de ningún órgano parlamentario que tenga luego que pronunciarse sobre la suspensión y aprobarla, como luego veremos que ocurre en el caso del Reglamento del Parlament catalán.

Por lo que se refiere al Reglamento del Senado (RS), es curioso que no contiene un artículo que contemple la suspensión por decisión judicial, ni antes ni después de la sentencia. Solo contempla en el artículo 22.2 la suspensión pero en el caso de senadores con previa concesión de un suplicatorio, y firme ya el auto de procesamiento y acordada la prisión provisional, lo cual no es el mismo supuesto que el que se comenta en esta sentencia donde evidentemente no hubo suplicatorio, no solo por pertenecer el recurrente a un parlamento autonómico, en el que no se exige suplicatorio, sino porque no era todavía parlamentario cuando comenzó el juicio oral, que es el momento que se considera límite para pedir el suplicatorio.

La regulación del Reglamento del Parlament de Catalunya (RPC), que era la que resultaba de aplicación al recurrente, aunque es más avanzada que la del Congreso porque recoge el supuesto de suspensión por auto de procesamiento, antes de la sentencia, no es del todo compatible

con el artículo 384 bis LECrim. El artículo 25 del Reglamento establece: «1. Los diputados del Parlamento pueden ser suspendidos de sus derechos y deberes parlamentarios, previo dictamen motivado de la Comisión del Estatuto de los Diputados, en los siguientes casos: a) Si es firme el auto de procesamiento o de apertura de juicio oral y el Pleno del Parlamento lo acuerda por mayoría absoluta, dada la naturaleza de los hechos imputados. b) Por acuerdo del Pleno, adoptado por mayoría absoluta, si han sido condenados por sentencia firme a una pena de privación de libertad que imposibilite su asistencia a las sesiones plenarias».

Como se ve, en el caso catalán, se contemplan dos momentos procesales distintos para acordar la suspensión: un momento inicial, con el auto de procesamiento firme o con la apertura del juicio oral, que recoge el supuesto del artículo 384 bis LECrim, y un momento posterior, que coincide con el único supuesto que contempla el RCD, con la sentencia condenatoria. Destaca que en el Parlament catalán, a diferencia del Congreso de los Diputados, la suspensión no deriva automáticamente de la decisión judicial, sino que es necesario una intermediación parlamentaria, incompatible con el automatismo de la decisión judicial, mediante la intervención de dos órganos parlamentarios: el previo dictamen de la Comisión del Estatuto de los Diputados y el acuerdo del Pleno. Asimismo, se prevé un supuesto que llama la atención. La posibilidad de que la suspensión sea pedida, a título individual, por un diputado afectado, con la conformidad del portavoz de su grupo parlamentario. En este caso la Comisión del Estatuto de los Diputados debe emitir un dictamen y la Mesa del Parlamento, no el Pleno, debe resolver la solicitud.

Es curioso que esta causa de suspensión por la vía del artículo 384 bis LECrim se está imponiendo frente a las clásicas causas de suspensión basadas en infracciones de las normas disciplinarias internas (las que se recogen en el artículo 101 RCD por remisión del artículo 21.1.1.º) que apenas se aplican. Esto pone de manifiesto que, frente a la concepción clásica de que el parlamento es quien controla el estatuto de sus miembros, básicamente a través de las normas de disciplina, cada vez es más

frecuente que decisiones judiciales *ad extra* sean las que vengan a determinar si un diputado puede o no ejercer su condición.

El órgano judicial, cada vez con más frecuencia, pasa ahora a condicionar el funcionamiento y composición de la Cámara al suspender la condición de parlamentario de uno de sus miembros, superándose una cierta visión estática del principio de separación de poderes, que no admitiría o vería con bastante recelo este tipo de interferencias judiciales, aplicadas además directamente sin ningún filtro parlamentario.

La razón de este cambio de dinámica se debe buscar, sin duda, en el incremento de causas judiciales que afectan a parlamentarios. Esta tendencia de judicialización de la vida parlamentaria es muy interesante y ha sido objeto de extensa literatura (Shapiro, Stone Sweet, Ferejohn y Pasquino). Shapiro (2004) acuña el término «jurisprudencia política» para referirse al escrutinio judicial de partidos y políticos y al modo en que los tribunales reglamentan la vida política y resuelven conflictos esencialmente políticos.

Debido a esta judicialización de la vida política, se está asistiendo a un cambio muy importante en el modo de relación entre Parlamento y Poder Judicial que también afecta a la propia concepción del Parlamento y del mandato representativo.

En una concepción judicialista del parlamento, como la que ahora vemos que sucede, el principio representativo pierde fuerza, cede ante el control judicial. El cargo parlamentario, por mucho que sea la expresión directa de la voluntad de los ciudadanos, no es intangible, se puede perder o poner su ejercicio en suspenso por una decisión ajena a la Cámara.

El principio representativo pierde también frente al Estado de derecho. Antes que el mantenimiento de un Parlamento con la composición decidida por los ciudadanos, prevalece el imperio de la ley, cuyo cumplimiento debe quedar garantizado precisamente por el Poder Judicial como dice el artículo 117.1 de la Constitución. Podríamos decir que prevalece el artículo 9.3 de la Constitución que proclama el principio de legalidad frente a los artículos que proclaman la representatividad de los cuerpos

legislativos, bien sean las Cortes Generales (artículo 66.1) o las asambleas autonómicas (artículo 152).

Una concepción excesivamente soberanista del Parlamento llevaría a la tesis de que solo el Parlamento, en cuanto representación de los ciudadanos, puede decidir algo tan grave como la suspensión o expulsión de sus miembros que encarnan esa representación. A esta idea responde una regulación, que ahora casi parece inocente, como la contenida en el artículo 101 RCD, que establece las causas en las que el diputado puede ser suspendido en su condición por razones disciplinarias, todas ellas relacionadas con el orden y el comportamiento en la sede parlamentaria. En el mismo sentido, los casos de suspensión del ejercicio de la función parlamentaria previstos en los artículos 101.3 y 102 RS.

La regulación en el RPC, aunque es ligeramente distinta, llega al mismo efecto. Es cierto que el artículo 25, que regula la suspensión de la condición de parlamentario no contempla que la infracción de la disciplina pueda conllevar la suspensión de la condición de diputado, e incluso alude expresamente en el apartado 3 a que nunca la suspensión podrá considerarse como una sanción parlamentaria. En coherencia con ello, en el Título VII del Reglamento, donde se regula la disciplina, las únicas sanciones que se contemplan, según los distintos casos, son la privación de derechos económicos, la mención en el acta de la sesión, la privación del uso de la palabra, la expulsión de la reunión.

Sin embargo, aunque con diferente nombre, regula en los artículos 241 y 242, como hace el artículo 101 RCD, supuestos de suspensión asociados a infracciones disciplinarias que tienen el mismo efecto de suspensión que el artículo 101 RCD. La única diferencia es que no los llama supuestos de suspensión de la condición de parlamentario, sino de «exclusión temporal en el ejercicio de la función parlamentaria». Sin embargo, el efecto de suspensión es idéntico, como lo corrobora el artículo 243, según el cual «la exclusión temporal del ejercicio de la función parlamentaria comporta la pérdida de las asignaciones, las dietas y las indemnizaciones, y la suspensión de los derechos y deberes inherentes a

la actividad parlamentaria, pero no afecta sus prerrogativas ni los demás derechos y deberes».

En todo caso, como decimos, estos supuestos internos de suspensión son ahora sobrepasados por los nuevos casos de suspensiones de la condición de parlamentarios por causas judiciales *ad extra*, que nada tienen que ver con estos supuestos clásicos que contienen los reglamentos parlamentarios limitados solo a la visión de la conducta interna o disciplinaria del parlamentario. Así lo demuestra no solo la sentencia que estamos comentado, sino una ya larga lista de sentencias relacionadas con distintos implicados en el procés. Por citar las que han afectado al Congreso de los Diputados, los casos de las Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) 97/2020, 193/2020, 194/2020, 69/2021, 90/2021 y 105/2021 en los recursos de amparo de los Sres. D. Jordi Sánchez i Picanyol, D. Jordi Turull i Negre, D. Josep Rull i Andreu contra diversos acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados en relación con la suspensión de su condición de diputados.

Lo nuevo de estos casos de suspensiones es que se refieren a personas con procesos penales pendientes cuando acceden a la condición parlamentaria, de forma que las decisiones judiciales que se puedan tomar en esos procesos pueden llegar a afectar a su condición de parlamentario. La diferencia con el suplicatorio es clara. En estos casos, las personas ya están incurso en procesos penales cuando acceden a la condición de parlamentario, mientras que en el caso del suplicatorio se refiere a un proceso penal que se inicia siendo ya la persona miembro del Parlamento.

Si antaño la principal forma de relación entre Parlamento y Poder Judicial era el suplicatorio, ahora lo son este tipo de medidas penales. Si comparamos ambas situaciones, es clara la distinta situación en que nos encontramos respecto a la relación entre ambos poderes. El suplicatorio, aunque sin duda es una medida de injerencia en la vida de la Cámara, en realidad es plenamente respetuosa hacia la voluntad de la Cámara. Se pide permiso a la Cámara para poder procesar al parlamentario. Las medidas penales que ahora se adoptan, comparadas con el suplicatorio, son mucho más violentas contra la Cámara. Se aplican *ex lege*, directamente, sin

pedir ningún permiso a la Cámara y ello a pesar de que, en su efecto, son mucho más graves que el suplicatorio ya que éste no supone que, por su mera concesión, el parlamentario quede automáticamente suspendido en sus funciones, sino que las puede seguir ejerciendo con normalidad.

Prueba de ello es que el artículo 21.1.2.º RCD prevé que solo quedará suspendido, si luego de ser concedido el suplicatorio y firme el auto de procesamiento, se halla en una situación de prisión provisional. Es decir, la suspensión es posterior al suplicatorio solo si de él se deriva una situación de prisión provisional. Es curioso que, en este aspecto, el artículo 21.1.2.º RCD esconde una aplicación indirecta del artículo 384 bis LECrim, asociando suspensión a auto de procesamiento y de forma automática. En cambio, el artículo 22.6 RS, aunque prevé el mismo supuesto de suspensión tras el suplicatorio, no respeta el automatismo, ya que una vez concedido el suplicatorio y firme el auto de procesamiento, debe ser el Pleno del Senado quien pueda acordar la suspensión del senador. En el caso del RPC, no hay una previsión de este tipo de suspensión post suplicatorio, ya que esta figura no se aplica.

Por lo tanto, vemos que este artículo 384 bis LECrim representa un nuevo modelo de relaciones entre el Parlamento y el Poder Judicial, que se viene a caracterizar por una intromisión mucho más traumática del Derecho Penal en la vida parlamentaria, alterando las clásicas previsiones reglamentarias.

2. La constitucionalidad de la aplicación del artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 23.2 CE (la STC 71/1994)

Llegamos así al examen de constitucionalidad de la aplicación del artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím). Este precepto, en su aplicación por los tribunales, y no es éste el primer caso, se está convirtiendo en la principal arma que, al margen de los reglamentos parlamentarios, está siendo utilizada para suspender el cargo parlamentario, hasta el punto de que podríamos decir que este artículo 384 bis se está convirtiendo en una especie de norma parlamentaria encubierta

o paraparlamentaria. Los reglamentos parlamentarios no realizan una remisión a esta norma, ni la mencionan pero, sin duda, un artículo como el 21 del RCD o el 25 del RPC no se pueden entender sin ser completados con el artículo 384 bis LECrim.

Recordemos los motivos en los que el Auto de 10 de julio de 2019 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que desestima el recurso de apelación contra el Auto de 20 de febrero de 2019, sustenta la suspensión del recurrente como diputado del Parlamento de Cataluña, y que se recogen en el apartado 2 j) de los antecedentes de la sentencia que comentamos:

- 1) La medida de suspensión ha de afectar a los procesados que lo hayan sido por aparecer relacionados con rebeldes (en el sentido de presuntos partícipes en un delito de rebelión).
- 2) Se justifica en este marco una medida provisional como la de suspensión dirigida frente a quienes hayan sido objeto de acto firme de procesamiento.
- 3) El supuesto contemplado en el art. 384 bis LECrim, puede ser visto por el legislador, como inconciliable con la permanencia del procesado por estos delitos en el desempeño de funciones o cargos públicos.
- 4) El artículo 384 bis LECrim no vulnera el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española (CE).
- 5) El derecho a la permanencia en el cargo público lo es mientras no aparezcan elementos o circunstancias que hacen decaer este derecho, como aquí ocurre con las consecuencias legales del art. 384 bis LECrim.
- 6) No existe impedimento procesal para que los cargos y funciones públicas que corresponden a los procesados puedan ser ejercidos de manera plena, pero temporal, por otros integrantes de sus respectivas candidaturas, si tal decisión se contemplara por el parlamento.
- 7) Existe auto de procesamiento firme de 21 de marzo de 2018 por delito de rebelión, ya que la sala de apelación confirmó el auto de procesamiento el 26 de junio de 2018.

- 8) No se formula en la resolución recurrida un alcance extensivo del art. 384 bis LECrim, porque no se condiciona la aplicación de la medida al empleo de armas en la comisión del delito, cumpliéndose las exigencias normativas con la presunta satisfacción de los elementos típicos correspondientes a cada una de las figuras delictivas que el artículo 384 bis LECrim contempla.
- 9) A pesar de la expresión «mientras dure la situación de prisión» del art. 384 bis LECrim, ello no supone la exigencia de que se haya materializado la privación de libertad para la aplicación del precepto.
- 10) La medida de suspensión no es una pena de inhabilitación absoluta anticipada, sino una medida cautelar que no supone la privación indefinida del cargo público, sino recuperable en tanto en cuanto se alce la medida o se dicte la absolucón, y que ello sea o no posible en este caso, tiene que ver con la conducta del recurrente.
- 11) La norma aplicable al caso es el art. 384 bis LECrim y no la normativa del Parlamento de Cataluña que como norma administrativa, no puede posicionarse como ley especial desplazando la norma procesal penal y en clara oposición interpretativa a la misma.
- 12) La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 71/1994 , de 3 de marzo ya determinó que el art. 384 bis LECrim no suponía vulneración del derecho de acceso, «en condiciones de igualdad, a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes» reconocido en el art. 23.2 CE.
- 13) La medida de suspensión opera *ex lege*, pero no por ello es desproporcionada, porque la proporcionalidad de la medida se cohonesta con la gravedad de los hechos que constan en el procedimiento, así como con las circunstancias específicas del caso que rodean al recurrente en amparo, en particular su posición de rebeldía procesal.

Como cuestión procesal previa, se contesta por la sentencia a la solicitud de la demanda de planteamiento de cuestión prejudicial previa sobre el artículo 384 bis LECrim. La respuesta de la sentencia (Fundamento Jurídico [FJ] 4) es que «este tribunal considera improcedente tal plan-

teamiento, al no albergar dudas sobre la compatibilidad del art. 384 *bis* LECrim con el art. 24.2 CE, incluso interpretado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que invoca el recurrente en amparo. El tema quedó resuelto en la STC 97/2020, a cuyo fundamento jurídico 5 se hace referencia expresa en este punto, sin perjuicio de lo que se dirá sucesivamente en relación con la denuncia de la vulneración del art. 24.2 CE por los autos que conforman el objeto del presente recurso de amparo».

En dicha STC 97/2020, a la que se remite el Tribunal, que se refería al recurso de amparo 5196/2019 interpuesto por D. Jordi Sánchez i Picanyol contra acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados de suspensión de su condición de diputado, en el FJ5, se alude a que «Este tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre el carácter y la constitucionalidad de la medida prescrita en el precepto legal de referencia», citando la STC 71/1994, de 3 de marzo, Fundamentos Jurídicos (FFJJ) 6 y 7, la STC 11/2020, de 28 de enero, FFJJ 7 a 9, y la STC 38/2020, de 25 de febrero, FJ 6, y pasa a sintetizar tal jurisprudencia sobre el mencionado precepto:

A. Por lo que hace a la naturaleza y alcance de la medida que aquí aplicó la mesa del Congreso de los Diputados es de recordar lo siguiente: (i) la suspensión que impone este precepto no tiene carácter punitivo o sancionador [SSTC 71/1994 , FJ 7; 11/2020 , FJ 9 B), y 38/2020], y constituye un efecto inmediatamente ligado por la Ley procesal a la adopción de sendos autos de procesamiento y de prisión provisional que afecten a imputados que estén integrados o relacionados con «bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes» [SSTC 71/1994 , FJ 6; 11/2020 , FJ 7 b), y 38/2020 , de 25 de febrero]; (ii) la medida es provisional, vinculada como está a aquellas resoluciones judiciales y a su mantenimiento, y surge automáticamente de la propia ley, sin dejar margen alguno en su aplicación a los «órganos destinatarios de la norma», más allá de la verificación de la concurrencia de sus presupuestos procesales (SSTC 71/1994 , FJ 6; 11/2020 , FJ 8, y 30/2020 , de 25 de febrero); (iii) esta suspensión *ex lege* del ejercicio de la función o cargo públicos no trae causa de lo previsto en el artículo 55 CE, en cualquiera de sus dos apartados (capítulo V del título primero de la Constitución: «De la suspensión de derechos y libertades»), sino que engarza directamente con los derechos del artículo 23.2 CE, en tanto que derechos de configuración legal, [SSTC 71/1994 , FJ 6, y 11/2020, FJ 9 B) a)]; y (iv)

la restricción así establecida por el legislador es también aplicable, conforme a su tenor literal y significado gramatical, a los procesados en firme y en prisión provisional por su presunta participación en un delito de rebelión [STC 11/2020 , FJ 9 B b)].

B. La STC 71/1994 apreció ya la constitucionalidad, en el marco de lo entonces planteado, del artículo 384 bis y a tal pronunciamiento se han referido, las recientes SSTC 11/2020 , FJ 8, y 38/2020 de 25 de febrero. La conclusión a la que llegó aquella primera sentencia es del mayor relieve, en orden a lo que también hoy, de manera indirecta, se argumenta en contra y a favor de la validez del precepto legal, por más que este debate constitucional muestre, en el presente procedimiento, algunos matices singulares que habrán de ser objeto, en los fundamentos que siguen, de consideración específica. Basta ahora con recordar que el tribunal valoró entonces que la norma controvertida en aquel recurso de inconstitucionalidad no entraba en colisión con los derechos fundamentales enunciados en los artículos 23.2, en cuanto a la permanencia en el ejercicio de la función o cargo público, con especial referencia a los cargos de naturaleza representativa y 24.2, en relación con la presunción de inocencia, de la Constitución: (i) constató el tribunal, por lo que refiere al primero de estos derechos, que la medida de suspensión impuesta en el precepto impugnado «ha de afectar, precisa y exclusivamente, a los procesados y presos que lo hayan sido por aparecer —sin perjuicio de lo que resulte del juicio oral— como integrados o relacionados “con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”, es decir, previa la “imputación formal y provisional de criminalidad” [...] por delitos que conllevan “un desafío mismo a la esencia del Estado democrático” [...], de tal modo que «[l]a excepcional amenaza que esta actividad criminal conlleva para nuestro Estado democrático de Derecho justifica, sin duda, una medida provisional» como la controvertida, con la conclusión de que el supuesto contemplado en el artículo 384 bis bien podía ser visto por el legislador «como inconciliable con la permanencia del procesado por estos delitos en el desempeño de funciones o cargos públicos o, más sencillamente, como incompatible con la concesión de cualquier permiso de salida de prisión para la realización de actos concretos que supongan ejercicio de tal función o cargo»; en definitiva —añadió el Tribunal— «la regla enjuiciada no viene sino a prescribir, en negativo, uno de los “requisitos” para el mantenimiento en el ejercicio de una función o cargo público, concretamente el no encontrarse en situación de prisión provisional como consecuencia del procesamiento» por tales delitos, «una condición, en suma, cuya legitimidad y proporcionalidad no la hace contraria al contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 23.2 CE», FJ 6, razona-

miento al que se refiere, asimismo, la STC 11/2020 , FJ 8, donde se añade, en coherencia con lo transcrito, que «la exigencia de proporcionalidad se cumple en la configuración legal de los supuestos ante los que nace la restricción», de modo que «la exigencia de motivación de los actos aplicativos de la norma se proyecta únicamente sobre el juicio relativo a la existencia de sus presupuestos legales»; (ii) por lo que hace al examen de la norma legal a la luz de la presunción de inocencia, el tribunal, tras recordar que esta garantía constitucional permanece viva cuando se ha dictado un procesamiento y es compatible con la adopción de medidas cautelares, vino a concluir que «la norma constitucional que reconoce este derecho fundamental (art. 24.2 CE) no resulta canon adecuado para el enjuiciamiento del art. 384 bis LECrim, pues ni la medida de suspensión en él prevista constituye pena alguna ni su adopción, por lo mismo, queda condicionada por la realización de actividad probatoria de cargo» FJ 7, apreciación que ha de entenderse en el contexto del procedimiento entonces resuelto y ante el argumento impugnatorio de que la medida de suspensión solo podría imponerse como pena accesoria y al término de un proceso en el que, mediante prueba de cargo, se hubiera destruido la invocada presunción de inocencia.»

Esta es, pues, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del artículo 384 bis LECrim, en relación con el artículo 23.2 CE, de la que ha de partirse a la hora de comentar la Sentencia 17/2021.

A continuación, la sentencia pasa a analizar si ha sido correcta la aplicación concreta que en este caso se ha realizado del artículo 384 bis LECrim.

3. El control por parte del Tribunal Constitucional de la aplicación al caso concreto

Si bien el argumento principal de la demanda es la vulneración del artículo 23.2 de la Constitución por la suspensión de la condición de diputado autonómico en aplicación del artículo 384 bis LECrim, también invocaba, por conexión, la vulneración de otros derechos: (i) al juez ordinario predeterminado por la ley (artículos 24 de la CE, 47 y 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCYP); (ii) a la tutela

judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE, en relación con los arts. 47 y 48 CDFUE, art. 6 CEDH, art. 14 PIDCYP y art. 10 de la Declaración universal de derechos humanos); (iii) a un juez imparcial y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE), y (iv) a la legalidad de las infracciones penales (art. 25.1 CE), por falta de relevancia penal de los hechos objeto de enjuiciamiento. Sin embargo, la sentencia excluye del conocimiento del Tribunal todas estas alegaciones relativas al procesamiento del recurrente y centra el objeto del recurso solo a la vulneración del derecho fundamental que se le reconoce en el artículo 23.2 CE (FFJJ 1 y 2).

Asimismo, hay que referirse a que, como cuestión procesal previa, se planteó la eventual pérdida sobrevenida del objeto del recurso de amparo (FJ 3). Debe señalarse que, con posterioridad a la interposición del recurso de amparo, pero antes de su admisión a trámite, y mediante auto fechado el 14 de octubre de 2019, el magistrado instructor de la causa especial núm. 20907-2017, dejó sin efecto la aplicación al recurrente del artículo 384 bis LECrim, en atención al contenido de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 459/2019, de 14 de octubre de 2019. Esto supuso que la suspensión del recurrente en su cargo de parlamentario en el Parlamento de Cataluña comenzó el 9 de julio de 2018 y cesó el 14 de octubre de 2019. Ello, sin embargo, se entiende que no supone la pérdida sobrevenida del objeto del recurso, como se alegó por el Ministerio Fiscal, y así se razona en la sentencia (FJ 3), al considerarse que, en todo caso, durante ese tiempo la medida de suspensión acordada en aplicación del artículo 384 bis LECrim estuvo desplegando efectos y también porque la decisión de dejar sin efecto la medida cautelar tampoco vino a suponer la reparación por el propio órgano judicial de los derechos fundamentales que se invocan como vulnerados en amparo.

Al abordar ya en su FJ 6 la cuestión principal de la demanda respecto a si, en este caso concreto, la aplicación de mencionado precepto 384 bis LECrim ha vulnerado el artículo 23.2 CE, se realiza una remisión a la STC 11/2020. En este sentido, esta sentencia 171/2021 no aporta doctrina nueva sobre la cuestión, recogiendo lo ya dicho en pronunciamientos anteriores y sirviendo para consolidar un cuerpo doctrinal que, de nuevo,

se va a repetir en otros pronunciamientos posteriores que hemos citado en el apartado de resoluciones relacionadas.

El FJ 6, que es el central de la sentencia, se remite, como decimos, a lo dicho por la STC 11/2020. Se analizan las distintas alegaciones de la demanda por las que se considera que ha habido en este caso una indebida aplicación del artículo 384 bis que ha vulnerado sus derechos reconocidos en el artículo 23.2 CE, ello derivado de cuatro hechos: de que (i) el auto de procesamiento no puede considerarse como auto firme, (ii) de la inconveniente aplicación a las conductas imputadas al recurrente del tipo de rebelión, (iii) de la falta de concurrencia de la situación de prisión provisional, y (iv) del hecho de convertir la medida cautelar en una pena de inhabilitación anticipada inaplicando lo previsto en el artículo 25.1 a) del RPC.

La sentencia se va pronunciando sobre cada una de estas cuestiones, desestimándolas, si bien previamente advierte el Tribunal de sus límites respecto al control que puede hacer de la aplicación del artículo 384 bis, debido al automatismo de su aplicación, señalando que «En el caso del artículo 384 bis LECrim, la limitación del ejercicio del cargo público que implica la suspensión aparece indeclinablemente unida a la concurrencia de los presupuestos a los que la norma liga tal medida: el procesamiento firme y prisión provisional por razón de los delitos señalados en la norma. El control que puede realizar el Tribunal es meramente formal, verificando si las resoluciones judiciales que se impugnan constatan o no la concurrencia de los presupuestos procesales, con una fundamentación razonable».

Partiendo de esta premisa, el Tribunal va analizando las alegaciones de la demanda.

(i) La firmeza del auto de procesamiento

Respecto a la cuestión relativa a la falta de firmeza del auto de procesamiento, señala que

ya respondió el FJ 9 de la STC 11/2020, a cuya argumentación se hace remisión expresa. En aquel momento se dio por ajustada a la Constitución

la respuesta ofrecida por el Tribunal Supremo en relación con este extremo, considerándola suficiente, objetiva y razonable. Y el mismo juicio cabe formular en este caso, porque la argumentación del Tribunal Supremo es sustancialmente la misma, cuando considera que «en auto de fecha 26 de junio de 2018, desestimó los recursos interpuestos y confirmó el procesamiento por este delito de los encausados anteriormente señalados, ganando de este modo firmeza la resolución [...] Concretamente, en auto de fecha 3 de noviembre de 2017 se acordó la prisión provisional de Carles Puigdemont, Antonio Comín y Clara Ponsatí, adoptándose igual decisión respecto de Marta Rovira i Vergés en auto de 23 de marzo de 2018, pese a que tales procesados no se encuentren materialmente confinados todavía en ningún centro penitenciario al haber eludido la acción de la Justicia y haber buscado refugio en terceros países.

Señalado lo anterior, entiende el Tribunal, y así se reitera ahora,

que la naturaleza del auto de procesamiento, por un lado, y la propia medida cautelar de suspensión evidencia que la noción de firmeza que trata de hacer valer el recurrente en amparo no se adecúa a la característica de provisionalidad que es predicable del contenido de tales decisiones judiciales. La firmeza exigida por el art. 384 bis LECrim, no tiene el significado de invariabilidad material de la calificación jurídica que está en la base de la adopción de la medida cautelar, sino que equivale a imposibilidad formal de interponer recurso frente a ella. La STC 11/2020, de 28 de enero, lo expresa de este modo en su FJ 9: «La nota de provisionalidad, que define la medida prevista en el art. 384 bis LECrim, aparece también en los presupuestos procesales que determinan su vigencia: la situación de prisión provisional, medida caracterizada por su modificabilidad [por todas, STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3 a)] y la calificación jurídica expresada en la imputación precisa y formal en que el procesamiento consiste, susceptible de ser revisada durante todo el curso de la causa hasta el dictado de la sentencia firme (STC 27/2019, FJ 7, antes citada). En conclusión, la provisionalidad de la calificación jurídica contenida en el auto de procesamiento no contradice la noción de firmeza, en cuanto este concepto cobra todo su sentido al hacerse equivalente a inimpugnabilidad formal de tal resolución judicial, cuando contra ella no cabe recurso alguno, bien por haber dejado transcurrir el plazo para recurrir bien por haberse rechazado el último recurso disponible según la legislación procesal.

Por tanto, concluye el Tribunal que el auto de procesamiento era firme, y que ello justificaba la adopción de la medida cautelar.

(ii) Aplicación a las conductas imputadas al recurrente del tipo de rebelión

Respecto a la cuestión relativa a la inconveniente aplicación a las conductas imputadas al recurrente del tipo de rebelión, la sentencia se remite al fundamento jurídico 9 B) de la STC 11/2020, que se detiene en una queja equivalente a la que se plantea en el recurso de amparo que ahora nos ocupa.

En aquel caso, como en este, se cuestionaba que concurriese el presupuesto legal consistente en que el procesamiento y la prisión provisional tengan su causa en la imputación de un «delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes». Y en aquel pronunciamiento, que reitera ahora la sentencia, se concluye que la argumentación de las resoluciones impugnadas para justificar que efectivamente se habían cometido los delitos a que podía asociarse la imposición de la medida cautelar, había sido suficiente, razonada y razonable. Partiendo de que no se cuestiona la concurrencia de los extremos fácticos que sustentan las decisiones de procesamiento y de adopción de las medidas cautelares y de que no es posible pronunciarse sobre la calificación jurídica provisional de los hechos, al amparo del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), porque esto supondría adelantar un juicio que no corresponde realizar en este momento por resultar prematuro, es preciso concluir que la interpretación formulada por el Tribunal Supremo respecto de la expresión «individuos rebeldes» contenida en el art. 384 bis LECrim, supera el canon de control constitucional aplicable.

Respecto a la conexión de la aplicación del artículo 384 bis LECrim a los procesados por rebeldía, el auto de 10 de julio dice literalmente, y tras formular una remisión expresa a los pronunciamientos básicos del auto de fecha 9 de julio de 2018: «La medida de suspensión ha de afectar, precisa y exclusivamente, a los procesados y presos que lo hayan sido por aparecer –sin perjuicio de lo que resulte del juicio oral– como integrados o relacionados «con rebeldes», es decir, previa la «imputación formal y provisional de criminalidad» (STC 218/1989, fundamento jurídico 4) por delitos que conllevan «un desafío mismo a la esencia del Estado democrá-

tico» (STC 89/1993)». Y añade: «en lo que respecta a los supuestos para los que resulta aplicable la medida de suspensión, aun cuando el recurrente ha sido también declarado en rebeldía, la expresión rebeldes contenida en el artículo 384 bis de la LECrim hace referencia a los presuntos partícipes en un delito de rebelión, esto es, en los términos del Tribunal Constitucional anteriormente destacados, «previa la imputación formal y provisional de criminalidad, por delitos que conllevan un desafío mismo a la esencia del Estado democrático». En modo alguno se condiciona la aplicación de la medida al empleo de armas en la comisión del delito, cumpliéndose las exigencias normativas con la presunta satisfacción de los elementos típicos correspondientes a cada una de las figuras delictivas que el artículo 384 bis contempla».

Haciendo remisión expresa y completa al fundamento jurídico 9 B) de la STC 11/2020, y trayendo al enjuiciamiento presente el que se realizó entonces, el Tribunal concluye que «la argumentación empleada sobre este presupuesto legal, relativo a la causa o razón del procesamiento, respeta la literalidad de la norma y atiende a la naturaleza e importancia del delito en el contexto de cuya persecución se inserta esta medida provisional, delito que conlleva «un desafío mismo a la esencia del Estado democrático» (STC 71/1994, FJ 6), que era imputado a algunas de las personas que ostentaban los más altos cargos públicos en la Comunidad Autónoma de Cataluña y cuya lesividad ha sido destacada en múltiples resoluciones a las que se remite el propio Tribunal Supremo, lo que cumple con el canon constitucional que resulta aplicable».

(iii) Falta de concurrencia de la situación de prisión provisional

En relación con la falta de concurrencia de la situación de prisión provisional, la sentencia entiende que la interpretación del artículo 384 bis LECrim efectuada por el Tribunal Supremo en el auto de procesamiento de 10 de julio de 2019 es suficiente, razonada y razonable, ausente de quiebras lógicas, de arbitrariedad y de error.

El auto impugnado sostiene que

la ley no exige la materialización de la privación de libertad para la aplicación del precepto. La norma procesal es clara al establecer las exigencias para que opere la medida cautelar de una manera automática, exigiendo que se haya decretado la prisión provisional contra el procesado por rebeldía. El inciso último del artículo que se analiza no modifica el contenido sustantivo de los requisitos, resultando evidente que la concreta redacción de la acotación descansa en lo insólito que resulta que una persona procesada por un delito de rebelión, y que se encuentra en situación de rebeldía por haberse sustraído a la acción de la Justicia, eludiendo al tiempo la decisión de prisión, pueda pretender el ejercicio de funciones públicas en el ámbito de jurisdicción de nuestros Tribunales. No existe razón ninguna que justifique que puedan ejercer funciones públicas quienes se encuentran en la situación procesal contemplada en el artículo 384 bis. La situación de prisión a la que se refiere el art. 384 bis LECrim se refiere a la procesal, que en este caso ya está adoptada, no a la material, que no puede adoptarse ante la huida de los recurrentes de la acción de la justicia, pero la situación del acuerdo de prisión está adoptada. Cuestión distinta es que no pueda ejecutarse por la situación voluntaria de fuga de los recurrentes.

Y continúa:

Frente a lo que el recurrente sostiene la inexistencia de la materialización de la situación de prisión provocada por el propio recurrente no puede ser una situación planteada que pretenda beneficiarle por ser contradictio in terminis, por alegar una situación buscada de propósito, y que no es obstáculo para aplicar consecuencias relacionadas con una medida de prisión provisional, que el recurrente elude por no comparecer y ponerse a disposición del Tribunal. Pretender no aplicar el recurrente una medida ex lege del art. 384 bis LECrim por una obstrucción del mismo a su obligatoria comparecencia es un alegato que provoca un rechazo en sí mismo, por ser una auto obstaculización del recurrente a la orden judicial de comparecencia. En la literatura griega se llama Oxímoron, que consiste en usar dos conceptos de significado opuesto en una sola expresión, y ello es lo que ocurre con el recurso en este caso. La prisión preventiva es una situación procesal en los casos en los que, como el presente, no se han llevado a cabo por sustraerse el recurrente a la acción de la justicia. La situación de prisión conlleva una determinación automática de la suspensión del empleo o cargo público, y no optativa en su decisión del instructor. La *ratio essendi* de la norma está clara, porque, por un lado, el funcionario en prisión provisional no puede ostentar en ese periodo cargo público, sin perjuicio de su recuperación cuando se adopten la recuperación de su estatus, en su caso, por el instructor. Y es su

incomparecencia lo que, además, no permite modificar su situación procesal de prisión. Una cosa es la materialización física de la medida de prisión, y otra la situación procesal de la misma. Y el art. 384 bis LECrim no puede entenderse aplicable solo a los que se encuentran solo en prisión física y no procesal, y «en beneficio» de los que están en situación de rebeldía, ya que de ser así provocaría un beneficio la fuga y no ponerse a disposición del tribunal, y un perjuicio hacerlo. La norma no puede otorgar en este caso un distinto tratamiento en la medida de suspensión del cargo público.

Pues bien, de la lectura de los párrafos transcritos se deduce, para el Tribunal Constitucional, que la interpretación formulada por el Tribunal Supremo no puede ser tachada de arbitraria o errónea, y resulta razonable, porque coloca en idéntica posición, respecto de la medida cautelar de suspensión, a quienes han decidido sujetarse y a quienes han decidido sustraerse a la acción de la justicia, entrando los primeros en prisión para cumplir la medida preventiva vinculada a la suspensión y huyendo los segundos de esa eventualidad. Lo que no hubiera tenido sentido alguno, es negar esta aplicación equivalente, a través de una interpretación extravagante de la norma, colocando en mejor posición a quien no cumple la medida provisional de privación de libertad que a quien si lo hace. Como afirma el Ministerio Fiscal, el artículo 384 bis no puede entenderse como un precepto que distingue entre el preso provisional y el fugado, para favorecer al segundo cuando incumple su deber de sujeción al proceso. Lo que el artículo 384 bis LECrim establece es que la prisión provisional esté «decretada» y no que se haya materializado el ingreso en prisión, porque efectivamente se haya cumplido la orden.

(iv) Conversión de la medida cautelar en una pena de inhabilitación anticipada inaplicando lo previsto en el artículo 25.1 a) del RPC

Finalmente, respecto a que esta suspensión pretende convertirse en una pena de inhabilitación anticipada prescindiendo de lo dispuesto en el artículo 25.1 a) del RPC, el Tribunal se remite a lo dispuesto en el fundamento jurídico 7 de la STC 11/2020:

- a) El precepto legal no configura una suspensión del derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE en el sentido del art. 55 CE, en cualquiera

de sus dos apartados. Por el contrario, se engarza directamente en los derechos del art. 23.2 CE como derechos de configuración legal («los requisitos que señalen las leyes»), pues «[e]n definitiva, la regla enjuiciada no viene sino a prescribir, en negativo, uno de los “requisitos” para el mantenimiento en el ejercicio de una función o cargo público, concretamente el no encontrarse en situación de prisión provisional como consecuencia del procesamiento por delito por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes».

b) La medida en cuestión no es autónoma, sino que surge de la confluencia de dos factores: la situación de prisión provisional; y el procesamiento por delito cometido por persona integrada o relacionada «con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes».

(i) Respecto del primer elemento, se razona que la medida «se hace depender de algo que no es sino, materialmente, una suspensión del goce de la libertad personal». En efecto, la suspensión en el ejercicio de la función o cargo público solo tiene lugar una vez «decretada la prisión provisional», de tal modo que, además, aquella solo se mantiene «mientras dure la situación de prisión». Sin que el derecho a la libertad personal, como tal derecho fundamental, sea «suspendido», la situación de prisión provisional, legalmente acordada, implica una medida cautelar particularmente gravosa para uno de los derechos fundamentales más preciados de la persona.

(ii) Respecto del segundo, se dice: «no cabe [...] hacer abstracción de la naturaleza de los delitos en el contexto de cuya persecución esta medida se inserta. La medida de suspensión que enjuiciamos ha de afectar, precisa y exclusivamente, a los procesados y presos que lo hayan sido por aparecer –sin perjuicio de lo que resulte del juicio oral– como integrados o relacionados “con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”, es decir, previa la “imputación formal y provisional de criminalidad” (STC 218/1989, fundamento jurídico 4) por delitos que conllevan “un desafío mismo a la esencia del Estado democrático” (STC 89/1993, fundamento jurídico 3), tal como ha encontrado reflejo en el propio texto constitucional. La excepcional amenaza que esta actividad criminal conlleva para nuestro Estado democrático de Derecho justifica, sin duda, una medida provisional como lo es la prevista en el precepto impugnado, dirigida frente a quienes –sin perjuicio de lo que resulte del juicio oral– han sido objeto de un acto firme de procesamiento».

(iii) Finalmente, concluye reconociendo la legitimidad constitucional de la medida en función de la conjunción de estos dos elementos o factores. Y señala que «el supuesto contemplado en el art. 384 bis LECrim, por tanto, bien puede ser visto por el legislador, como inconciliable con la permanencia

del procesado por estos delitos en el desempeño de funciones o cargos públicos o, más sencillamente, como incompatible con la concesión de cualquier permiso de salida de prisión para la eventual realización de actos concretos que supongan ejercicio de tal función o cargo». El requisito negativo de no hallarse en situación de prisión provisional por aquellos delitos es «una condición, en suma, cuya legitimidad y proporcionalidad no la hace contraria al contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 23.2 CE».

A partir de lo expuesto, la STC 97/2020, de 21 de julio, que el Tribunal considera plenamente aplicable en todos sus argumentos al supuesto actual, especifica que ni el artículo 384 bis LECrim establece sanción o pena alguna, ni su aplicación ha deparado la condena del recurrente, porque el precepto legal no es norma punitiva, sino «establecedora de una medida provisional vinculada, de manera inmediata y necesaria, a otras previas –procesamiento firme y prisión provisional– adoptadas por la autoridad judicial» [FJ 5 B)]. Pero tampoco ha sufrido el recurrente daño alguno en el derecho fundamental que invoca por haber sido tratado como culpable en las resoluciones impugnadas ni por conllevar tal trato, objetivamente, la propia disposición que impuso su suspensión como diputado. De un lado porque el artículo 384 bis LECrim es de aplicación inmediata y necesaria cuando concurren los presupuestos en él fijados, y de otro porque las resoluciones impugnadas no hacen sino verificar el cumplimiento de dichos presupuestos [STC 97/2020, FJ 5 C)]. De todo lo cual, cabe deducir que no ha habido ninguna infracción del artículo 25 del RPC, ya que la norma penal se aplica al margen del mismo.

III. CONCLUSIONES

De la doctrina expuesta se pueden extraer las siguientes conclusiones de interés desde el punto de vista parlamentario, dejando al margen las que se refieren a cuestiones de tipo procesal o penal respecto a la aplicación de los tipos delictivos.

La primera, y como ya quedó tempranamente dicho por la STC 71/1994 la aplicación del artículo 384 bis LECrim a los parlamentarios,

si concurren los requisitos exigidos por el precepto, no supone una vulneración de sus derechos representativos reconocidos en el artículo 23.2 CE. El paso del tiempo desde ese inicial pronunciamiento y los nuevos casos producidos, no han hecho variar esta conclusión, sino que la han reafirmado.

Ello es así por las siguientes razones. Los derechos reconocidos en el artículo 23 no son absolutos sino de configuración legal, sujetos a los límites legales que se establezcan. La permanencia en el cargo solo se da mientras no aparezcan elementos o circunstancias, previstos legalmente, que hagan decaer este derecho. Pues bien, el artículo 384 bis LECrim es uno de estos supuestos que ahora forman parte de la configuración legal del artículo 23.2 CE.

Existe una causa, que casi se puede considerar de tipo ético o moral, que justifica una medida como la contemplada en el artículo 384 LECrim por la que se suspende el ejercicio del cargo parlamentario. Repugna o resulta inconciliable con los valores públicos que alguien condenado por alguno de estos delitos que atentan a los pilares del sistema constitucional y político, ejerza un cargo público. Una imputación formal y provisional de criminalidad por delitos que conllevan «un desafío mismo a la esencia del Estado democrático», como es el de rebelión, justifica por sí solo la adopción de la medida provisional. Es decir, en la causa de aplicación del artículo 384 bis LECrim hay un reproche de tipo moral, que parte del principio indiscutible de la ejemplaridad que ha de tener quien ejerce un cargo público y de la contradicción en que se incurre, si quien combate el orden constitucional, ejerce un cargo dentro de ese orden. La palabra usada por la sentencia es «insólito». Resultaría insólito «que una persona procesada por un delito de rebelión, y que se encuentra en situación de rebeldía por haberse sustraído a la acción de la Justicia, eludiendo al tiempo la decisión de prisión, pueda pretender el ejercicio de funciones públicas en el ámbito de jurisdicción de nuestros Tribunales». La conclusión tajante, que podría servir para resumir toda la sentencia, es que «No existe razón ninguna que justifique que puedan ejercer funciones

públicas quienes se encuentran en la situación procesal contemplada en el artículo 384 bis».

A la vez, hay un indiscutible interés en preservar nuestro orden constitucional frente a la amenaza que supondría para ese orden que alguien condenado por uno de esos delitos que atentan a la esencia del Estado, pudiera salir de prisión para ejercer un cargo público.

Además, se considera que esta medida de suspensión, dada su naturaleza cautelar y provisional, es proporcionada, porque no supone una pena de inhabilitación permanente ni una privación definitiva del cargo público, sino que éste es recuperable en cuanto se alce la medida o se dicta la absolución. Que después esto suceda o no, dependerá de la conducta del procesado.

La medida es también proporcionada porque no impide que, mientras el diputado esté suspendido, otro pueda ejercer sus funciones, si así se prevé esta solución en los reglamentos parlamentarios. Sin embargo, como se ha señalado, la ausencia de un mecanismo de sustitución de los parlamentarios suspendidos provoca inevitablemente una alteración en la composición de la Cámara tal y como surgió de las urnas, lo que puede acabar incidiendo a la postre en la conformación de la voluntad popular (Gómez Corona, 2020, p. 201).

Así, en el caso que nos ocupa, el RPC, no prevé ningún mecanismo de sustitución. Se tuvo que adoptar un acuerdo *ad hoc* del Pleno que permitiera la sustitución durante un tiempo indefinido de los seis diputados suspendidos de sus funciones por el juez Llarena, entre los cuales se encontraba el aquí recurrente. La cuestión fue polémica, en el sentido de si tal acuerdo debía adoptarse por el Pleno por mayoría simple o mayoría absoluta. Finalmente, se decidió que fuera por mayoría simple, según el criterio del Secretario General de la Cámara que, de esta forma, corregía el criterio del Letrado Mayor del Parlament, que había advertido que el acuerdo necesitaba mayoría absoluta (El País, 2018).

El dictamen aprobado en la Comisión del Estatuto de los Diputados, que se sometió al Pleno, acordaba que «mientras dure la situación jurídica actual y no se resuelvan los recursos presentados por sus defensas,

los derechos parlamentarios de los diputados podrán ser ejercidos por el miembro de su grupo parlamentario que los interesados designen».

Otra conclusión importante, a nuestro juicio, es la prevalencia de la norma criminal frente a la norma parlamentaria. Como dice el Tribunal, el artículo 384 bis LECrim desplaza al artículo 25 del RPC que no puede considerarse ley especial frente a la norma procesal penal y menos si la contradice. Ya vimos que el artículo 25 prevé la participación de la Comisión del Estatuto del Diputado y del Pleno para acordar la suspensión. La doctrina que se establece en esta sentencia, con apoyo en las anteriores, proclama el automatismo en la aplicación del artículo 384 bis LECrim, sin dejar margen alguno en su aplicación a ningún órgano parlamentario, más allá de la estricta verificación de la concurrencia de sus presupuestos procesales. Un artículo como el 25 del Reglamento catalán, que exige que la suspensión acordada por el órgano judicial sea dictaminada por una comisión y aprobada por el pleno, es incompatible con el automatismo del 384 bis. Lo mismo ocurrió en el Senado cuando se planteó la suspensión de Romeva, poniéndose de manifiesto la laguna del Reglamento sobre esta cuestión, ya que solo prevé la suspensión respecto a senadores a los que se les haya concedido previamente suplicatorio. Se concluyó que el artículo 384 bis ha de operar automáticamente, aunque el Reglamento no prevea este supuesto de suspensión respecto a senadores a los que no se les concedió suplicatorio (20 minutos, 2019).

Para el Tribunal, aunque la medida opere automáticamente, ello no es desproporcionado, porque la proporcionalidad de la medida se cohonesto con la gravedad de los hechos y, más aún, en el caso concreto de este amparo, dada las circunstancias específicas que rodeaban al recurrente, en posición de rebeldía procesal, siendo claro de nuevo el principio de que nadie puede alegar a su favor la propia culpa o torpeza («*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*»). Quien infringe la norma, estando en fuga, no puede pretender sacar de la situación ilegal (la fuga), un beneficio (la no aplicación de la medida de suspensión).

La figura griega del oxímoron que el propio Tribunal Constitucional utiliza para describir el caso, nos ha de servir para concluir este comen-

tario. El oxímoron es una *contradictio in terminis* o un absurdo. A una palabra se le aplica un epíteto que parece contradecirla, por ejemplo un oxímoron es «luz oscura». En este caso, aunque el Tribunal no formule expresamente el oxímoron, éste podría ser «diputado rebelde». Ambos términos resultan contradictorios, nunca podría ejercer de diputado un procesado por rebeldía.

BIBLIOGRAFÍA

- GÓMEZ CORONA, E. (2020). La suspensión del mandato parlamentario y sus consecuencias a la luz de las últimas experiencias. *Revista de Estudios Políticos*, 190, 199-226.
- SHAPIRO, M. (2004). *On Law, Politics, and Judicialization*. Nueva York: Oxford University Press.
- EL PAÍS, 2 de octubre de 2018, Los letrados allanan el camino para sustituir a los seis diputados. https://elpais.com/ccaa/2018/10/01/catalunya/1538418387_709105.html
- 20 MINUTOS, 29 de mayo de 2019, La Mesa del Senado suspende al parlamentario preso de ERC Raül Romeva, <https://www.20minutos.es/noticia/3655186/0/suspension-romeva-senador-letrados-concluyen-resulta-indudable-aplicacion-ley/>

LA 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*

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

* Enlace para consultar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de febrero de 2015 en el Asunto C-658/19: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C%2CT%2CF&num=C-658/19>.

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.

Resoluciones relacionadas: STJUE de 8 de julio de 2019, C-543/17; STJUE de 16 de julio de 2020, C-549/18; STJUE de 16 de julio de 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 medi-

das 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 comuniquen 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 procedimiento 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.

LISTADO DE COLABORADORES*

MANUEL ALBA NAVARRO

FRANCISCO JAVIER RUIZ BURSÓN

ISABEL MARÍA ABELLÁN MATESANZ

ESTHER DE ALBA BASTARRECHEA

ALEJANDRO RASTROLLO RIPOLLÉS

MARÍA GARROTE DE MARCOS

JESÚS MARÍA GONZÁLEZ GARCÍA

M. ^a TERESA GONZÁLEZ ESCUDERO

ANDREA GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS

M. ^a ISABEL ÁLVAREZ VÉLEZ

PALOMA MARTÍNEZ SANTA MARÍA

IGNACIO NAVARRO MEJÍA

* La afiliación institucional de los autores de los trabajos aquí recopilados se corresponde con la reflejada en el momento de su publicación original en la *Revista de las Cortes Generales*.

