

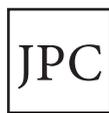
AÑO 2020

JPC

Cuadernos de
JURISPRUDENCIA PARLAMENTARIA COMENTADA



CORTES GENERALES



Cuadernos de

JURISPRUDENCIA PARLAMENTARIA COMENTADA

AÑO 2020



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 Gráficas Muriel, 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**

EQUIPO EDITORIAL

Presidenta:

Meritxell Batet Lamaña

Vicepresidente:

Ander Gil García

Consejo de Honor:

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

Consejo Asesor:

Manuel Alba Navarro
Cortes Generales

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 Lusitana

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>

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 Cavero Gómez. *Letrado Mayor-Secretario General del Senado*

Director de Redacción:

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

Secretaría Técnico-Administrativa:

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

ÍNDICE

Límites de los decretos-leyes. La «extraordinaria y urgente necesidad» como presupuesto habilitante. Legitimidad del decreto-ley para regular una materia reglamentaria. Modificación de normas tributarias por decreto-ley. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2020, de 28 de enero. Recurso de inconstitucionalidad núm. 2208-2019. (BOE núm. 52, de 29 de febrero de 2020) 15

ISABEL MARÍA ABELLÁN MATESANZ

La suspensión de la investidura del candidato a Presidente en prisión provisional y derecho de representación y acceso a los cargos públicos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 23/2020, de 13 de febrero. Recurso de amparo núm. 3807-2018. (BOE núm. 59, de 9 de marzo de 2020)..... 29

SARA SIEIRA MUCIENTES

La interpretación del artículo 23 de la Constitución y el contenido del derecho a votar: una revisión. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2020, de 29 de junio. Recurso de amparo núm. 4167-2017. (BOE núm. 207, de 31 de julio de 2020) 47

MANUEL FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES

Razonada inadmisión de una pregunta parlamentaria oral que no versaba sobre la acción de gobierno sino sobre la financiación del partido político al que pertenecía su Presidente. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2020, de 29 de junio. Recurso de amparo núm. 4869-2018. (BOE núm. 207, de 31 de julio de 2020)..... 61

FERNANDO CASTILLO LÓPEZ

La vulneración del derecho al ejercicio de las funciones representativas de los parlamentarios como consecuencia de la no convocatoria de sesiones o la no inclusión de nuevos puntos en sus órdenes del día. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2020, de 19 de noviembre. Recurso de amparo núm. 5084-2017. (BOE núm. 332, de 22 de diciembre de 2020) 75

LUIS MOLINA MORENO

El conflicto entre el Tribunal Constitucional Federal Alemán y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sala Segunda [Bundesverfassungsgericht, Zweiten Senats], 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, de 5 de mayo de 2020..... 85

ANTONIO BAR CENDÓN

Listado de colaboradores115

LÍMITES DE LOS DECRETOS-LEYES. LA «EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD» COMO PRESUPUESTO HABILITANTE. LEGITIMIDAD DEL DECRETO-LEY PARA REGULAR UNA MATERIA REGLAMENTARIA. MODIFICACIÓN DE NORMAS TRIBUTARIAS POR DECRETO-LEY. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 14/2020, DE 28 DE ENERO. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 2208-2019. (BOE NÚM. 52, DE 29 DE FEBRERO DE 2020)*

ISABEL MARÍA ABELLÁN MATESANZ

Letrada de las Cortes Generales

<https://orcid.org/0000-0002-6616-1101>

RESUMEN

El Tribunal Constitucional declara inconstitucionales y nulas las disposiciones adicionales primera y tercera del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, por considerar, respecto de la primera (medidas para promover la oferta de vivienda en alquiler), que no se justifica la necesidad de acudir a un decreto-ley para la adopción de unas medidas para cuya puesta en práctica no se aprecia, en principio, la exigencia de contar con la habilitación de una norma con rango de ley; y, respecto de la disposición adicional tercera (convenios en materia de infraestructuras), que la justificación ofrecida no resulta suficiente para desplazar la potestad legislativa de las Cortes Generales (art. 66.2 CE), al

* Enlace a la STC 14/2020, de 28 de enero: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-2941>.

no guardar la necesaria relación de conexión de sentido con la situación de extraordinaria y urgente necesidad previamente definida. Confirma el Alto Tribunal la constitucionalidad del citado real decreto-ley en todas las demás disposiciones, inclusive en las que suponen la modificación de las leyes de dos impuestos especiales: el impuesto sobre bienes inmuebles y el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, recurso de inconstitucionalidad, decreto-ley, extraordinaria y urgente necesidad, normas tributarias, potestad reglamentaria.

Artículos clave: arts. 31.1 y 86.1 CE.

Resoluciones relacionadas: STC 29/1982, de 31 de mayo, STC 60/1986, de 20 de mayo, STC 182/1997, de 28 de octubre, STC 189/2005, de 7 julio, STC 19/2012, de 15 de febrero, STC 73/2017, de 8 de junio, y STC 61/2018, de 7 junio.

I. ANTECEDENTES

La sentencia que se analiza trae causa del recurso interpuesto por ciento dos diputados del Grupo Parlamentario Popular contra el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

El citado recurso viene a impugnar, por un lado, todo el real decreto-ley en su conjunto, por entender que no respeta el presupuesto habilitante requerido por el artículo 86.1 CE (*la extraordinaria y urgente necesidad*); y, por otro, determinados preceptos de aquel, modificativos de distintas normas (la Ley sobre Propiedad Horizontal, la Ley de Enjuiciamiento Civil) o destinados a la adopción de medidas para promover la oferta de viviendas en alquiler y a los convenios en materia de infraestructuras; preceptos que, en el criterio de los recurrentes, o bien

no cumplen la *conexión de sentido* que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ligado al presupuesto habilitante del artículo 86.1, o bien *afectan a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I* (específicamente, al deber de contribuir del artículo 31.1 CE), contraviniendo con ello el mandato constitucional.

De este modo, son varias las cuestiones que se ve obligado a analizar el Tribunal Constitucional en el recurso que concluye con la sentencia que se comenta y que analizaremos en apartados separados en la presente exégesis:

- a) El presupuesto habilitante de los decretos-leyes.
- b) Los límites materiales del decreto-ley y la posibilidad de modificar por decreto-ley las normas tributarias.
- c) La legitimidad del decreto-ley para regular una materia reglamentaria.

Sobre todas estas cuestiones ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en sentencias previas a esta que se analiza, que pasa a unirse a las ya emitidas con anterioridad y cuyos fundamentos, en lo esencial, reitera, con la novedad principal de contener un pronunciamiento expreso sobre la posibilidad de modificar, por la vía del decreto-ley, las leyes que regulan el impuesto sobre bienes inmuebles y el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

II. COMENTARIO

1. El presupuesto habilitante de los decretos-leyes: la situación del mercado de la vivienda como extraordinaria y urgente necesidad

En su sentencia 14/2020, de 28 de enero, el Tribunal Constitucional –que se declara *ab initio* competente para comprobar la adecuación a la Constitución de los decretos-leyes, reconociendo, no obstante, que su actuación debe ceñirse a realizar un control *externo*, estrictamente jurídico, de la norma cuestionada, sin que pueda extenderse al juicio

político o de oportunidad— comienza recordando cuál es el presupuesto habilitante de esta norma, definido en el artículo 86.1 de la Constitución como *extraordinaria y urgente necesidad* y aquilatado por su máximo intérprete, en su ya lejana y conocidísima STC 29/1982, de 31 de mayo —cuya doctrina se ha reiterado en numerosas sentencias posteriores, entre otras, en las SSTC 19/2012, de 15 de febrero y 61/2018, de 7 junio, por citar dos recientes—, en un doble sentido:

- El Gobierno, para aprobar un decreto-ley, ha de hacer una definición *explícita y razonada* de la situación concurrente que legitima la actuación del Ejecutivo en sustitución del Parlamento, obviando la tramitación de la norma con todas las garantías que el trámite parlamentario supone.
- Además, ha de existir una *conexión de sentido* entre la situación definida como *extraordinaria y urgente* y las medidas concretas que en el decreto-ley se adopten por considerarlas necesarias para intervenir en dicha situación.

A partir de esta doble acotación del presupuesto habilitante, pasa el Tribunal Constitucional a examinar la concurrencia de ambas exigencias en la norma impugnada, el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

Comenzando por la primera de las circunstancias mencionadas, la definición explícita y razonada de la situación extraordinaria y urgente que obliga al Gobierno a acudir a una norma excepcional, como es el decreto-ley, para corregir dicha situación, recuerda el Alto Tribunal, citando su reiterada jurisprudencia, que la justificación de la situación de extraordinaria y urgente necesidad se puede contener en la exposición de motivos de la norma, en el debate parlamentario de convalidación y, en su caso, en el expediente de elaboración del decreto-ley; tras lo cual, pasa a examinar, en cada uno de estos elementos enumerados, las razones que justifican la aprobación del Real Decreto-ley 7/2019, que se impugna.

Así, acude el Tribunal Constitucional, en primer término, a revisar la exposición de motivos del real decreto-ley en cuestión, en la que se esgrimen cinco razones justificativas; a saber:

1. La situación de vulnerabilidad económica de familias y hogares que destinan más del 40 por ciento de sus ingresos al pago del alquiler.
2. El incremento de los precios del alquiler, motivado, entre otros factores, por el fenómeno del alquiler turístico de viviendas, especialmente sensible en determinadas zonas del territorio nacional.
3. La escasez del parque de vivienda social, que ofrece cobertura a menos del 2,5 por ciento de los hogares.
4. El aumento del número de desahucios vinculados a los contratos de alquiler, que contrasta con la reducción progresiva de lanzamientos derivados de ejecuciones hipotecarias.
5. Las deficiencias en materia de accesibilidad en el ámbito de la vivienda; deficiencias que sufren diariamente personas con discapacidad y movilidad reducida, en un contexto demográfico marcado por el progresivo y alarmante envejecimiento de la población.

Estas mismas razones se manejan en el debate parlamentario de convalidación del real decreto-ley impugnado ante la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados, en el que el ministro de Fomento asumió la defensa de la política de vivienda del Gobierno, apostando por la regulación, a través de este instrumento normativo, de sus aspectos fundamentales, entre otros, el de su acceso; como también, en términos casi idénticos, figuran estos motivos en la memoria del análisis de impacto normativo que se integra en el expediente, en la que, además, se hace referencia a otras opciones barajadas por el Gobierno para llevar a cabo la pretendida modificación del mercado de la vivienda (aprobación de diversos proyectos de ley sectoriales, tramitación de un único proyecto de ley específico), desterrados, básicamente, por la conveniencia de que las distintas reformas se contuvieran en un único instrumento normativo y por la *extraordinaria y urgente necesidad* para acometer dichas reformas, lo que justificaba plenamente —a su juicio— el uso de la figura del decreto-ley.

Llama la atención que no se haya planteado en este último documento, como una opción que podía ser considerada por el Gobierno, la tramitación de una iniciativa legislativa a través del procedimiento de urgencia; una opción eficaz para el fin perseguido, en la medida en que

hubiera concluido con la adopción de una ley formal, aprobada por el órgano de representación popular a través de unos trámites con todas las garantías (publicidad, deliberación, etc.), con intervención de las dos Cámaras y en un plazo, por mor del acortamiento de los plazos, mucho más breve que el ordinario, que no hubiese distado mucho en el tiempo del que requiere un decreto-ley.

En cuanto a la segunda de las circunstancias exigidas por el Tribunal Constitucional para el presupuesto habilitante de los decretos-leyes, la *conexión de sentido* entre la situación definida y las medidas que en el decreto-ley se adopten, del examen de las circunstancias referidas, ampliamente justificadas por el Gobierno, así como del examen de conjunto del contenido del real decreto-ley recurrido, concluye el órgano revisor la homogeneidad de las reformas en él contenidas, referidas todas ellas a vivienda y que persiguen, como se decía en la memoria del análisis de impacto normativo, un *efecto coordinado y complementario*, por lo que la situación descrita puede ser considerada, a juicio del Alto Tribunal, de *extraordinaria y urgente necesidad*, y, por tanto, legitimadora del recurso, por parte del Gobierno, al decreto-ley como figura normativa para regular la situación de un mercado como el de la vivienda, caracterizado por la existencia de numerosas familias sin vivienda en propiedad, que destinan gran parte de sus ingresos a pagar un alquiler, con escasez de oferta, elevados precios, deficiente accesibilidad para una población envejecida; un mercado en el que se quiere intervenir, por estas razones, de *extraordinaria necesidad*, a la mayor *urgencia*.

El argumento de la congruencia de sentido vuelve a esgrimirse en el examen de la disposición adicional tercera del real decreto-ley impugnado, relativo a los «Convenios en materia de infraestructuras», cuya justificación, deslizada ya en la memoria del análisis de impacto normativo, *no es directamente perceptible ni, desde luego, instantánea o inmediata, de modo que no se justifica el desplazamiento de la potestad legislativa de las Cortes Generales (art. 66.2 CE) al no guardar la necesaria relación de conexión de sentido con la situación de extraordinaria y urgente necesidad*

previamente definida; lo que lleva al Alto Tribunal a declarar inconstitucional y nula dicha disposición.

Antes de abordar el examen de las otras dos cuestiones de interés que presenta la sentencia, que se corresponden con los otros dos apartados del presente comentario indicados al inicio, y, para terminar con lo que se refiere a la procedencia del decreto-ley como instrumento normativo apto para regular la materia en cuestión, es preciso señalar dos datos más de interés en este punto:

- El primero, que los recurrentes no discuten en ningún momento la existencia de las circunstancias del mercado de la vivienda antes enumeradas, pero sí les niegan relevancia suficiente para justificar la regulación de esta materia por un decreto-ley. Pero insiste el Tribunal Constitucional en que esta es una valoración esencialmente política; se trata de una ordenación de prioridades de actuación que a él no le corresponde enjuiciar y, en tanto que respeten los preceptos y principios constitucionales que condicionan la aprobación de esa clase de normas, el decreto-ley –al igual que la ley– es un instrumento que puede ser utilizado lícitamente para atender a situaciones singulares, como es el caso de la descrita.
- El segundo, que advierte el Tribunal Constitucional que, cuando se recurre el real decreto-ley en su conjunto –como es el caso–, no es posible aislar uno por uno los motivos invocados por el Gobierno para, desacreditándolos individualmente, concluir que no existe una situación de las características exigidas (*extraordinaria y urgente necesidad*). En estos casos, la perspectiva ha de ser de conjunto y, desde esta aproximación, la situación descrita por el Gobierno se mantiene dentro de los márgenes de apreciación que deben reconocérsele para hacer uso de la potestad legislativa excepcional del artículo 86.1 CE y revertir o corregir la situación con más rapidez que permite la ley formal aprobada por las Cortes Generales.

Confirmada, pues, la concurrencia del presupuesto habilitante que legitima el uso del decreto-ley para regular la materia del mercado de la vivienda y el alquiler, pasa el Tribunal Constitucional a examinar, una

a una y de forma separada, las distintas reformas que introduce el real decreto-ley en cuestión, y que se corresponden con los distintos preceptos impugnados.

Sin detallar en este resumen todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por el Alto Tribunal, que concluyen la conformidad con la Constitución de los distintos artículos del real decreto-ley impugnado (específicamente, el artículo 2, que modifica la Ley sobre Propiedad Horizontal; el artículo 3, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la disposición adicional segunda, que contiene el sistema de índices de referencia del precio del alquiler), sí es preciso, en cambio, profundizar en las razones que el máximo intérprete de nuestra norma suprema considera para, por un lado, declarar la constitucionalidad de los artículos 4 y 5 del real decreto-ley impugnado, que modifican leyes tributarias, y, por otro, en sentido contrario, declarar inconstitucional la disposición adicional primera de dicho real decreto-ley, por referirse a cuestiones que no requieren de una norma con rango de ley para su regulación. (La disposición adicional tercera, a la que ya se ha hecho referencia anteriormente, también es declarada nula por el Tribunal Constitucional, pero por falta de conexión con la situación de extraordinaria y urgente necesidad definida por el Gobierno, cuestión de la que se ha hecho mención previa, por lo que no requiere más comentario).

2. Los límites materiales del decreto-ley y la posibilidad de modificar por decreto-ley las normas tributarias: la ley del impuesto de bienes inmuebles y la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

La posibilidad de que, vía decreto-ley, se modifiquen leyes tributarias —que, por tanto, tienen que ver con el deber reconocido en el artículo 31 de nuestra Constitución de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica de cada uno— es una cuestión ya tratada en diversas ocasiones por el Alto Tribunal, quien, a partir de la doctrina de la «modificación sustancial», ha ido precisando,

respecto de distintos tributos, qué podía y qué no podía ser objeto de regulación por esta norma excepcional.

Recordemos que, de acuerdo con esta doctrina del Tribunal Constitucional, el decreto-ley no tiene vedada cualquier modificación que afecte a normas tributarias, sino solamente aquellas que, *por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere[n] sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario, para lo cual es preciso tener en cuenta, en cada caso, en qué tributo concreto incide el decreto-ley –constatando su naturaleza, estructura y la función que cumple dentro del conjunto del sistema tributario, así como el grado o medida en que interviene el principio de capacidad económica–, qué elementos del mismo –esenciales o no– resultan alterados por este excepcional modo de producción normativa y, en fin, cuál es la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate* (STC 73/2017, de 8 de junio).

En aplicación con estas premisas, el Tribunal ha considerado, hasta la fecha, excluidas del ámbito del decreto-ley las modificaciones sustanciales del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), por tratarse de *uno de los pilares estructurales de nuestro sistema tributario*, y del impuesto sobre sociedades, así como del impuesto sobre la renta de no residentes como *apéndice o complemento* de los anteriores (SSTC 182/1997, de 28 de octubre; 189/2005, de 7 de julio, y 19/2012, de 15 de febrero).

La decisión contraria se ha impuesto, en cambio, respecto del tipo de gravamen de los impuestos especiales sobre el consumo (STC 137/2003, de 3 de julio, en relación con el impuesto sobre determinados medios de transporte, y STC 108/2004, de 30 de junio, para el impuesto especial sobre el alcohol y bebidas derivadas), o respecto de la reducción de la base imponible para determinadas adquisiciones gravadas por el impuesto de sucesiones y donaciones, puesto que estos impuestos, lejos de configurarse como un tributo global sobre la renta o sobre el consumo, *se limitan a gravar una manifestación concreta de capacidad económica, sin repercutir sensiblemente en el criterio de reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes* (STC 189/2005, de 7 de julio).

Pues bien, en el caso del real decreto-ley ahora impugnado, su regulación incide sobre dos impuestos especiales: sobre el impuesto sobre bienes inmuebles (artículo 4), en la medida en que exceptúa de la obligación de repercutir la cuota a los entes públicos cuando sean arrendadores de una vivienda en régimen de renta limitada y en cuanto que habilita a los entes locales a establecer una bonificación del 95 por ciento de la cuota para bienes inmuebles destinados a alquiler con renta limitada; y el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (artículo 5), porque declara exentos del pago de dicho impuesto, en sus tres modalidades, a los arrendamientos de vivienda para uso estable y permanente.

Reconoce el Tribunal Constitucional que los referidos impuestos son pilares estructurales del sistema tributario; no obstante, a juicio del órgano enjuiciador, las modificaciones realizadas por los preceptos impugnados *no son de alcance general, ni alteran sustancialmente la posición de los contribuyentes frente a esos impuestos ni en el conjunto del sistema tributario, sino que se limitan a introducir correcciones parciales en la forma de tributar operaciones singulares de entre las muchas que quedan sujetas a los impuestos afectados, que son concretamente aquellas que se quieren proteger por el real decreto-ley: el alquiler de viviendas. Y en el caso del IBI, además, no todas ellas, sino solo las de renta limitada.*

Correcciones parciales y operaciones singulares; estos son los conceptos que maneja, pues, el Tribunal Constitucional para negar la equiparación de estas modificaciones a otras tales como la elevación del tipo de gravamen del IRPF (STC 182/1997), o de su base imponible (STC 189/2005), o a las regularizaciones extraordinarias, a tipo reducido y sin recargos ni sanciones, de los impuestos sobre la renta de personas físicas y jurídicas (STC 73/2017); y, consecuentemente, para desestimar el motivo de recurso, declarando que las modificaciones que en este punto realiza el real decreto-ley impugnado respetan los límites materiales establecidos por el artículo 86.1 CE, porque no *afectan* al contenido esencial del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos establecido para todos los ciudadanos en el artículo 31.1 CE, sino que, por el contrario,

recaen dentro del ámbito de las modificaciones tributarias permitidas siguiendo la jurisprudencia constitucional expuesta.

3. *La legitimidad del decreto-ley para regular una materia reglamentaria*

El último aspecto que merece atención de la sentencia que se analiza es la argumentación que se esgrime en cuanto a la posibilidad o no de que un decreto-ley regule materias que no están reservadas a la ley y que, por tanto, pueden ser objeto de regulación a través de normas inferiores, como son los reglamentos.

Este problema se plantea en relación con la disposición adicional primera del real decreto-ley impugnado, destinada a poner en marcha una serie de medidas para dinamizar la oferta de la vivienda de alquiler, tales como la movilización de suelo público, la reorientación del Plan Estatal de Vivienda o los acuerdos entre Administraciones con el fin de agilizar las licencias urbanísticas.

Ninguna de estas materias, que no son de ejecución inmediata –la disociación entre la inmediatez de la modificación normativa y la inmediatez de sus efectos ha sido admitida por el Tribunal Constitucional, en función de la naturaleza y complejidad de las medidas adoptadas para hacer frente a la situación de urgencia–, necesita de una norma con rango de ley para su adopción, ni depende de la eficacia *ad extra* de este tipo de norma, ni requiere la cobertura de un presupuesto legal habilitante.

Se plantea entonces la cuestión medular: aun cuando no se requiera una ley para adoptar este tipo de medidas, ¿es posible utilizarla legítimamente? A esta pregunta da respuesta el Tribunal Constitucional en la sentencia que da lugar a nuestro comentario, siguiendo precedentes de otras anteriores.

Ciertamente, como el propio Tribunal Constitucional ha reiterado, no existen en la Constitución de 1978 reservas de reglamento –a diferencia de lo que ocurre con la ley–, lo cual implica que, en principio, a la ley le está permitida la regulación de cualesquiera materias.

Pero ocurre que el decreto-ley no es una ley en sentido formal: tiene su fuerza obligatoria, pero, en cuanto que norma aprobada por el Gobierno,

su uso está estrictamente circunscrito por la Constitución de 1978 a la concurrencia de unas determinadas circunstancias –de nuevo la *extraordinaria y urgente necesidad* como presupuesto habilitante–; dicho de otro modo, aun cuando a esta norma excepcional que es el decreto-ley se le reconoce la aptitud para abordar una regulación que podría haberse incluido en una norma reglamentaria, este reconocimiento está sujeto a un condicionamiento, señalado por el propio Tribunal Constitucional, precisamente atendiendo a la excepcionalidad de la norma: *siempre que la exigencia de sistematicidad en la regulación de la materia haga aconsejable su regulación conjunta a través del decreto-ley*; se trata, otra vez, del argumento de la congruencia y la conexión sistemática de la materia regulada.

En esta línea de argumentación, el máximo intérprete de nuestra norma fundamental ha ido más allá, declarando que la utilización del decreto-ley solamente será constitucionalmente legítima si la norma reglamentaria no permite dar la respuesta urgente que requiere la situación que según el Gobierno es preciso resolver. Es decir, que cuando se trata de utilizar un decreto-ley para ordenar una materia que antes era regulada por normas reglamentarias, el empleo de ese instituto normativo debe justificarse por el Gobierno, sobre quien pesa la obligación de razonar por qué la regulación de la materia en cuestión requiere la elevación de rango normativo.

Volviendo al caso de las medidas contenidas en la disposición adicional primera, no consta ninguna justificación del Gobierno –ni siquiera la de la conveniencia de una regulación conjunta o completa– acerca de la necesidad de acudir a una norma excepcional, como es el decreto-ley, cuyo uso está estrictamente determinado por una extraordinaria y urgente necesidad, para la adopción de unas medidas que no tienen alcance general ni proyectan una eficacia *ad extra*, sino que parecen dirigirse hacia el ámbito interno de la Administración (modificaciones del Plan Estatal de Vivienda, firma de acuerdos con otras Administraciones), y para cuya puesta en práctica no se aprecia la exigencia de contar con la habilitación de una norma con rango de ley.

Sin esa justificación, el uso de la figura del decreto-ley para dar respuesta normativa en una materia que puede ser objeto de regulación reglamentaria resulta contrario a los requisitos establecidos por el artículo 86.1 CE.

III. CONCLUSIONES

La Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2020, de 28 de enero, reproduce en lo esencial la doctrina sobre los decretos-leyes (presupuesto habilitante, límites materiales, etc.), sentada ya en aquella lejana Sentencia 29/1982, de 31 de mayo, que se ha ido repitiendo y ampliando en sentencias posteriores, hasta culminar en esta de 2020.

De las varias reflexiones que nos surgen al hilo del análisis de dicha sentencia, la primera es la constante presión que se ejerce desde el Poder Ejecutivo para ir ampliando el ámbito acotado constitucionalmente para el decreto-ley. No cabe ninguna duda de que la voluntad del constituyente de 1978 fue restrictiva respecto del uso de esta figura normativa –excepcional porque tiene la fuerza de la ley pero no emana del órgano soberano que es representante de la voluntad popular, sino del Gobierno–, como tampoco cabe duda de su intención de asegurar el respeto a la posición de centralidad que debe corresponder al Parlamento en un Estado democrático.

Pero, por mucho rechazo que nos pueda causar la imagen de un Ejecutivo legislador a partir de una potestad propia como es la del decreto-ley, lo cierto es que, en la práctica, se ha acabado admitiendo casi con naturalidad que el Ejecutivo haga uso de esta figura normativa cuando aprecie –juicio de oportunidad, político, que no jurídico– que tiene que adoptar una medida urgente que requiere fuerza de ley, entendiéndose que casi cualquier urgencia permite acudir a esta figura de adopción rápida frente a la lentitud que supone una tramitación parlamentaria completa, con olvido, incluso, de que existe también un trámite legislativo de urgencia, cuyo plazo puede no ser mayor que el que requiere la

adopción de un decreto-ley. En la pugna, pues, entre la opción rápida y eficaz y la garantista pero lenta, la balanza se inclina ante la primera.

De hecho, el decreto-ley es una facultad extraordinaria que se acerca más de lo debido –quizá más por su facilidad de uso que por su utilidad– a una práctica gubernamental ordinaria o normal, en detrimento de la potestad de legislar que, en exclusiva, corresponde al Parlamento, quien se convierte en esta práctica, *a posteriori*, en un órgano legitimador y, solo en cierta medida, corrector o limitador –ni siquiera controlador– de la actuación previa del Ejecutivo.

Por otro lado, en esta misma línea de expansión del decreto-ley, los límites materiales determinados en la Constitución se han ido flexibilizando o matizando, como lo prueba el hecho de que el Tribunal Constitucional haya admitido regulaciones por decreto-ley tanto de materias tributarias como de materias que podían haber sido normadas por reglamentos; ciertamente, con muchas limitaciones (solo cuando el decreto-ley no modifique sustancialmente el régimen impositivo, en el primer caso; por razones de regulación sistemática y con justificación expresa, en el segundo), pero tales regulaciones se han considerado constitucionales y lícitas. Es el caso de las modificaciones introducidas por este Real Decreto-ley 14/2020 en el impuesto sobre bienes inmuebles y en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, impuestos que, por vez primera, han sido sometidos a juicio de constitucionalidad desde la perspectiva del decreto-ley.

Esto nos lleva a la tercera reflexión que nos merece esta sentencia, que no es otra que apreciar los constantes equilibrios que ha de hacer el Alto Tribunal para ir delimitando, cada vez con mayor claridad, el círculo jurídico del decreto-ley y para, sin rechazar de plano su uso en ámbitos en los que podría considerarse discutible –porque ello es prácticamente inviable en una sociedad que requiere en numerosas ocasiones de soluciones normativas rápidas, con vinculación general, con eficacia *ad extra* y con efectos inmediatos–, sí, al menos, corregir los excesos sin forzar el texto de nuestra carta magna.

LA SUSPENSIÓN DE LA INVESTIDURA DEL CANDIDATO A PRESIDENTE EN PRISIÓN PROVISIONAL Y DERECHO DE REPRESENTACIÓN Y ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 23/2020, DE 13 DE FEBRERO. RECURSO DE AMPARO NÚM. 3807-2018.
(BOE NÚM. 59, DE 9 DE MARZO DE 2020)*

SARA SIEIRA MUCIENTES

Letrada de las Cortes Generales

<https://orcid.org/0000-0002-0595-6832>

RESUMEN

La sentencia supone una contribución adicional en la jurisprudencia del derecho al acceso a cargos públicos del artículo 23.2 de la CE y un buen resumen de la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el enjuiciamiento de la prisión provisional del candidato a presidente como límite al ejercicio del derecho de representación política y confirma la doctrina de la presencia física e intermediación del candidato en la sesión de investidura, imprescindible para preservar la correcta formación de la voluntad de la cámara llamada a otorgarle su confianza, que impide la realización de una investidura por medios telemáticos. No obstante, tras la necesaria adaptación de los procedimientos parlamentarios de nuestro entorno a la situación provocada por el COVID-19, podrá ampliarse la jurisprudencia respecto de otros actos parlamentarios no presenciales.

* Enlace a la STC 23/2020, de 13 de febrero: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3348.

Palabras clave: investidura, presidente, comunidad autónoma, prisión provisional, principio de proporcionalidad, ponderación, representación política, derecho de acceso a los cargos públicos, inviolabilidad, suspensión de la sesión, independencia de Cataluña, investidura telemática, actos parlamentarios no presenciales, COVID-19.

Artículos clave: art. 23 CE.

Resoluciones relacionadas: STC 155/2019, de 28 de noviembre; 4/2020, de 15 de enero; 37/2020, de 25 de febrero; 19/2019, de 12 de febrero, y 45/2019, de 27 de marzo; ATC 5/2018, de 27 de enero, y 6/2020, de 30 de enero, y Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 459/2019, de 14 de octubre.

I. ANTECEDENTES

A raíz de la celebración del referéndum relativo a la independencia unilateral de Cataluña respecto del Estado de 1 de octubre de 2017, se inició un proceso penal contra los líderes del proceso independentista catalán por los delitos de rebelión, sedición, malversación de caudales públicos y desobediencia, dictándose contra ellos diversas medidas cautelares. Ello determinó que, en el caso concreto de Puigdemont, Sánchez i Picanyol y Turull, habiendo sido proclamados candidatos a la Presidencia de la Generalitat de Cataluña, el primero, encontrándose en el extranjero para no comparecer ante la Justicia; el segundo, hasta en dos ocasiones, estando en prisión provisional, y, el tercero, estando en libertad bajo fianza, la autoridad judicial no autorizase su presencia (física o por medios telemáticos) en la sesión plenaria de su investidura, que, en consecuencia, fue suspendida.

El Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional dispuso la prisión provisional comunicada y sin fianza para Junqueras, Forn y Sánchez i Picanyol, por Auto de 16 de octubre de 2017, resultando esta medida cautelar confirmada por el magistrado instructor de la causa

ante el Tribunal Supremo, por Auto de 4 de diciembre, confirmado por Auto de 5 de enero de 2018 de la Sala de Recursos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (en adelante, TS). Tras las elecciones convocadas en aplicación del artículo 155 de la CE, el presidente del Parlamento de Cataluña propuso como candidato para la investidura a Puigdemont, anterior presidente de la Generalitat, investigado en la misma causa especial que el resto de los líderes del *procés* y que se encontraba fuera del territorio nacional. Se convocó la sesión de investidura el 30 de enero de 2018, mediante Resoluciones de 22 y 25 de enero de 2018, las cuales fueron impugnadas por el Gobierno por la vía del artículo 161.2 de la CE (y cautelarmente suspendidas mediante ATC 5/2018, de 27 de enero, que fue declarado inmediatamente ejecutivo y ratificado poco después por ATC 6/2018, de 30 de enero), dando lugar a la STC 19/2019, de 19 de marzo, que las declaró inconstitucionales y nulas, pues el candidato, huido de la justicia, no podía comparecer personalmente ante la Cámara para exponer su programa político y obtener la confianza de esta, perspectiva que se impuso también en la STC 45/2019, de 27 de marzo, en la que se declaró, a instancia del presidente del Gobierno, la inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 2/2018, de 8 de mayo, de modificación de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalitat y del Gobierno, en cuanto preveía que el Pleno pudiese autorizar una investidura telemática a las reuniones telemáticas, sin contemplar estas con carácter excepcional y tasado.

Ante la imposibilidad de investir a Puigdemont, el 6 de marzo, Sànchez fue propuesto como candidato a la Presidencia de la Generalitat, por lo que ese mismo día solicitó de nuevo su libertad provisional y, subsidiariamente, que se le otorgase un permiso penitenciario para acudir a su sesión de investidura convocada el 12 de marzo, petición que fue denegada por Auto de 9 de marzo de 2018, confirmado por Auto de 17 de abril de 2018. Entonces Sànchez se dirigió al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas denunciando la negativa judicial a autorizar su participación en el debate de investidura. El Comité, el 23 de marzo de 2018, solicitó al Reino de España que adoptase todas las medidas necesarias para asegurar que el Sr. Sànchez i Picanyol pudiera ejercer sus derechos

políticos de conformidad con el art. 25 del PIDCP, mientras la denuncia se resolvía, especificando que ello no significaba la admisión de la queja ni una anticipación de la decisión sobre el fondo. Por otra parte, los Autos de 9 de marzo y de 17 de abril fueron recurridos por Sànchez en amparo, dando lugar a la STC 4/2020, de 15 de enero, desestimatoria.

Ante la imposibilidad de esta investidura y tras la renuncia de Sànchez a su candidatura, el 21 de marzo de 2018 el presidente del Parlamento propuso como candidato a la Presidencia de la Generalitat a Turull, convocando sesión plenaria para el debate de investidura el 22 de marzo. Turull, investigado en la misma causa especial, estaba en libertad bajo fianza. El día anterior a dicha sesión, el 21 de marzo, se dictó auto de procesamiento contra Turull. El 22 se celebró el debate, Turull tuvo ocasión de exponer su programa y se produjo la primera votación, sin que arrojase una mayoría absoluta en favor del candidato, por lo que procedía efectuar una segunda votación que quedó convocada para el día 24. Pero el día antes, por Auto de 23 de marzo, el magistrado instructor acordó la prisión provisional comunicada y sin fianza de Turull. El pleno del Parlament se constituyó el 24 de marzo, siendo suspendido al inicio por encontrarse el candidato en prisión provisional. El 28 de marzo Turull recurrió en apelación el auto de prisión del 23, por vulneración de su derecho de participación política al haberse privado de libertad a un candidato propuesto a la Presidencia en mitad del proceso de investidura, que fue desestimado el 17 de mayo de 2018 por la Sala de Recursos del Tribunal Supremo. Agotada la vía previa, Turull interpuso recurso de amparo contra dichos autos que se resolvió en sentido desestimatorio, por STC 37/2020, de 25 de febrero.

Por segunda vez, el día 9 de abril de 2018, fue propuesto Sànchez como candidato a la Presidencia de la Generalitat, volviendo al día siguiente a solicitar su libertad provisional o, subsidiariamente, que se le otorgase permiso penitenciario para acudir al pleno de investidura, o bien se le autorizase a participar en él mediante videoconferencia, ofreciéndose a desplazarse, a tal efecto, al lugar determinado por el instructor. Mediante Auto de 12 de abril de 2018, fueron nuevamente denegadas dichas peticiones, y, en consecuencia, fue asimismo suspendida la sesión

del Pleno del Parlamento. Apelada la decisión, fue confirmada el 18 de junio de 2018. Ambos autos, de 12 de abril y 18 de junio, fueron recurridos en amparo dando lugar a la presente STC 23/2020, de 13 de febrero, cuyo comentario se aborda en estas páginas.

II. COMENTARIO

La STC 23/2020 constituye un buen exponente de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en relación con el derecho de participación política y de acceso a los cargos públicos para la relevante función representativa y ejecutiva de presidir una comunidad autónoma (artículo 23.2 de la Constitución) cuando este derecho fundamental de configuración legal entra en conflicto con el interés constitucionalmente relevante que persigue la prisión provisional impuesta sobre el candidato como medida cautelar, en este caso, para conjurar el peligro de reiteración delictiva (art. 503 LECrim).

1. Requisitos de admisibilidad

1.1. Invocación temprana y agotamiento de la vía previa

Al tratarse de un amparo directo contra resoluciones judiciales, el artículo 44 de la LOTC precisa el agotamiento de la vía previa e invocación temprana del derecho fundamental vulnerado. El partido político VOX, personado en la causa, alegaba no haberse interpuesto el incidente de nulidad de actuaciones *ex art. 241 de la LOPJ*, frente al auto confirmatorio de 18 de junio. El Alto Tribunal, con cita de las SSTC 50/2019, de 9 de abril, FJ 2 a) y 155/2019, de 28 de noviembre, FJ 4, señala que, tras el agotamiento de la cadena de recursos, *ya no es necesario que el recurrente reitere la queja a través de un incidente de nulidad*. Entiende, asimismo, la STC 23/2020 cumplida también la previa invocación del derecho del art. 23 CE, que se hizo valer como motivo de apelación de la decisión inicial denegatoria del 12 de abril.

En cambio, la alegada vulneración del derecho a un juez imparcial, vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la

CE), por la utilización por parte del instructor, al referir los hechos imputados, de expresiones como la *estrategia que sufrimos* (en el FJ 5 del Auto de 12 de abril de 2018), y que el demandante considera que exteriorizan un juicio previo sobre su culpabilidad, al presentarse como *víctima de los hechos que investiga*, no cumple con el carácter subsidiario del amparo, puesto que no se intentó previamente la recusación del magistrado instructor, incidente que, además, hubiera podido plantearse en sucesivas instancias en virtud del art. 228.3 de la LOPJ (SSTC 129/2018, 130/2018 y 131/2018, FFJJ 6 y 7).

1.2. La especial trascendencia constitucional

En relación con el requisito exigido por el art. 49.1 de la LOTC, el Alto Tribunal se remite al análisis efectuado en las SSTC 155/2019 (FJ 20) y 3 y 4/2020 (FJ 4) (García de Enterría, 2020). La *conexión mediata entre el contenido del derecho de representación política parlamentaria y la previsión legal de permisos penitenciarios, dota objetivamente de especial trascendencia constitucional a la cuestión planteada en este recurso* (STC 4/2020, FJ 4). Por ello, se concluye en la STC 23/2020, FJ 2, que *la proporcionalidad de las decisiones denegatorias cuestionadas, o el hecho de que la privación cautelar de libertad que se cuestiona pueda suponer la vulneración de derechos de contenido político* justifican, objetivamente [SSTC 143/2011, FJ 2, y 1/2019, FJ 2 c)], la especial trascendencia constitucional del presente recurso. En suma, la incidencia del mantenimiento de la prisión provisional sobre el derecho fundamental de representación política debe ser valorada por el juzgador caso a caso, aplicando el principio de proporcionalidad en función de las circunstancias concurrentes.

2. Metodología del análisis de la argumentación jurídica (I). Fin legítimo: la prisión provisional como límite al derecho de acceso a los cargos públicos, versus inviolabilidad parlamentaria

De acuerdo con lo establecido en la STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6, el derecho a acceder, mantenerse y desempeñar los cargos públicos representativos no es incondicionado o absoluto, sino que *es, por el*

contrario, un derecho delimitado en su contenido, tanto por su naturaleza como por su función. El legislador puede regularlo e imponer limitaciones y restricciones a su ejercicio, y también los órganos judiciales. Sin embargo, en este último caso, la jurisprudencia constitucional exige que *los límites o restricciones que pueden sufrir los derechos fundamentales han de estar previstas por la ley, han de responder a un fin constitucionalmente legítimo, han de ser adoptadas mediante resolución judicial especialmente motivada, y, en fin, no han de manifestarse desproporcionadas en relación con la finalidad perseguida por ellas* (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6; 11/2006, de 16 de enero, FJ 2, y 96/2012, de 7 de mayo, FJ 7).

Respecto del fin legítimo, se viene a confirmar la doctrina, establecida en la STC 4/2020, de 15 de enero, FFJJ 4 a 6, cuyo precedente se encuentra en la STC 3/2020, de 15 de enero, ya que la solicitud de autorización para asistir a la sesión de investidura relativa a esta segunda ocasión se produjo un mes después de la petición que motivó aquellas sentencias. En ellas se concluyó (García de Enterría, 2020) que el derecho de representación política del parlamentario electo no constituye, en sí mismo, obstáculo alguno para la imposición y mantenimiento de la prisión provisional, cuando se dan las condiciones constitucionales y legales que la hacen legítima, con cita de la STEDH de 20 de noviembre de 2018, asunto Selahattin Demirtas c. Turquía, § 231. Por tanto, las resoluciones judiciales cuestionadas en el presente proceso de amparo no son fuente directa de las limitaciones de los derechos fundamentales invocados, sino que estas derivan de una previa y legítima situación de prisión provisional, para evitar el riesgo de reiteración delictiva, como finalidad legítima, legal y expresamente prevista.

El recurrente oponía a tal razonamiento que la concurrencia de riesgo de reiteración delictiva, es *imposible «física o constitucionalmente»*, *dado que su eventual alocución ante la cámara está protegida por la inviolabilidad parlamentaria.* El Tribunal Supremo considera la inviolabilidad como causa de exclusión de la antijuridicidad, lo que coincide con el concepto francés de irresponsabilidad o inmunidad de fondo (Cantos, 2017: 223).

Pues bien, puesto que la inviolabilidad cubre todas aquellas actuaciones encaminadas a la lícita formación de la voluntad de la Cámara (STC 9/1990), esta alegación no fue, a mi juicio, suficientemente considerada por el Tribunal, ni en esta sentencia ni en ninguna de sus antecedentes, y tampoco los votos particulares se han detenido en esta cuestión. Las prerrogativas parlamentarias y, en concreto, la inviolabilidad, nacieron para proteger la libre discusión en el Parlamento como conformadora de la voluntad popular, pero hoy su justificación es más difícil porque *al Parlamento no se va a debatir y a buscar puntos de encuentro sino a explicar a la opinión pública la postura adoptada por el partido en cada cuestión* (Catalá, 2018: 5), y, además, actualmente, hemos visto invocada la inviolabilidad como causa de justificación de la desobediencia a sentencias de los tribunales (Lucas, 2020: 137). Por ello, el Tribunal Constitucional pierde aquí una significativa ocasión para verter una argumentación en la dirección que sí apuntará posteriormente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su Sentencia 459/2019, de 14 de octubre (causa especial núm. 3/20907/2017), frente a la invocación de la inviolabilidad por parte de la que fuera presidenta del Parlament, Carme Forcadell: *El acto parlamentario que se aparta de su genuina funcionalidad y se convierte en el vehículo para desobedecer lo resuelto por el Tribunal Constitucional no es un acto amparado por el derecho, no es un acto que pueda cobijarse bajo la prerrogativa constitucional de inviolabilidad (...) No existe barrera de protección frente al ejercicio de la acción penal cuando ésta se promueve por hechos delictivos que nada tienen que ver con el estatuto personal del parlamentario y con las prerrogativas que hacen posible la emisión de su voto en libertad.*

3. Metodología del análisis de la argumentación jurídica (II). La especial motivación de las resoluciones judiciales restrictivas de derechos: el principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, metodología cuyo origen se encuentra en el realismo jurídico norteamericano, constituye una técnica de control de los actos de los poderes públicos con incidencia en los derechos,

para que, en definitiva, la consecución de los intereses públicos no se haga a costa de aquellos, sino que se alcance un equilibrio mediante un proceso de ponderación en que se respeten tres principios sucesivos: i) Idoneidad: que la intervención sea adecuada para alcanzar el fin que se propone; ii) Necesidad: que la intervención sea imprescindible, en tanto no quepa una medida alternativa menos gravosa, y iii) Proporcionalidad en sentido estricto: que no comporte en ningún caso un sacrificio excesivo para el derecho en cuestión, o que no implique, *de facto*, su vaciamiento –es decir, en definitiva, que no implique el quebrantamiento del contenido esencial del derecho fundamental–.

La sentencia que comentamos se remite a su precedente inmediato, la STC 4/2020, que en su FJ 6 a) concluyó que *el magistrado instructor del Tribunal Supremo (...) ha considerado que la concesión del permiso extraordinario solicitado con la finalidad de asistir al pleno del Parlamento de Cataluña a exponer su programa de gobierno, debatirlo y someter a votación su propia investidura como presidente de la Generalitat, es incompatible con el objeto de la prisión provisional decretada, dada la necesidad de evitar una actualización del riesgo de reiteración delictiva* (García de Enterría, 2020). Esta apreciación fue confirmada por la Sala de Recursos del TS, que insistió en que lo determinante no era que el recurrente mantuviese su aspiración de que Cataluña alcanzase la independencia, sino *la perseverancia en el modo ilegal con el que ese designio se pretende lograr* (según recogió la STC 155/2019, de 28 de noviembre, FJ 3).

El *balancing process* (en la terminología de la Corte Suprema de los Estados Unidos) resultante entre derecho de representación política y prisión provisional por la aplicación del principio de proporcionalidad concluye, así, en la «incompatibilidad» entre la prisión provisional y el derecho de representación política. No lo vieron así, en cambio, los tres firmantes del voto particular de la STC 23/2020 (magistrados Xiol Ríos, Valdés Dal-Ré y Balaguer Castejón), concordante con los existentes en las SSTC 155/2019, 3/2020 y 4/2020, para los que se hubiera considerado procedente estimar el recurso y anular las resoluciones judiciales impugnadas por no haber realizado un adecuado juicio de proporcionalidad,

aunque ello no hubiera podido suponer más que el reconocimiento del derecho fundamental vulnerado, puesto que las sesiones parlamentarias de referencia ya habían sido celebradas. Argumentan que debiera haberse ponderado la posibilidad de adoptar cautelas adicionales de control en la conducción del demandante a la sede del Parlament, pues, en el momento en que el permiso se solicitaba, persistía aún la aplicación del art. 155 de la CE en Cataluña, por lo que *la competencia en materia de seguridad y orden público, en la que se residenciaba la responsabilidad última de que no se produjera ninguna otra conducta de reiteración delictiva que se intentaba prevenir denegando la salida del centro penitenciario solicitada, dependía de manera directa e incontrovertible del Gobierno de la Nación*. No existían, adicionalmente, con carácter previo a denegar la solicitud informes técnicos sobre la viabilidad o no de esa conducción, dando, sin más, *por supuesto que iban a producirse graves alteraciones de la convivencia ciudadana*, y sin considerar la posibilidad de revocación del desplazamiento si surgían indicios objetivos de una actualización del riesgo de reiteración delictiva.

Tampoco, a juicio de los magistrados que suscribieron el voto particular, aparecía clara la ponderación del factor de que el recurrente ya no estaba desempeñando su anterior cargo como máximo responsable de la Asamblea Nacional Catalana, ni existía ya en aquel momento una connivencia de dicha entidad con el Ejecutivo de Cataluña o con su Parlamento, por lo que el acto parlamentario para el que se solicitaba autorización no parece que resultara adecuado para la eventual reiteración de las conductas como presidente de la ANC por las que estaba siendo investigado.

4. La sobrevenida prisión provisional del candidato a presidente tras el inicio de la sesión para su investidura: la STC 37/2020, de 25 de febrero

Mención importante, en relación con la suspensión de una sesión parlamentaria de investidura de quien es sometido a una medida cautelar de prisión provisional acordada durante el desarrollo de dicha sesión, merece la STC 37/2020, de 25 de febrero, respecto de la candidatura de Turull,

que estaba en libertad bajo fianza y fue propuesto como candidato el 21 de marzo de 2018 (su caso se ha explicado más arriba, en los antecedentes). La alegación principal se produjo en relación con la presunción de inocencia y la aplicación anticipada del art. 384 bis de la LECrim, puesto que aún no era firme su procesamiento por delito de rebelión¹. A este respecto, el demandante citó la referencia a una autorización precedente, que un tribunal penal había concedido en 1987 para que un preso preventivo investigado por delito de terrorismo pudiera defender su propia investidura en el Parlamento del País Vasco. El Tribunal Constitucional no considera dentro del ámbito de su jurisdicción el efectuar juicios de intenciones, entendiéndose, no obstante, que la resolución del instructor está extensamente fundada como para resultar súbitamente improvisada el día en que fue dictada. Pero llama la atención que no se dedique ni una sola argumentación de la sentencia ni de los votos particulares (valoración que sí incluía la resolución judicial de instancia) a analizar el caso de Juan Carlos Yoldi, miembro de ETA en prisión preventiva, que solicitó y obtuvo un permiso penitenciario en 1987 para defender su candidatura a *lehendakari*, llegando a la sede del Parlamento Vasco mediante conducción policial. Este análisis es sin duda pertinente desde la óptica del principio de igualdad (artículo 14 de la CE) en relación con la necesaria modulación de la prisión provisional. En este sentido, hubiera resultado conveniente una comparativa entre los delitos que a Yoldi se le imputaban (pertenencia a banda armada y depósito de armas), que no era previsible poder reiterar, en el caso de este candidato a *lehendakari*, desde la tribuna de oradores del Parlamento, con los delitos imputados a Turull (rebelión, sedición), en relación con el posible contenido de su alocución parlamentaria en torno a la consecución de la independencia de Cataluña por una vía extrajurídica.

La STC 37/2020 (FJ 13) valoró *que el magistrado instructor permitió que el Parlamento de Cataluña habilitase los instrumentos precisos para que*

¹ La jurisprudencia en torno a la aplicación del 384 bis de la LECrim a los líderes del *procés* ha avanzado recientemente con la STC 97/2020, de 21 de julio.

los parlamentarios investigados que se encuentran en situación de prisión provisional, pudieran delegar su voto, si la mesa de la Cámara no encontraba motivo alguno para oponerse a ello (auto de 12 de enero de 2018), por lo que no cabe calificar de desproporcionada la injerencia de la prisión provisional en el derecho del art. 23.2 de la CE, ni argumentar que las resoluciones judiciales impugnadas no hayan satisfecho las exigencias ponderativas propias del art. 23.2 CE. En cambio, los tres magistrados firmantes del voto particular anteriormente citado consideraron que el contenido esencial del derecho de representación política no se respetó, sino que, por razones similares a las expuestas en su voto a la STC 23/2020, las decisiones adoptadas por el magistrado-instructor y por la sala de recursos maximizaron el control sobre los riesgos de reiteración delictiva a través del sometimiento a los recurrentes a un control prácticamente absoluto mediante la privación de libertad. Puede decirse, pues, que el derecho de representación política de los recurrentes se veía anulado. Consideraron que también, en este caso, hubiera debido estimarse el amparo y retrotraer las actuaciones para que la Sala de Recursos realizase una nueva valoración completando el juicio de proporcionalidad ponderando los elementos señalados, sin que la sentencia estimatoria que hubiera debido producirse pudiera ir más allá de una mera declaración del derecho conculcado, al haberse producido una resolución condenatoria (Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 459/2019, de 14 de octubre) que puso fin a la situación de libertad provisional².

5. La negativa a autorizar una sesión de investidura del candidato a presidente en prisión provisional por medios telemáticos

Con relación a esta cuestión planteada por Sánchez el 10 de abril de 2018, la STC 23/2020 en su FJ 5 se remite a su propia respuesta dada a Puigdemont en el ATC 55/2018, de 22 de mayo, teniendo en cuenta que el Tribunal había acordado cautelarmente la suspensión de cual-

² Similares términos, tanto de motivación como en lo relativo al voto particular, pueden encontrarse en la STC 9/2020, de 28 de enero.

quier sesión de investidura que no fuera presencial (ATC 5/2018, de 27 de enero, que fue declarado inmediatamente ejecutivo, y fue ratificado poco después por ATC 6/2018, de 30 de enero), y a las SSTC 19/2019, de 12 de febrero, FFJJ 4 y 6, y 45/2019, de 27 de marzo, FJ 4, en las que se estableció que *la naturaleza parlamentaria del debate de investidura del presidente de la Generalitat, y la propia configuración del procedimiento para su designación, exigen que el candidato comparezca de forma presencial ante la cámara. (...) «[1] a celebración de este debate en ausencia del candidato privaría a este procedimiento de los elementos necesarios para que pudiera cumplir su finalidad –aportar a la cámara elementos de juicio necesarios para que pueda valorar si el candidato merece o no su confianza, afectando, así, al correcto ejercicio de la función representativa, al derecho de los diputados a ejercer su cargo público y al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes, reconocido en el artículo 23.1 CE (Martínez Santamaría, 2020).*

III. CONCLUSIONES

Como primera conclusión práctica, cabe apuntar unas consideraciones sobre la suspensión de las sesiones plenarias de investidura en virtud de la prohibición contenida en el Auto del Tribunal Constitucional 5/2018. Pues bien, la suspensión de la sesión plenaria no se recoge en España en los reglamentos parlamentarios, pero sí es una institución típica y regulada en el Parlamento británico (Erskine May, 2019: parágrafo 17.20). No obstante, estamos ante una suspensión especial, en virtud de mandato judicial, lo que abre no pocos interrogantes. En el Parlamento de Cataluña, en la presente legislatura, existen sesiones que, una vez convocadas, han quedado indefinidamente suspendidas por imperativo del Tribunal Constitucional y no «levantadas», por lo que el orden del día no ha podido considerarse tramitado o cerrado para su ejecución. Ello no comportará consecuencia alguna al final de la legislatura, en que se dispone, en general, la caducidad de los trabajos parlamentarios, máxime si se tiene en cuenta que, dada la investidura del *president* Quim Torra,

concluida en el pleno del 11 y 14 de mayo de 2018 (BOPC n.º 75, de 11 de mayo), podrían considerarse decaídas las iniciativas anteriores. No obstante, imaginemos que dicha investidura no se hubiera producido y que la prisión provisional se hubiera levantado para alguno de los candidatos en el transcurso del plazo de cinco meses (art. 161.2 de la CE) en que el Tribunal Constitucional debía ratificar o levantar la suspensión de la primera sesión de investidura –que determinó, recordemos, la suspensión de las sucesivas que pretendiesen realizarse por medios telemáticos–. Creo que sería posible afirmar que la sesión, debidamente convocada en su momento, hubiera podido celebrarse hasta completar los procedimientos parlamentarios correspondientes a la investidura de un candidato ya no sujeto a medida cautelar alguna.

El Informe de los servicios jurídicos del Parlamento de Cataluña sobre los términos legales y estatutarios relativos a la investidura del presidente de la Generalitat de Cataluña, en relación con la suspensión de la sesión plenaria de 30 de enero de 2018, apunta una serie de claves interesantes en lo referente a esta suspensión cautelar impuesta por el Tribunal Constitucional en el tantas veces citado ATC 5/2018, de 27 de enero. Según este informe, dicha suspensión no puede considerarse, en virtud de la doctrina del acto equivalente del Dictamen 1985/2003, de 26 de junio, del Consejo de Estado, ni como una investidura fallida, ni como una primera votación sobre el candidato, a efectos de poner en marcha la cuenta atrás para la disolución anticipada del Parlamento (dos meses, a tenor del artículo 67.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña). De hecho, considera el informe, dado que la suspensión cautelar a instancia del Gobierno de la convocatoria de la sesión plenaria del 30 de enero de 2018, para investir a Puigdemont –y de todas las investiduras que se pudieran producir telemáticamente en el futuro (Martínez Santamaría, 2020: 1)– debía ser, por imperativo constitucional, confirmada o levantada en el plazo máximo de cinco meses (161.2 de la CE), sostener que el plazo de dos meses para la disolución automática comenzase a contar a partir de la suspensión cautelar de la sesión plenaria por parte del Tribunal Constitucional perjudicaría irremediabilmente el derecho de

participación política de todos los parlamentarios catalanes (art. 23 de la CE), por producir una disolución anticipada en un supuesto no previsto normativamente. Sin embargo, también, con buen criterio, el informe plantea la solución de que, habida cuenta de que el bloqueo institucional por ausencia de candidato no puede prolongarse *sine die*, pueda corresponder al presidente del Parlamento, en tiempo prudencial, la función de declarar la imposibilidad de proponer un candidato que pueda suscitar la confianza de la Cámara, hipótesis, esta sí, según la mencionada doctrina del acto equivalente, válida para disolverla anticipadamente y convocar elecciones. Este es, de hecho, uno de los escenarios que se están barajando en el momento de escribir estas reflexiones, tras la inhabilitación del *president* Quim Torra por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2020 (Recuso de Casación 203/2020).

En otro orden de consideraciones, evidenciar la inconstitucionalidad de la suspensión de la sesión parlamentaria de investidura del candidato a presidente de una comunidad autónoma en prisión provisional, por no poderse encontrar acomodo al derecho de representación política en un permiso penitenciario o en el empleo de medios telemáticos, dada la importancia basilar que tiene dicho derecho en la configuración del Estado democrático, a mi juicio, hubiera exigido un mayor rigor argumental y una más cuidadosa aplicación del principio de proporcionalidad. Como señala el voto particular, ello no hubiera significado más allá de un reconocimiento testimonial del derecho conculcado; simplemente, se habría traducido en una nueva oportunidad para los órganos judiciales de instancia de ponderar aspectos que fueron pasados por alto y cuyo esclarecimiento hubiera contribuido a una más adecuada construcción de los límites del derecho de representación política en tan extremas circunstancias.

Finalmente, la prohibición de una investidura presidencial telemática no cierra el paso a la ampliación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de otros actos parlamentarios no presenciales, que han resultado ser numerosos, tanto en el Parlamento español como en el británico y en otros de nuestro entorno, a raíz de la pandemia del

COVID-19 (Tudela Aranda, 2020). Ello ha comportado una suerte de matización de la función simbólica de la sede física del parlamento a la que se refiere la STC 19/2020, de 12 de febrero, FJ 5, como *lugar en el que el sujeto inmaterial que es el pueblo se hace presente ante la ciudadanía como unidad de imputación y se evidencia la centralidad de esta institución*. Dicha jurisprudencia, sin duda, profundizará en el análisis de la excepción a la imprescindible presencialidad en el ejercicio de las funciones representativas en caso de fuerza mayor, sentada en el ATC 5/2018 y las SSTC 19/2019 y 45/2019.

BIBLIOGRAFÍA

- CANTOS PADILLA, I. (2017). El estatuto del parlamentario en la Constitución francesa de 1958. Comentario y análisis comparativo con el estatuto del parlamentario español en el régimen constitucional de 1978. *Revista de Derecho Político*, 98, pp. 189-236.
- CATALÀ I BAS, A. (2018). La prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria de nuevo en la encrucijada: entre su reafirmación o su desvirtuación. *Revista General de Derecho Constitucional*, 27, pp. 1-32.
- ERSKINE MAY, T. (2019). *A Treatise upon the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*. Recuperado de <https://erskinemay.parliament.uk>
- GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS, A. (2020). La prisión provisional como límite del derecho al ejercicio de los cargos públicos representativos. *Revista de las Cortes Generales*, 109, pp. 613-628.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (2020). Las garantías parlamentarias en la experiencia constitucional española. *Revista de las Cortes Generales*, 108, pp. 131-175.
- MARTÍNEZ SANTA MARÍA, P. (2019). Justicia preventiva ante riesgos constitucionales. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 5/2018, de 27 de enero. Impugnación de disposiciones autonómicas

núm. 492-2018. (BOE núm. 46, de 21 de febrero de 2018). *Revista de las Cortes Generales*, 107, pp. 575-590.

MARTÍNEZ SANTA MARÍA, P. (2019). Las investiduras no presenciales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2019, de 12 de febrero. Impugnación de disposiciones autonómicas núm. 492-2018. (BOE núm. 67, de 19 de marzo de 2019). *Revista de las Cortes Generales*, 107, pp. 561-573.

SERVICIOS JURÍDICOS DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA. *Informe jurídico sobre los términos legales y estatutarios relativos a la investidura del Presidente de la Generalitat de Cataluña en relación con la suspensión de la sesión plenaria de 30 de enero de 2018* (inédito).

TUDELA ARANDA, J. (ed.) (2020). El Parlamento ante la COVID-19. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, monografía 8. Recuperado de https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/monografia_8_junio_2020_1.pdf

LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTENIDO DEL DERECHO A VOTAR: UNA REVISIÓN. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 66/2020, DE 29 DE JUNIO. RECURSO DE AMPARO NÚM. 4167-2017.
(BOE NÚM. 207, DE 31 DE JULIO DE 2020)*

MANUEL FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES

Letrado de las Cortes Generales
Exletrado del Tribunal Constitucional
<http://orcid.org/000-0002-9636-054X>

RESUMEN

El presente artículo se refiere a los principales contenidos del derecho fundamental del artículo 23 de la Constitución, en relación con una reciente sentencia del Tribunal Constitucional que plantea una cuestión relacionada con la relación horizontal entre derechos fundamentales. Sin plantear directamente la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, sí que menciona que el caso examinado tiene una conexión con cuestiones derivadas de la incidencia del derecho fundamental a la participación en una relación laboral, planteando la conciliación del derecho fundamental con una actividad que se desarrolla en el ámbito jurídico-privado.

* Enlace a la STC 66/2020, de 29 de junio: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-8947.

Palabras clave: derecho a votar, derecho a la participación política, eficacia horizontal de los derechos fundamentales, relaciones de trabajo, régimen de incompatibilidades.

Artículos clave: arts. 14 y 23 CE.

Resoluciones relacionadas: STC 38/1999, de 22 de marzo y 125/2018, de 14 de julio.

I. ANTECEDENTES

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 38 de Madrid núm. 540/2015, de 11 de noviembre de 2015, pronunciada en el procedimiento sobre despido núm. 825-2015, acordó desestimar el recurso interpuesto por la demandante de amparo contra la decisión empresarial de denegar su reincorporación al puesto de trabajo tras una excedencia forzosa motivada por el régimen de dedicación exclusiva como concejal de un ayuntamiento.

La sentencia declaró como hechos probados no controvertidos, entre otros, que (i) la recurrente prestaba sus servicios profesionales como administrativa para la entidad Real Automóvil Club de España desde el 1 de julio de 1974; (ii) la recurrente había resultado elegida concejala del Ayuntamiento de Algete desde mayo de 1991 hasta el momento del dictado de la sentencia; (iii) en los respectivos plenos de dicho ayuntamiento de 30 de septiembre de 1999, 26 de junio de 2003, 22 de junio de 2007 y 11 de junio de 2011 se reconoció a la recurrente la situación de dedicación exclusiva en su función de concejala; (iv) en el pleno de 13 de junio de 2015 *no se reconoce a la actora la dedicación exclusiva, debido a que el partido político al que pertenece obtuvo una representación de dos concejales*; y (v) la recurrente desde 2005 no desempeñaba tareas en el Gobierno.

La demandante de amparo interpuso recurso de suplicación, tramitado con el núm. 461-2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior

de Justicia de Madrid, alegando, entre otros motivos, la vulneración del art. 23 CE y del art. 75.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), conforme al cual los miembros de las corporaciones locales que desempeñen su cargo con dedicación exclusiva percibirán retribuciones que serán incompatibles con otras percepciones en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.

El recurso fue desestimado por sentencia núm. 587/2016, de 6 de junio de 2016, insistiendo en que, en atención a la cuestión planteada –la solicitud de reincorporación desde una situación de excedencia forzosa– las exigencias legales que han de cumplirse son el cambio de circunstancias desde la situación anterior y que ese cambio de circunstancias no imposibilite la asistencia a su trabajo por el ejercicio del cargo. Se argumenta que, si bien ha quedado acreditado el cambio de circunstancias por haber cesado en la dedicación exclusiva, ello no supone que no tenga una dedicación ordinaria propia de una concejala, por lo que habría que dilucidar si ese cargo público le imposibilita el ejercicio de su trabajo como oficial administrativo. A esos efectos, el razonamiento que utiliza es que (i) la recurrente no desempeña tareas de gobierno desde el año 2005 y no pidió entonces su reincorporación al trabajo; (ii) eso implica que su labor como concejala, aun sin ejercer tareas de gobierno, sí le impedía compatibilizarlo con su trabajo. Además, analiza las labores de los concejales y concluye que *aunque no ejerza funciones de gobierno municipal, tiene que realizar trabajos y asistir a plenos, comisiones, etc. que lo hace incompatible con la observancia en la empresa de la jornada de trabajo, destacando que se está en la situación de incompatibilidad prevista en el art. 46.1 del estatuto de los trabajadores para la situación de excedencia forzosa para el ejercicio de cargo público* (FJ 2).

c) La demandante de amparo interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, tramitado con el núm. 3200-2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, siendo inadmitido por auto de 21 de junio de 2017 por falta de contradicción.

II. COMENTARIO

1. La jurisprudencia sobre el artículo 23 de la Constitución. El formalismo como método de interpretación

La STC 38/1999, de 22 de marzo, realiza una síntesis de la doctrina en el siguiente sentido: *Los derechos fundamentales garantizados en los dos apartados del art. 23 C.E. encarnan el derecho de participación política en el sistema democrático consagrado por el art. 1 C.E. y son la forma esencial de ejercicio de la soberanía por el conjunto de los ciudadanos (STC 51/1984). Reflejo como son del Estado democrático, se establece entre ellos tan íntima imbricación, al menos en lo que al derecho de acceso a cargos públicos se refiere, que bien puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos (SSTC 5/1983, 10/1983, 23/1984, 32/1985, 149/1988, 71/1989, 212/1993, 205/1994, 44/1995 y ATC 837/1985). Por ese motivo, con el propósito de asegurar la efectiva realización del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes, la garantía dispensada en el apartado 2 del art. 23 al acceso en condiciones de igualdad al cargo público se extiende a la permanencia en el mismo y al desempeño de las funciones que les son inherentes, en los términos que establecen las leyes o, en su caso, los Reglamentos parlamentarios pues no en vano se trata de derechos fundamentales de configuración legal, respetando la igualdad de todos en su ejercicio y evitando perturbarlo con obstáculos que puedan colocar a unos representantes en condiciones de inferioridad respecto de otros. La privación o perturbación al representante político de la práctica de su cargo no sólo menoscaba su derecho de acceso, sino simultáneamente el de participar en los asuntos públicos de los ciudadanos, que resultaría huero si no se respetase el primero (SSTC 10/1983, 32/1985). Compete a la Ley y, en determinadas materias, a los Reglamentos parlamentarios, fijar y ordenar, precisamente, esos derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicas.*

Una vez creados, quedan integrados en el estatus propio de cada cargo con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2

C.E., defender ante los órganos judiciales –y en último extremo ante este Tribunal– el ius in officium que consideren ilegítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren los titulares del cargo (SSTC 161/1988, 181/1989, 36/1990, 205/1990, 214/1990, 95/1994, 124/1995, y ATC 240/1997).

La muy reciente STC 66/2020, de 29 de junio, que es la que se está comentando, lleva a cabo una síntesis de esa doctrina, señalando: *En los fundamentos jurídicos 3 y 4 de la STC 125/2018 se resume la jurisprudencia sobre el particular, de la que cabe destacar las siguientes consideraciones: (i) El art. 23.2 CE consagra la dimensión pasiva del derecho de participación política, que tiene un contenido explícito –el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes– y otro implícito compuesto por (a) el derecho a permanecer, en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes, en los cargos o funciones públicas a los que se accedió; (b) el derecho al ejercicio o desempeño del cargo público representativo conforme a lo previsto en las leyes (el llamado ius in officium); y (c) la prohibición de remoción del cargo si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos.*

(ii) En lo que se refiere a la vertiente de derecho al ejercicio o desempeño del cargo público representativo conforme a lo previsto en las leyes, se ha establecido que no cualquier acto que infrinja la legalidad del ius in officium resulta lesivo del derecho fundamental, ya que solo poseen relevancia constitucional, a estos efectos, los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa, en el sentido de que se impida o coarte la práctica de la función representativa o se adopten decisiones que contraríen la naturaleza de la representación o la igualdad de los representantes políticos.

(iii) Pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación local la participación en la actividad de control del gobierno local, en las deliberaciones del pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, y el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores actividades y participar

en las comisiones informativas (así, SSTC 169/2009 de 9 de julio, FJ 3; 9/2012, de 18 de enero, FJ 4, o 151/2017, de 21 de diciembre, FJ 3).

(iv) A partir de las anteriores consideraciones, la STC 125/2018 concluye que «serán contrarios al derecho reconocido en el artículo 23.2 CE cualesquiera actos tendentes, tanto a impedir la participación de un concejal electo en la deliberación del pleno de una corporación municipal, como la negativa del empresario a facilitar la asistencia del trabajador a tales actos o la calificación de dicha ausencia como injustificada, a efectos de adoptar medidas de carácter disciplinario contra aquel. En definitiva, lo serían todos aquellos actos obstativos realizados por el empleador en el ejercicio de sus poderes empresariales, que fueran utilizados para impedir u obstaculizar el ejercicio de este núcleo esencial del ius in officium del que es titular el trabajador por cuenta ajena y a su cargo, que tenga la condición de miembro de dicho consistorio.

Solamente está protegido el llamado núcleo de la función representativa, pero analizando lo que dice esta reiterada jurisprudencia, esta está acotada, delimitada y concretada por las funciones del órgano en que desarrolla su función el representante. La función representativa se ejerce con motivo de las funciones parlamentarias y tiene que existir una conexión con la actividad, que es la llamada actividad oficial. En esta actividad oficial existen una serie de derechos definidos que pueden ser invocados. La jurisprudencia no da un paso más allá. Se limita a insistir en la existencia de un núcleo esencial del *ius in officium*, y a especificar los distintos aspectos que lo integran, sin que exista una conexión específica con el derecho a votar, que es el origen de la representación.

La citada perspectiva implica que se desconoce la faceta del derecho del elector, al reforzar el análisis del elegido y de lo que esa elección conlleva.

2. La conexión funcional entre el derecho de voto y la independencia del representante

La democracia es la dirección por el elector del proceso político. A ello se refiere en ocasiones la jurisprudencia al referirse al derecho de partici-

pación política que es un derecho del ciudadano. No es un medio sino un fin y el que existan representantes no quiere decir que deba olvidarse lo que acabamos de enunciar. Enfocado en términos más modernos de acceso, de vía de entrada, de intermediación, lo que esto quiere decir es que la democracia no es una simple regla de mayoría. La representación no es una finalidad en sí misma, que facilite la vida al representado al margen del viejo mandato imperativo, sino que es nada si no se busca el mejor régimen, la mejor ciudad, de los clásicos. Este olvido ha causado el alejamiento, no al revés y debe alertarse con toda la insistencia posible en que ese alejamiento es patente.

La referencia a determinados amparos electorales o parlamentarios, como determinantes de consecuencias políticas generales obliga a profundizar en la visión del amparo electoral desde una perspectiva diferente a la protección de los derechos del representante, del grupo o del partido político, que es el enfoque que predomina en la teoría y en la práctica del recurso de amparo electoral. Se trata de la relevancia del derecho al voto, como derecho del elector, y en sentido propio, en cuanto es el que permite hablar de un derecho fundamental que va más allá de la actividad del representante, que está ya más que elaborado.

La doctrina constitucional vinculó en su momento el derecho del representante con la participación, de tal modo que llegó a sostener la primacía en el examen de la lesión de los derechos del primero, como en la STC 5/1983, y 75/1985, lo que implicó una primacía del contenido del apartado 2 del artículo 23 sobre el derecho a elegir y, sobre todo, sobre el derecho de voto, marginando, explícita o implícitamente, la interpretación de materias esenciales, como acceso, sistema de listas, distritos electorales, financiación, publicidad e incluso sobre lo que se denominaron barreras electorales, materias que se definen por relación directa con ese derecho al voto más que con el resultado de la elección. Fue una mala opción.

La mayor parte de estos temas o cuestiones afectan al proceso democrático, tanto en lo que refiere a la protección o policía de la representación como a la de la limpieza y accesibilidad de los canales de participación, siendo con toda obviedad, de máxima actualidad, pues los principales

referentes de la crítica del estado de cosas democrático están vinculados con los mismos. Es decir, tienen especial trascendencia constitucional y se encuentran vinculados con los derechos de voto, que aunque no se encuentran directamente mencionados en la Constitución –en la norteamericana se encuentran referencias en varias de las enmiendas– son su fundamento, como indicó la doctrina al referirse a la democracia como régimen caracterizado por la formación de los órganos de gobierno mediante elecciones libres.

El análisis empírico del resultado de una política antidiscriminatoria sirvió al Tribunal Supremo de los Estados Unidos de argumento al examinar la justificación de cláusulas legales disuasorias del derecho a votar. Como veremos, el tribunal no duda en utilizar la estadística para comprobar el resultado de medidas de protección del sufragio universal, libre y secreto, en relación con una situación previa de discriminación instrumentada por la ley electoral de los Estados, es decir, dirigida desde las legislaturas, lo que dio lugar a una intervención federal con la Voting Rights Act. En ese camino siempre abierto de la representación, los problemas que se plantean son muy complejos.

La *representation reinforcement theory* de Ely, génesis de la doctrina de la Constitución procedimental, está basada en un análisis de la representación que va más allá de la estricta conexión entre supuesto de hecho y consecuencia representacional. Para superar el estancamiento de la representación formal, se refuerza el citado elemento, con arreglo a la doble condición de elecciones libres y orientación material en base a una regla de exclusión de la discriminación. Determinar lo que significa esa regla es un proceso caso a caso, como instrumento de la búsqueda de la justicia, completado con la atribución constitucional a la función judicial de una finalidad heurística, de camino de descubrimiento de la solución más justa.

La doctrina de Ely, expuesta en un libro ya famoso, *Democracy and distrust*, no avala en su totalidad el fundamento directo de la renovación jurisprudencial en base a valores sustantivos, aunque mantiene una teoría favorable a cierto activismo en base a una teoría adjetiva, procedimental

o formal de los valores. Para Ely, la Constitución es una norma-procedimiento, destinada a generar los propios valores por una *representation reinforcement*, por una tesis que vuelva en cierto modo al origen, que está en el mandato representativo.

Se trata de una doctrina de no interpretativismo moderado, que no pone el acento en una apelación a nuevos valores y derechos, sino en un procedimiento que permita a las minorías el acceso a derechos en principio negados, con un enfoque muy original, pues hace depender esa posibilidad del ejercicio del control de constitucionalidad, no como acceso directo por medio de valores sustantivos sino como una vía heurística para detectar en la legislación entorpecimientos a la función de representación, sea afectando a *fundamental rights*, sea para garantizar la eficacia del proceso electoral, sea para proteger a las *discrete and insular minorities* del juez Harlan Fisk Stone en la Nota 4 de *United States vs. Carolene Products*.

La doctrina de Ely no impone que el procedimiento sea la única función de la Constitución, pero sí insiste en que la apertura de las cláusulas más vagas o imprecisas de la Constitución impone que la revisión judicial se acote en función de la claridad del error aunque apoyada en una dimensión de infracción manifiesta de reglas de procedimiento, alcanzando una relevancia invalidante si se advierte que la ley enjuiciada tiene un alcance sustantivo, entendiendo por tal la afectación de los derechos constitucionales tal y como han sido interpretados, muy especialmente los derechos personales.

La representación, supone la imputación formal de actos al representado a través de un proceso justo de elección y participación, atendiendo al elemento original de la conformación del mandato representativo. El mencionado fundamento no asume la práctica de la deferencia ni trata de configurarla como una regla trivial, sino que la pone en relación con un equilibrio interior dentro de la propia función judicial, al tratar de equilibrar el respeto a la legislación por su origen mayoritario, con la posibilidad de examinar si el origen de la iniciativa tiene un vicio que afecta a su vez al equilibrio entre mayorías y minorías, desgastando los

mecanismos de imputación de representación. Esta es la base esencial del problema del control de constitucionalidad.

La doctrina de Ely salva la doctrina absoluta de la deferencia pero restringe de tal modo y con tal intensidad los casos de control que de hecho avala muchos de sus efectos. Habrá que probar en cada caso, sin presunciones, que existe una concreta indisponibilidad del canal de participación, una falta de policía en los procedimientos electorales, en una prueba casi diabólica para que el procedimentalismo tenga acción efectiva, con una limitación de la perspectiva del control de efectos colaterales. Será en cada caso el demandante el que, en una cadena lógica de difícil construcción, deberá remontarse al origen de la discriminación justificando su impugnación en tal origen, no en el resultado material concreto producido. Y acreditar esa larga y compleja secuencia lógica en un procedimiento judicial y como motivo de un caso o controversia concreto no deja de ser algo complejo y dificultoso, por la materia y por el contenido.¹

La citada versión supone una conexidad ontológica entre la representación política ejercida de una determinada forma y la democracia. Definida está por las cláusulas materiales de la Constitución y sobre todo por una jurisprudencia inevitablemente activista, no cabe examinar la tesis de la versión adjetiva de los valores sin conocer la forma en que las sentencias del *substantive due process* han ido más allá de la conformidad del representante con el estado de cosas en que es elegido. La versión sustantiva de los principios y valores es revalorizada por una teoría que sería algo así como la redefinición de la democracia como procedimiento efectivo más valores materiales.

Y la citada fusión no se producía en el mundo anglosajón por la existencia de algún principio científico-metafísico que lo impusiera, sino por una práctica judicial que aceptó principios básicos de los tribunales, que habían examinado las cuestiones desde el procedimiento, como exigencias de la *natural justice*. Audiencia, equidad, proporcionalidad, debido

¹ John Rawls, *Theory of justice*, Harvard University Press, 1971.

proceso, justicia natural, son todos ellos conceptos materiales, que no se refieren exclusivamente al cumplimiento de las formas, ya que de la forma se hace una materia, dirigida a la consecución del objetivo democrático.

Esta aproximación procedimental cualificada a la democracia es una novedad, que sitúa a las Cámaras en el lugar donde se ejerce la misma directamente, el sitio donde las políticas son elegidas por el electorado. La representación no se concede para cualquier cosa, para instrumentar políticas que permitan al representante olvidarse de quien da el mandato. Sin necesidad de abordar aquí la idea de símbolo, muy fructífera en el terreno de la representación², en la ontología del parlamentarismo, criticado o no, hay un elemento de necesidad, de institución obligada, que no puede sino situarse en el esquema de la división de poderes y en el origen popular de la acción política.

Shelby County vs. Holder estableció una acomodación de los requisitos excepcionales relativos a la lucha contra la discriminación racial, desde una perspectiva procedimental, al invalidar un estatuto que en cierto modo había perdido su fundamento, por existir ya una paridad que desactivaba la causa fundamental de la restricción, confirmando la tesis de la policía de los canales de representación que la doctrina de Ely supone, en el sentido de no ser restricciones permanentes sino vigilancias conforme a una finalidad. Desaparecida la causa que daba lugar a un control sobre las reglas electorales de los Estados, desaparecía la lógica de la policía de esas leyes, restableciendo el principio de competencia de los Estados, en una manifestación práctica.

En un asunto típico de amparo, desde la perspectiva del derecho al sufragio activo, debe contarse con la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en *Bush contra Gore*, que en su párrafo esencial señala: *El derecho al voto está protegido más allá de su inicial concesión. La protección igual ante las leyes se aplica también a la forma de su ejercicio. Habiendo una vez concedido el derecho al voto en igualdad de condiciones, el Estado no puede,*

² Hanna Fenichel Pitkin, *The Concept of Representation*, University of California Press, Berkeley, 1967. Pp. VI y ss.; Gerhard Leibholz, *Das wesen der repräsentation*, Walter de Gruyter and Co, 1966.

por un tratamiento posterior arbitrario o desigual, hacer prevalecer el valor del voto de una persona sobre la de otro. Véase, por ejemplo, –Harper vs. Virginia Board of Elections–, 383 EE.UU. 663, 665 (1966): Una vez se concede el derecho al voto a los electores, no podrán establecerse diferencias que son incompatibles con la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda. Hay que recordar que el derecho al sufragio puede ser negado por una degradación o dilución del peso del voto de un ciudadano con la misma eficacia que prohibiendo en su totalidad el derecho. Reynolds vs. Sims, 377 EE.UU. 533, 555 (1964).

Ese párrafo, al margen de lo polémico del resultado de su aplicación al caso, convertía la cuestión no en un problema relacionado con el derecho a ser elegido sino con el derecho a votar, insistiendo en la conocida doctrina sobre que el derecho al voto no podía ser eliminado mediante la dilución del peso y la relevancia del voto del ciudadano, y que esta restricción era tan grave y lesiva del derecho como la simple denegación del mismo.

Para la misma, asentada en el siglo pasado a través de una serie de fallos cruciales, no caben arbitrarios o desparejados tratamientos en función de circunstancias que vulneren la *equal protection*, no dudando en afirmar que se trata de un *fundamental right*. Lo que ocurre es que el derecho fundamental lo es del elector, no del elegido, pues es al elector al que se atribuyen los derechos originarios de voto. La fuente del poder del elegido es el elector que establece una relación que Maitland explicaba como *reciprocally trustees with each other*. Es con el mismo con el que debe entenderse toda la jurisprudencia de casos que se vinculan a ese derecho al voto, desde las restricciones al derecho al voto, pasando por las restricciones o cargas indebidas en el ejercicio de ese derecho, la dilución o *debasement* del derecho, a través de manipulaciones de los distritos o *reapportionment*, la desigualdad en el recuento dentro de un Estado, la restricción por motivos raciales y las restricciones sobre los partidos y los candidatos.

Esa teoría se expande con facilidad a las consecuencias sobre los elegibles de una restricción de acceso al *ballot* o de limitación en la capa-

cidad de presentarse a las elecciones, *Williams vs. Rhodes* y *Anderson vs. Celebrezze*, en el que no se pierde de vista que aquello de lo que estamos hablando es precisamente del *right to vote*, en una derivada que afecta a las candidaturas, pero que sigue siendo *residenciable* en ese derecho. Lo que sí que ocurre es que esa extensión a los problemas ya de los candidatos sigue siendo un problema enfocado desde la perspectiva de los electores, ya que es la afectación al derecho de estos a votar el elemento que condiciona la solución, justamente al revés que en la doctrina que se ha centrado en la tesis jurisprudencia de la identidad, conexidad o correlación de los derechos del apartado 1 y del apartado 2 del artículo 23, que no tienen nada que ver desde la perspectiva de su naturaleza.

Los derechos a ocupar cargos y funciones públicas son derechos estrictamente personales, que se tienen al margen del sistema de designación, mientras que el derecho a votar, que es el núcleo del derecho a participar, es un derecho fundamental que es la base de los otros derechos fundamentales –“preservative of all rights”, *Yick Wo vs. Hopkins* y *Harper vs. Virginia St. Bd. of Elections*–. Esta diferencia es de tal magnitud que lo que revela es que en el artículo 23 existe un doble y disímil contenido, que no puede dejar de interpretarse en conexión con otros preceptos de la Constitución, como el artículo 67, que, aunque situado en la parte orgánica, se refiere a una cuestión directamente vinculada con el derecho a votar.

Lo que la ley electoral regula es ambos aspectos, no solamente el estatuto de acceso y permanencia en el cargo público. Esta consideración no puede ser obviada a pesar de la interpretación ya mencionada del Tribunal Constitucional y menos aún a la vista de una reconsideración o reformulación de las bases de un recurso de amparo en materia electoral. Si ese amparo está previsto para remediar infracciones en la materia electoral, escoger como parámetro la existencia de una protección del sufragio activo y cuestiones vinculadas no parece sino una forma de reconocer la naturaleza del problema desde la perspectiva del elector.

Ahí es donde se sitúan los problemas: requisitos económicos para inscribirse en el censo, los requisitos agravados de residencia, la exigen-

cia de alfabetización, o las primarias que permiten votar a no afiliados –además del derecho a las propias elecciones primarias–, así como otros casos en que se plantean requisitos de aval, número de firmas, plazos más cortos de inscripción o requisitos vinculados a los resultados en elecciones anteriores.

III. CONCLUSIONES

Examinado este complejo problema, el enfoque de la sentencia que se comenta puede calificarse de continuista. Si bien se trata de un caso singular, porque afecta a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, y puede decirse que a la incidencia de la Constitución en las relaciones *inter privatos*, en que el enfoque es el de la extensión de los derechos fundamentales a la conducta privada, que aquí se mantiene como tal al existir una relación jurídico-laboral, la posición de la sentencia es analizar la interpretación sobre la compatibilidad entre actividad del representante y compatibilidad con otras tareas. Es decir, el análisis se centra en la eficacia formal de la representación, aunque plantea un problema de compatibilidad con una actividad privada. No se trata por tanto de un examen relacionado con los derechos del representado derivados del derecho a votar y de su proyección en la relación representativa. Este enfoque sigue ausente en la STC 66/2020, de 29 de junio.

RAZONADA INADMISIÓN DE UNA PREGUNTA PARLAMENTARIA ORAL QUE NO VERSABA SOBRE LA ACCIÓN DE GOBIERNO SINO SOBRE LA FINANCIACIÓN DEL PARTIDO POLÍTICO AL QUE PERTENECÍA SU PRESIDENTE. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 68/2020, DE 29 DE JUNIO. RECURSO DE AMPARO NÚM. 4869-2018. (BOE NÚM. 207, DE 31 DE JULIO DE 2020)*

FERNANDO CASTILLO LÓPEZ

Letrado de las Cortes Generales

<https://orcid.org/0000-0003-3196-1704>

RESUMEN

La Sala Primera del Tribunal Constitucional acuerda desestimar un recurso de amparo presentado por el portavoz de un grupo parlamentario de la Asamblea Regional de Murcia, al entender que no se vulnera el derecho al ejercicio de las funciones representativas del recurrente, al ser razonada la inadmisión por parte de la Mesa de dicho parlamento de una pregunta parlamentaria con respuesta oral en pleno dirigida al presidente del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia que no versaba sobre la acción de su gobierno sino sobre la financiación del partido político al que pertenecía su presidente.

* Enlace a la STC 68/2020, de 29 de junio: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-8949.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, parlamento, control, Murcia, preguntas orales, pleno, inadmisión, calificación, Mesa, Junta de Portavoces, reconsideración.

Artículos clave: arts. 111 CE y 44, 45, 172, 173, 175, 176 y 182 del Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia de 13 de junio de 2002.

Resoluciones relacionadas: SSTC 225/1992, 107/2001, 74/2009, 33/2010, 200 y 201/2014 y 1/2015. ATC 125/2005.

I. ANTECEDENTES

La Sala Primera del Tribunal Constitucional resuelve, una vez más, en la sentencia objeto del presente comentario un supuesto de amparo parlamentario en el que se valida la inadmisión, por parte de la Mesa de la Asamblea Regional de Murcia, de una pregunta oral presentada por el recurrente, portavoz del Grupo Parlamentario Podemos en dicha Cámara autonómica, a contestar en el pleno por el presidente del Consejo de Gobierno de Murcia.

Dos años después de la interposición del recurso de amparo, el Alto Tribunal lo desestima en su totalidad, aplicando a tal efecto, como luego veremos, una dilatada –y consolidada– trayectoria jurisprudencial, confirmando la correcta actuación del órgano rector de la citada asamblea regional.

La pregunta, cuya inadmisión es recurrida ante el Tribunal Constitucional, posee el siguiente tenor literal: ¿Puede asegurar que el Partido Popular de la Región de Murcia no se ha financiado ilegalmente mediante procedimientos semejantes a los condenados en la sentencia de la *Gürtel*? Fue registrada el día 29 de mayo de 2018 y la Mesa de la Asamblea Regional de Murcia, en la reunión celebrada el mismo día, acordó su inadmisión pues era ajena a las competencias presidenciales, al hacer referencia a un partido político. A tal efecto, la Mesa contó con

un informe verbal de la Secretaria General de la Cámara que avalaba tal decisión. El proponente de la pregunta, a la sazón portavoz del mentado grupo parlamentario y, asimismo, recurrente en amparo, agotó antes de plantear ante el Tribunal Constitucional el recurso de amparo la vía parlamentaria previa que, como es bien sabido, exige el artículo 42 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), y presentó, al amparo del artículo 45 del, entonces vigente, Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia, una solicitud de reconsideración al entender que la Mesa no se ajustaba al reglamento de la asamblea, cuya resolución desestimatoria, el 11 de junio de 2018, le dejaba el camino expedito para acudir al máximo intérprete de la Constitución.

La Mesa de la asamblea autonómica, a fin de desestimar la reconsideración, entiende que actuó de manera correcta pues el artículo 44 del reglamento le facultaba para inadmitir aquellas iniciativas que *susciten dudas en relación con las competencias de la Comunidad Autónoma en la materia*. Además, entiende la Mesa que en ningún caso actuó en clave política o por razones de oportunidad, confirmado por el hecho de que en la misma sesión se admitió una pregunta de otro grupo parlamentario que, con una formulación diferente, incluía una mención a la sentencia del caso Gürtel. La Mesa razona, en ese sentido, que preguntar sobre la financiación de un partido político al presidente de la Región de Murcia escapa al control que realiza dicha cámara autonómica sobre la actuación del presidente de la comunidad autónoma y del Consejo de Gobierno, cuyas funciones vienen recogidas en la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia. Y, por ello mismo, nada obstaría, reconoce la Mesa, para que se admitiera a trámite una pregunta que versara sobre la contratación en la Administración regional, aun incluyendo una mención a la sentencia del caso Gürtel.

La parte recurrente, sin embargo, entiende que se vulneró su derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, recogido en el artículo 23.2 de la Constitución. Así, en primer lugar,

considera que al constituir las preguntas a los miembros de Consejo de Gobierno una manifestación más del *ius in officium* del diputado, toda interpretación de una norma que lleve a una limitación de dicho derecho –como es la inadmisión de una iniciativa parlamentaria– habrá de hacerse de manera restrictiva. En ese sentido, en segundo lugar, se alega que la Mesa yerra al ejercer su función de calificación y admisión a trámite, pues la pregunta inadmitida no encajaría en ninguno de los supuestos que el Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia preveía, en su redacción entonces vigente, como causa de inadmisión lo que supuso una extralimitación de dicho órgano rector y la consecuente vulneración del artículo 23 CE. Por otro lado, en tercer lugar, los recurrentes interpretan que la Mesa, en un ejercicio implícito de analogía, aplicó como causa de inadmisión de la pregunta la no adecuación al objeto de las comparecencias del presidente del Consejo de Gobierno que regula el mismo reglamento. Dicho de otro modo, el formulante de la pregunta señala en sus alegaciones que la Mesa aplica el canon de admisibilidad propio de las comparecencias en pleno del presidente del Consejo de Gobierno (reguladas en el artículo 182 del reglamento entonces vigente), sin que ello fuera óbice, incluso, para su admisión. Finalmente, como se indica en los antecedentes de la sentencia, el autor de la pregunta inadmitida reprocha a la Mesa que el hecho de que se le permitiera una reformulación de la pregunta en un tenor tal que pudiera ser admitida a trámite revela que la inadmisión parte de una interpretación subjetiva que implicaba un control de oportunidad al posponer una semana, con esa inadmisión, la respuesta de una hipotética pregunta reformulada.

Las alegaciones de la Asamblea Regional de Murcia –vía su letrada-secretaría general– se construyen en torno a dos ejes:

- Primero, en un relato de los hechos en sede parlamentaria, no exento de cierta complejidad, se recuerda que, a petición del grupo parlamentario cuyo portavoz ahora es recurrente, se modificó el sistema de presentación de preguntas orales existente al pasar de registrar una dirigida al presidente del Consejo de Gobierno –además de otras a otros miembros del Gobierno regional– a registrar las que se deseara

para concretar, en una reunión de la junta de portavoces posterior pero previa a la sesión donde se produciría la sesión de control, qué pregunta sería la que cada grupo parlamentario finalmente formularía. La secretaria general de la Asamblea Regional de Murcia revela que, al poco tiempo de notificarse la inadmisión de la pregunta, se retiraron las otras preguntas que el mismo grupo parlamentario había registrado, lo cual suponía renunciar *de facto* a su cupo en la sesión de control y no preguntar, en consecuencia, al presidente del Consejo de Gobierno.

- Segundo, en relación al fondo del asunto, la Asamblea Regional de Murcia defiende que la inadmisión de una pregunta oral por ser ajena a la acción de Gobierno es constitucionalmente admisible, apoyándose en el Auto del Tribunal Constitucional 125/2005, de 4 de abril, pues es dicha ajenidad la que impide subsumir dicha pregunta en el ejercicio de la función de control al Gobierno regional. En esa misma línea, la cámara murciana entiende que un reglamento parlamentario no tiene por qué detallar, entre los supuestos de inadmisibilidad, la falta de conexión con la acción de gobierno, pues tal supuesto excedería el ámbito de control al gobierno que tiene dicho parlamento autonómico, por vía de, entre otras, esta iniciativa. Añade, finalmente, que el amparo debe ser desestimado al estar perfectamente motivados todos los acuerdos impugnados.

El Ministerio Fiscal toma parte en el recurso de amparo, interesando la estimación del recurso, basándose para ello en que los artículos 173 y 176 del Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia entonces vigente delimitan la forma y el fondo de las preguntas. La Mesa, al no basarse en ninguna de las causas de inadmisión, estaría excediéndose en el ejercicio de la función de calificación que tiene encomendada, que –a juicio del Ministerio Fiscal– solo podría entrar a valorar el fondo cuando la Constitución o el reglamento parlamentario correspondiente así le habiliten, y, al no ser el caso, prosigue, se ha producido una lesión del *ius in officium*, tomando como referencia las SSTC 107/2001 y 1/2015. El Ministerio Fiscal parece igualmente apuntar a la incorrecta motivación

de los acuerdos como causa de estimación del recurso. Así, coincide con el recurrente en que la Mesa, implícitamente, ha aplicado el criterio de admisibilidad de las comparecencias en pleno del presidente del Consejo de Gobierno.

Finalmente, como mero apunte, recordemos que la automática admisión a trámite del recurso de amparo confirma que el Tribunal Constitucional mantiene su consolidada doctrina jurisprudencial relativa a la especial trascendencia constitucional de los amparos parlamentarios, en línea con la siempre citada STC 155/2009, cuyo fundamento jurídico 2 dispone que *cuando el asunto suscitado [...] trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios* tendrá la especial trascendencia constitucional que exige el artículo 50.1 LOTC.

II. COMENTARIO

1. Consideraciones previas

Las preguntas dirigidas al Gobierno con respuesta oral en Pleno constituyen en la realidad parlamentaria española –nacional y autonómica– la más visible y más mediática arma de la oposición en el ejercicio de la función de control realizada por parte de los órganos legislativos al ejecutivo. Su origen data de finales del siglo XVIII, en los albores del sistema parlamentario, con el *question time* británico, aunque hay quien ve en los *cahiers des doléances* propios de los primitivos parlamentos medievales su antecedente más inmediato. Hoy día, se trata, como bien es sabido, del instrumento político que permite al parlamento, por vía de sus miembros *uti singuli*, someter al gobierno correspondiente, con una frecuencia generalmente semanal, a una batería de preguntas introduciendo en el debate parlamentario cuestiones de actualidad política que, unido a la brevedad de la intervención, da lugar a un intercambio dialéctico breve e intenso.

Las preguntas orales en Pleno gozan de una regulación constitucional al disponer el artículo 111.1 de la Constitución que *El Gobierno y cada uno de sus miembros están sometidos a las interpellaciones y preguntas que se le formulen en las Cámaras, añadiendo el segundo inciso que para esta clase de debate los Reglamentos [parlamentarios] establecerán un tiempo mínimo semanal*. Así, uno de los rasgos más idiosincráticos de las preguntas orales en pleno reside, precisamente, en la extensa regulación formal y de fondo que prevén los reglamentos parlamentarios y que, en ocasiones, viene asimismo desarrollada en resoluciones parlamentarias *ad hoc*. Igualmente, la normativa parlamentaria autonómica relativa a este tipo de preguntas ha venido caracterizada por un notable mimetismo respecto de la prevista en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y Senado que, en ambos casos, comparte con el resto de preguntas, ya sea orales en comisión o para respuesta escrita. Esto permite, como ahora mismo veremos, establecer un régimen común a todas las preguntas sobre qué puede preguntarse y una regulación específica –y mucho más estricta– sobre la forma de formulación. Adicionalmente, debemos recordar que a nivel nacional, para perfilar distintos aspectos de las preguntas orales en pleno fueron adoptados la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 10 de junio de 2008, sobre desarrollo del artículo 188 del Reglamento, relativo a preguntas para respuesta oral en Pleno y la Norma supletoria de la Presidencia del Senado sobre desarrollo del artículo de 163 del Reglamento del Senado, que han dado lugar a ejemplos análogos en varias asambleas autonómicas.

Los artículos 188.1 del Reglamento del Congreso (RCD, en adelante) y 163.1 del Reglamento del Senado (RS, en adelante) prevén de manera idéntica que el escrito de presentación de la pregunta oral deberá contener *la escueta y estricta formulación de una sola cuestión, interrogando sobre un hecho, una situación o una información, sobre si el Gobierno ha tomado o va a tomar alguna providencia en relación con un asunto, o sobre si el Gobierno va a remitir al [Congreso o Senado, según el caso] algún documento o a informarle acerca de algún extremo*. Sin embargo, son los artículos 186.3 RCD y 162.3 RS –*La Mesa calificará el escrito y admitirá la pregunta si se*

ajusta a lo establecido en el presente capítulo—, los que habilitan a la Mesa a entrar a valorar no solo que se cumplan las exigencias formales, sino que el fondo sea ajustado a lo predicado por el reglamento.

Ciñéndonos al caso que nos ocupa, que ha obligado a pronunciarse al Tribunal Constitucional, debemos puntualizar que en la Región de Murcia, el reglamento de su Asamblea Regional actualmente en vigencia no coincide con el que regía en el momento de los hechos. Así, toda mención en la sentencia que ahora comentamos se refiere al Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia de 13 de junio de 2002 (en adelante, RARM), que fue derogado por el actual Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia de 7 de marzo de 2019. Sin embargo, en ambos reglamentos, y constituyendo un *rara avis* entre las normas parlamentarias se definen las preguntas como *solicitudes concretas de información dirigidas al Consejo de Gobierno o a alguno de sus miembros para que aclare la certeza de un hecho, manifieste si piensan adoptarse o se han adoptado determinadas medidas o precise cualquier otro extremo de interés para la Región de Murcia que deba ser conocido* (art. 172.1 RARM). En línea con la previsión nacional, el artículo 173 RARM atribuye a la Mesa de la Asamblea Regional de Murcia la calificación y admisión a trámite de las preguntas, y señala, en el apartado tercero, los supuestos de inadmisión de las preguntas. Paralelamente, el artículo 44.b) RARM, regula en profundidad dicha función de admisión a trámite y establece para determinados supuestos de reiteración en la presentación de iniciativas, cuando la calificación fuera dudosa o si hubiera dudas sobre la competencia de la comunidad autónoma, que *la Mesa, oída la Junta de Portavoces, decidirá sobre la calificación y admisión o no trámite*. Dicho de otro modo, se exige una audiencia previa de la junta de portavoces, aunque no vincule a la Mesa, para inadmitir ciertas iniciativas previstas en el citado artículo del reglamento del parlamento murciano.

La función de calificación y admisión a trámite es, en esencia, una actividad jurídica no exenta de una relevancia política —más aun en las preguntas orales en Pleno por el destinatario de las mismas y por la publicidad de su sustanciación— que ha obligado al Tribunal Constitucional

a pronunciarse en no pocas ocasiones acerca de la forma de aplicar los cánones de admisibilidad de dichas preguntas orales y de la actuación de las Mesas. Se trata de una consolidada jurisprudencia, que la sentencia repasa, y que tiene como principales antecedentes las siguientes resoluciones: SSTC 225/1992, de 14 de diciembre; 107/2001, de 23 de abril; 33/2010, de 19 de junio; 200/2014, de 15 de diciembre; 201/2014, de 15 de diciembre, y 23/2015, de 16 de febrero; así como el Auto del Tribunal Constitucional 125/2005, de 4 de abril.

2. Cuestiones de fondo

La sentencia que desestima el recurso de amparo se estructura en cuatro fundamentos jurídicos: el primero expone de manera resumida los antecedentes en los términos ya descritos y los tres restantes fundamentos jurídicos resuelven la controversia planteada mediante un –ya clásico– esquema que pasa por una exposición previa de la jurisprudencia aplicable y una posterior subsunción a la norma y a la jurisprudencia del caso que nos ocupa.

Son dos las cuestiones que marcan la resolución desestimatoria del Alto Tribunal. Primero, si la Mesa actuó de manera correcta entrando a valorar el fondo de la pregunta y decidiendo en los términos que lo hizo y, segundo, si el canon de admisibilidad de las preguntas orales en pleno ha de ceñirse a la previsión de los reglamentos parlamentarios o por el contrario existe algún supuesto de inadmisibilidad implícito. Cuestiones ambas, por otra parte, inextricablemente unidas pues solo si dicho canon no se ciñe a la previsión reglamentaria la Mesa habrá actuado correctamente.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional realiza una serie de consideraciones previas. Así, en el fundamento jurídico 2, se establece que la formulación de preguntas parlamentarias, siguiendo la firme doctrina del máximo intérprete de la Constitución, pertenece al *núcleo de la función representativa* y que [las preguntas] *constituyen manifestaciones constitucionalmente relevantes del ius in officium del representante*, toda vez que, remitiéndonos a la STC 124/2018, la función de control como

función poliédrica, incluye una triada de instrumentos: *mecanismos de información, mecanismos que pueden activar e impulsar un control de la acción del Gobierno y que, en último término, pueden poner en marcha los instrumentos de exigencia de responsabilidad política donde las preguntas, junto con las interpelaciones, se conforman como tradicionales instrumentos de control e información parlamentaria.*

En relación a la función de calificación y de admisión a trámite desempañada por las Mesas parlamentarias la STC 68/2020, citando otras anteriores, dispone que *consiste en un control de la regularidad legal de los escritos y documentos parlamentarios que no puede implicar un juicio de oportunidad política. Solamente cabe, por un lado, examinar si la iniciativa cumple los requisitos formales que le exige el reglamento, y, por otro, extender el examen a la materia, si así lo permite o establece el reglamento, si es una iniciativa legislativa o de control y si, dichos escritos, vienen limitados materialmente por la Constitución, el bloque de constitucionalidad o el reglamento o plantean cuestiones entera y manifiestamente ajenas a las atribuciones de la cámara.*

En consideración a la jurisprudencia relativa a la actividad de las Mesas, que garantiza el ejercicio del *ius in officium* consagrado en el artículo 23 de la Constitución, la restricción de este derecho fundamental de los parlamentarios, por vía de la inadmisión de una iniciativa parlamentaria, requiere una motivación *expresa, suficiente y adecuada* que justifique que dicha restricción se realiza en atención a una razón fundada en derecho y con unos motivos que así lo argumenten. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional también ha zanjado que, por respeto a la autonomía parlamentaria, las Mesas tienen un amplio margen de interpretación que revela, en realidad, que solo si concurriera una arbitrariedad notable o se tratara de una decisión manifiestamente irrazonable cabría una ulterior revisión por parte del Tribunal Constitucional.

El núcleo de la resolución de la sentencia se sitúa en el fundamento jurídico 3, que procede a valorar la actuación de la Mesa de la Asamblea Regional de Murcia en relación con el tenor literal de la pregunta planteada. El punto sobre el que pivota la cuestión es si la pregunta, repro-

ducida en los antecedentes, puede subsumirse en alguno de los supuestos de inadmisibilidad, al ser, a juicio de la Mesa, ajena a la acción del propio Consejo de Gobierno y de su presidente; supuesto que, en cambio, para los recurrentes es contraria a derecho y no estaría motivada al no encontrarse entre los supuestos del artículo 173.3 RARM. Pero la Mesa ejerce la función de calificación en los términos del artículo 44 RARM, que, en los supuestos en los que se susciten dudas acerca de la competencia de la comunidad autónoma, le habilita para inadmitir una iniciativa, previa audiencia de la junta de portavoces. Entiende, por esta razón, la Mesa que la ajenidad radica en que la pregunta se refiere a la *actividad de un partido político, pero no a asuntos relacionados con la acción del Gobierno de Murcia, de ahí que resulte ajena a las competencias del presidente del Consejo de Gobierno de esta comunidad autónoma*, que, recuerda, vienen reguladas en la Ley 6/2004 arriba mencionada, y que es sobre lo que puede controlar la Asamblea Regional. Dicho de otra forma, la Mesa argumenta que ninguna iniciativa de control puede ser admisible si lo que pretende controlar es algo que no es competencia del sujeto controlado. En esencia, la complejidad de la cuestión reside, pues, en articular el modo de ejercicio de la función de calificación y admisión a trámite (44 RARM) con los supuestos de inadmisibilidad (173 RARM), y, en consecuencia, razonar sobre el carácter taxativo de estos últimos o si, por el contrario, existen otros casos de justificada inadmisión.

El Tribunal Constitucional desmonta el argumento del recurrente que alega la STC 107/2001 –casualmente también versaba sobre un amparo parlamentario en Murcia– porque si bien dicha sentencia estimaba el recurso de amparo al entender que el artículo 23 de la Constitución quedaba vulnerado, por otro lado recogía que era *posible que la Mesa de la Cámara, al efectuar el juicio de admisión, pudiera rechazar aquellas preguntas, cuyo contenido, en un examen liminar, resultase o pudiera resultar manifiesta e inequívocamente ajeno a la acción del Consejo de Gobierno y de su Presidente, o, incluso, a los intereses de la Comunidad Autónoma*. Va más allá el Tribunal Constitucional, pues establece en el fundamento jurídico 9 de la STC 107/2001 que no puede entrar dentro

de la función de una asamblea el control al Gobierno y a su presidente cuando es *algo inequívoca y manifiestamente ajeno a la competencia de éstos*. Jurisprudencia, esta última, ya asentada gracias, fundamentalmente, a dos sentencias citadas en la presente STC 68/2020: las SSTC 74/2009 y 33/2010 que, sin embargo, estiman los recursos de amparo al no estar suficientemente motivada la inadmisión de varias preguntas por parte de la Mesa de las Cortes Valencianas.

Finalmente, el fundamento jurídico 4 resuelve si es válida la argumentación de la Mesa al inadmitir la pregunta en cuestión, que tiene como razonamiento esencial la falta de conexión material entre la pregunta y la competencia gubernamental. La justificación que esgrime la Mesa es calificada como *discutible pero difícilmente cabe tildarla de irrazonable*, toda vez que la materia susceptible de control viene delimitada en la ya citada Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del estatuto del presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, que, a su vez, enmarca el ejercicio de la función de control.

El Tribunal Constitucional resuelve el recurso apoyándose en su Auto 125/2005, que fue pionero, como bien sabemos, al inadmitir un recurso de amparo frente a la inadmisión por la Mesa del Congreso de los Diputados de una pregunta oral que interrogaba sobre la práctica de la caza del Ministro de Fomento al entender que es *un requisito implícito de admisibilidad su referencia a la competencia o gestión del Gobierno* (ATC 125/2005, FJ 2 *in fine*), que se concreta al final del fundamento jurídico 4 de la STC 68/2020, cuando exige una *necesaria conexión de las preguntas con la competencia o gestión del Gobierno (o de su presidente), lo cual se desprende de su carácter de instrumentos de control del ejecutivo como una de las funciones de la Asamblea Regional*, como regula el Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, en sus artículos 22 y 25. De ahí que, a los requisitos expresamente incluidos en el reglamento, se añada uno más, implícito, que habilita a la Mesa al *examen material del contenido* de la pregunta. De ese examen, basado en que la función de control de la asamblea excluye preguntar sobre cuestiones de las que no es competente el gobierno regional, como es la financiación de un partido

político que *queda claramente fuera de dicho ámbito*, la Sala Primera del Tribunal Constitucional concluye que la decisión de la Mesa no solo no es ni irrazonable ni arbitraria sino que, además, se enmarca dentro de la *función de ordenación de la labor de la Cámara*, sin que, culmina, entrañe lesión alguna de derechos, lo que obliga a la no revisión de un acto, el de inadmisión, correctamente adoptado.

III. CONCLUSIÓN

Concluamos este comentario trazando una breve reflexión sobre el punto central de la sentencia, que no es otro que la fijación de las funciones de las Mesas parlamentarias en relación con la regulación reglamentaria de la cuestión.

En este sentido, al apuntar que un motivo de inadmisión no previsto expresamente en el reglamento no es, *per se*, arbitrario, el Tribunal Constitucional evidencia en su jurisprudencia –que es confirmada una vez más– que una Mesa parlamentaria puede, motivadamente, inadmitir una iniciativa por razones no previstas expresamente en los reglamentos, lo cual va a permitir a la Mesa interpretar con un mayor margen el contenido de dicha iniciativa. No en vano, no supone el mismo ejercicio dicha interpretación cuando el canon de admisibilidad está basado en un criterio de tipicidad expreso (el mismo artículo 173 RARM) que en un supuesto de adecuación a un principio más genérico, como puede ser que, por razones de fondo, una iniciativa se extralimite materialmente a un ámbito competencial determinado y, en consecuencia, no pueda subsumirse como parte del ejercicio de la función de control.

Esta sentencia, en línea, como hemos visto, con las precedentes sobre la materia, confirma, en definitiva, el margen que tiene la Mesa en el ejercicio de la función de calificación y admisión a trámite de las preguntas orales en pleno. Siendo, generalmente, iniciativas cuya sustanciación goza de una enorme relevancia política, su inadmisión, como fue este caso, aunque suele acarrear altas dosis de polémica, en términos jurídicos la actuación de los órganos parlamentarios está ya bien definida. El

Tribunal Constitucional ha mantenido una jurisprudencia que, sin dejar de ser garantista con los derechos fundamentales de los parlamentarios, recoge la necesidad de una formalidad adicional en este tipo de preguntas y reconoce, quizá, un mayor margen de la Mesa. Esto supone un cierto blindaje del Gobierno, al ser sus funciones el único objeto posible de una pregunta, lo cual, por otro lado, revela que basta esa mínima conexión competencial para considerar admisible una pregunta. Dicho de otro modo, y como indicó la Mesa de la Asamblea Regional de Murcia en la resolución de la reconsideración, basta una formulación diferente para que esta iniciativa hubiera sido admitida, de ahí que esa supuesta rigidez de admisibilidad no sea tal y, además, venga acompañada de una total flexibilidad para que, en su sustanciación durante la sesión de control, el diputado que formula pueda exponer la pregunta de una manera tan amplia como desee.

LA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES REPRESENTATIVAS DE LOS PARLAMENTARIOS COMO CONSECUENCIA DE LA NO CONVOCATORIA DE SESIONES O LA NO INCLUSIÓN DE NUEVOS PUNTOS EN SUS ÓRDENES DEL DÍA. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 173/2020, DE 19 DE NOVIEMBRE. RECURSO DE AMPARO NÚM. 5084-2017. (BOE NÚM. 332, DE 22 DE DICIEMBRE DE 2020)*

LUIS MOLINA MORENO

Letrado de las Cortes Generales
Director de Asistencia Técnico-Parlamentaria del Senado
<https://orcid.org/0000-0003-2983-3025>

RESUMEN

La sentencia aporta un elemento más a la delimitación del contenido del derecho de acceso a los cargos públicos recogido en el artículo 23.2 de la Constitución al concluir que, a pesar de que los acuerdos de la mesa o las acciones y omisiones de la presidenta de una Cámara trasladando de día sesiones plenarias ordinarias previstas en el calendario de sesiones, o no incluyendo determinadas iniciativas en sus órdenes del día, puedan suponer una vulneración que afecte al núcleo del ius in officium de los parlamentarios, no puede afirmarse que exista una vulneración en abstracto de las facultades de los parlamentarios, sino que es necesario determinar, en la demanda de la tramitación, de qué iniciativas se vieron privados y en qué términos supuso un menoscabo del ejercicio de su derecho.

* Enlace a la STC 173/2020, de 19 de noviembre: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-16820.

Palabras clave: derecho al acceso a cargos públicos, derecho a participar en los asuntos públicos, ius in officium, convocatoria de sesiones plenarias ordinarias, fijación del orden del día, control del Gobierno, omisión, vía de hecho.

Artículos clave: art. 23.2 CE; arts. 37.3, 38, 71.2, 81, 151.1, 161.1 del Reglamento del Parlamento de Cataluña; art. 42 LOTC.

Resoluciones relacionadas: STC 242/2006, ATC 134/2017.

I. ANTECEDENTES

El 18 de octubre de 2018, los diputados del Grupo Parlamentario Ciudadans del Parlamento de Cataluña promueven un recurso de amparo contra una serie de vías de hecho de la presidenta del Parlamento de Cataluña, consistentes en no convocar tres sesiones plenarias previstas en el calendario de sesiones, así como en la no inclusión de nuevos puntos en el orden del día de una sesión en la que habría de sustanciarse una comparecencia del presidente de la Generalidad. En opinión de los recurrentes, dichas actuaciones impidieron el ejercicio de sus funciones parlamentarias, concretamente, la de controlar al Ejecutivo, pues, a causa de las mismas, no se pudieron sustanciar las oportunas iniciativas parlamentarias, de las que solo concretan una moción, cuyo contenido estaría ligado a lo que ellos se refieren como «referéndum ilegal», que iba a tener lugar el 1 de octubre de 2017.

En referencia a los hechos sucedidos de los que trae causa el recurso, comienzan con la fijación por la Mesa del Parlamento de Cataluña del calendario de sesiones ordinarias por Acuerdo del 18 de julio de 2017. El 27 de julio de 2017, el Reglamento fue reformado parcialmente y, el 20 de febrero de 2018, la Mesa, oída la Junta de Portavoces, conforme a la facultad que la anterior reforma le confería, aprobó el nuevo texto refundido del Reglamento, en el que se incluía el art. 81, que regula la fijación del calendario de sesiones y de los órdenes del día.

El grupo parlamentario ahora recurrente presentó una moción que versaba sobre el arriba referido referéndum, que fue calificada por la presidenta, en virtud de la delegación de la Mesa, el 12 de septiembre de 2017, para que se sustanciase en la sesión plenaria de los días 20 y 21 de septiembre de 2017. Sin embargo, el día 19 de ese mes, la Mesa modificó el acuerdo por el que se aprobaba el calendario, sin que los recurrentes solicitasen reconsideración de dicha modificación, trasladando varias de ellas, incluida la que se iniciaría al día siguiente, al mes de diciembre, una vez pasada la fecha del pretendido referéndum.

Por otra parte, sin que mediase acuerdo alguno de la Junta de Portavoces, la presidenta no convocó las sesiones previstas en el calendario para los días 4 y 5 de octubre y 18 y 19 de octubre, respectivamente, mientras que sí convocó, esta vez con acuerdo de la Junta de Portavoces, una sesión no prevista el 10 de octubre de 2017 ante la petición de comparecencia del presidente de la Generalitat, que constituyó su único punto del orden del día.

II. COMENTARIO

Sin lugar a dudas, el derecho parlamentario es una de las ramas más peculiares del derecho público, por los sujetos que lo desarrollan y aplican, por las materias que le competen y por la relevancia jurídico-constitucional que las funciones del Parlamento suponen. Esta sentencia en particular aborda un asunto de inmensa relevancia práctica, ya que se refiere a algo que queda *intra muros* del Parlamento, algo cuyo desempeño se encuentra regulado por los reglamentos, pero fuertemente influido por los usos, como es la fijación del orden del día y la convocatoria de sesiones. Por otra parte, el propio instrumento empleado por los recurrentes, el amparo, resulta de máximo interés, ya que, al no existir ningún tipo de instrumento específico para salvaguardar la constitucionalidad de las decisiones no legislativas de los órganos parlamentarios, muchas veces los miembros de los Parlamentos se encuentran con que la poco definida figura del *ius in officium*, al amparo del artículo 23.2 de la Constitución

española (CE), es el único medio para, de un modo un tanto indirecto, asegurar el cumplimiento adecuado al texto constitucional de los reglamentos de sus respectivas Cámaras. Es por este motivo por el que los servicios jurídicos de los Parlamentos recibimos con avidez sentencias como estas, que a pequeños bocados delimitan las formas de ese *ius in officium* y que, por su concreción, resuelven con total precisión casos que se repiten en la práctica, o que se podrían llegar a producir, generando una cierta preocupación por su posible inconstitucionalidad.

Otro asunto que debe tenerse en cuenta para comprender las motivaciones de los recurrentes en este tipo de recursos es la contraposición que a veces se produce entre «lo político» y «lo jurídico». Al no tratarse de recurrentes al uso, sino de representantes públicos, no puede abordarse la forma en que estos plantean sus pretensiones de un modo ordinario, ya que el ejercicio de sus funciones y prerrogativas no constituye un interés singular de su persona, sino de todos los españoles, a los que representan. En el caso que nos ocupa, los diputados del Parlamento de Cataluña del Grupo Parlamentario Ciutadans entienden vulnerado su derecho a ejercer la función de control sobre el Gobierno de la Generalitat que a la institución corresponde, en un asunto de tal importancia como podría ser la celebración, por parte de este, de un referéndum cuyo contenido supondría una violación de la Constitución. La medida en la que una iniciativa resulta útil o no para controlar al Ejecutivo, o si es necesaria o no, entra dentro de «lo político», cuyos márgenes son mucho menos nítidos que los de «lo jurídico». De la lectura de los fundamentos jurídicos del Alto Tribunal se observa como la idea central sobre la que se sostiene la desestimación del recurso es el carácter genérico del *petitum* y la falta de concreción de las iniciativas que, a entender de los demandantes, habrían permitido controlar al Govern y que, a causa del proceder de la presidenta del Parlament, no se pudieron sustanciar. El suplico solicita la declaración de nulidad de los «acuerdos» y «las vías de hecho» para que la Mesa y la presidenta del Parlamento «se abstengan de realizar actuaciones, interpretaciones o vías de hecho contrarias a la jurisprudencia constitucional». En efecto, desde un punto de vista jurídico, el contenido del recurso no

aporta datos suficientes al Tribunal para poder pronunciarse sobre si las iniciativas que supuestamente se habrían tramitado hubiesen supuesto un ejercicio efectivo de control de los parlamentarios y de su grupo hacia el Govern, si bien, desde un punto de vista de «lo político», esto resultaría de menor relevancia, ya que ese juego de controles se basa en una eficacia mucho más etérea, la de la «sanción política». Los recurrentes hacen referencia únicamente a una moción, instrumento dirigido al impulso del Ejecutivo por parte del Parlamento, si bien, en la concepción más abstracta del control, entraría en la mente de los demandantes la formulación de preguntas e interpelaciones que, por habituales en cualquier sesión plenaria, esperarían que se incluyesen en el orden del día de las que estaban previstas en el calendario. De otra parte, también en un aspecto político, actuaciones perfectamente adecuadas al Reglamento parlamentario pueden suponer una vulneración de los derechos de los parlamentarios previstos en el artículo 23.2 de la Constitución, ya que, si bien jurídicamente pueden resultar irrelevantes, el momento en que se sustancien las iniciativas, el reconocimiento de su autoría, o, incluso, el formato del debate, pueden dotarlas o privarlas absolutamente de su eficacia. Sin entrar a juzgar la motivación de los actos de la presidenta, resulta claro que la no convocatoria de las sesiones previstas impidió que se sustanciasen en ellas preguntas, interpelaciones y mociones, lo que redundaba en la imposibilidad de los recurrentes de ejercer control en el Pleno, órgano de mayor relevancia política y mediática.

El Tribunal Constitucional no desconoce de ello, como se desprende de su argumentación en los fundamentos jurídicos tercero, cuarto y quinto, pero, y es aquí donde reside una de las principales ideas que hay que extraer de la sentencia, los magistrados no pueden entrar a conjeturar sobre las iniciativas que se habrían sustanciado o no, o sobre su contenido, que podría haber sido atinente o no al referéndum del que trae causa todo el asunto. Hemos de coincidir con el Alto Tribunal en ello, ya que, si bien es cierto que, con casi total seguridad, los autores del recurso habrían dirigido al Govern iniciativas referidas a dicho referéndum, que, de haberse visto pospuesta su inclusión en un orden del día al

de una sesión posterior a la celebración de aquel, habrían perdido toda su eficacia política, como esgrimen respecto a la moción mencionada en el recurso, es esa una realidad que un tribunal no puede suponer sin que le sea alegada y probada. Se desprende, pues, un importantísimo fundamento a tener en cuenta, que es que la acción de los órganos de una Cámara parlamentaria impidiendo o coartando la sustanciación de iniciativas, de modo que pierdan su eficacia política, puede suponer una vulneración de los derechos de los parlamentarios *ex* artículo 23.2 de la Constitución, pero la relevancia que supone la concesión de amparo frente a un acto emanado conforme al Reglamento parlamentario exige la más absoluta concreción del objeto del recurso, es decir, de las iniciativas que se pretendiesen ejercer, a fin de que se pueda determinar que la voluntad de aquellos órganos fuera producir ese efecto de privación de su eficacia. En un lugar como el Parlamento, en el que lo jurídico y lo político confrontan a menudo, la seguridad de que la alegación genérica de la vulneración de una función parlamentaria no sea óbice para pretender un efecto jurídico resulta muy tranquilizadora.

En cuanto a las vías de hecho recurridas, consistentes en no convocar sesiones ordinarias previstas en el calendario de sesiones plenarios, el fiscal considera que, al amparo del tenor literal del art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), que regula el recurso de amparo parlamentario, las omisiones y vías de hecho no se cuentan entre las decisiones o actos sin valor de ley que aquel recoge. El Tribunal Constitucional difiere de ese criterio, conforme a su jurisprudencia y al «principio de interpretación más favorable», manifestando que no hay motivos para que el recurso de amparo no quepa oponerse frente a omisiones o vías de hecho. Entendemos la posición de ambos, sin duda el fiscal está en su lugar, defendiendo la legalidad, al ceñirse al contenido del artículo para delimitar el objeto del recurso, que supone una postura muy prudente ante un asunto de esta relevancia constitucional. Sin embargo, la experiencia parlamentaria nos hace inclinarnos por la postura del Alto Tribunal, pues no amparar las vías de hecho y omisiones dejaría totalmente indefensos a los parlamentarios ante aquellas

actuaciones internas no legislativas de los órganos parlamentarios que no sean tampoco susceptibles de recurso ante el Tribunal Supremo, que no son pocas, y que podrían permitir un bloqueo absoluto de la función de control parlamentaria. En general, las funciones legislativa y presupuestaria, en cuanto que están sometidas en su desarrollo a procedimientos regulados en su esencia en la Constitución y sujetas, en ciertos casos, a plazos preclusivos, gozan de la garantía de que esas omisiones y vías de hecho causen *de facto* algún tipo de vulneración susceptible no ya de amparo, sino de recurso de inconstitucionalidad. Por el contrario, la función de control, en su vertiente de iniciativas más indirectas (evidentemente, la estricta regulación constitucional de los instrumentos directos, como la moción de censura o la investidura del presidente del Gobierno, los excluye del siguiente razonamiento), como son preguntas e interpelaciones, al estar poco definidas por el texto constitucional y no contar con otra sanción que la política por su incumplimiento, podrían dejar al albur de los acuerdos de las mayorías parlamentarias en las mesas y juntas de portavoces, o de las presidencias, que habitualmente coinciden con los partidos que sostienen al Ejecutivo, la tramitación de esas iniciativas, pues en nada cabría fundamentar un recurso contra, por ejemplo, la decisión de la mesa de no calificarlas ni admitirlas a trámite, dejándolas sin incluir en sus órdenes del día o acordando *in aeternum* el aplazamiento de la decisión sobre su calificación a siguientes reuniones.

En cuanto a la necesidad de haber solicitado la reconsideración de los acuerdos adoptados por la Mesa del Parlamento antes de recurrir en amparo, se nos plantean dos reflexiones, una sobre su carácter de requisito necesario previo, y otra sobre su eficacia singularizadora de la intención del órgano parlamentario que adoptó el acuerdo o acto recurrido. Sobre lo primero, no es necesario insistir en algo sobre lo que ya existe suficiente doctrina constitucional, aunque sí querríamos hacer notar el hecho de que las presidencias y las mesas de las Cámaras no son órganos administrativos ni judiciales y, por el contrario que aquellos, sus decisiones no obedecen a criterios de estricta aplicación de la normativa, sino que a veces los principios jurídicos no son suficientes para dirimir la

aplicación de un precepto que pudiera resultar controvertido, recurriendo entonces a criterios políticos más prácticos (véase la práctica de los *préstamos de parlamentarios* para la constitución de grupos o la tramitación de iniciativas no reguladas, como las declaraciones institucionales). En este sentido, la solicitud de reconsideración debería tenerse más bien por una oportunidad de que el órgano competente, conociendo la intención y argumentos del solicitante, se replantee la oportunidad de la decisión o su adecuación a la normativa aplicable, con el fin de que la modifique, y no tanto como un recurso de revisión, especialmente cuando muchas veces el solicitante, presumiendo con acierto que el órgano se ratificará en los términos de su acuerdo o decisión, la formula más bien a título de queja política. Con ello lo que pretendemos significar es que, en muchas ocasiones, requerir que se haya producido una solicitud de reconsideración como agotamiento de la vía previa podría no conducir sino a una dilación del momento en el que se pueda interponer el recurso de amparo, lo que, atendiendo a la importancia de los tiempos en el ámbito político-parlamentario, podría mostrarse muy lesivo para los interesados o incluso tener efectos irreversibles. En cuanto a la segunda reflexión, resulta muy relevante lo expuesto por el Tribunal, por cuanto el acuerdo por el que se resuelva la solicitud de reconsideración deberá ir convenientemente motivado, con lo que el órgano responsable de la decisión después recurrida tendría que pronunciarse de forma directa sobre su intención, permitiendo al Alto Tribunal juzgar si actuó atendiendo a fines legítimos o pretendiendo abusar de sus facultades en contra de los derechos de los parlamentarios. Nótese que la ausencia de motivación también podría considerarse, por parte del Alto Tribunal, bastante reveladora de las verdaderas pretensiones del órgano que realizó la omisión o acto en vía de hecho. Es ciertamente brillante la utilización del contenido de una resolución sobre una solicitud de reconsideración como una suerte de prueba, ya que, como bien dice el Tribunal, de otra forma debería entenderse que las decisiones u omisiones se adoptasen con fines organizativos, como es habitual, sin que cupiese suponer una espuria intencionalidad por parte de los órganos parlamentarios. Volvemos

a traer aquí la relevancia de los tiempos en lo político; en ocasiones se requiere una celeridad que lleva a los órganos parlamentarios a adoptar acuerdos cuya cabida en el Reglamento resulte dudosa, con el único fin de evitar un mayor problema, sin que los parlamentarios afectados manifiesten ninguna oposición (tenemos muy recientes numerosos acuerdos adoptados por las presidencias y las mesas del Senado y del Congreso de los Diputados, así como de multitud de Parlamentos autonómicos, en ocasiones no previstos o incluso contrarios a sus reglamentos, para salvar las dificultades de asistencia, votaciones, etc. que la pandemia de la COVID-19 ha supuesto y que, de no haberse tomado, podrían haber resultado en una grave parálisis legislativa).

III. CONCLUSIONES

La presente sentencia deja claro que las omisiones y la vía de hecho de los órganos parlamentarios son susceptibles de vulnerar el derecho al desempeño de las funciones de los parlamentarios *ex art. 23.2 CE*, por lo que cabe suplicar el amparo del Tribunal Constitucional, incluso en el caso de que dichas decisiones o actuaciones no hayan sido objeto de solicitud de reconsideración, si bien no cualquier infracción del Reglamento implica *per se* la privación del ejercicio de las facultades del recurrente, que habrá de concretar qué iniciativas concretas se vio imposibilitado de sustanciar y cuál fue la razón por la que el órgano responsable actuó de esa manera, a fin de que se pueda demostrar la efectiva vulneración del *ius in officium*.

EL CONFLICTO ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, SALA SEGUNDA [BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, ZWEITEN SENATS], 2 BVR 859/15, 2 BVR 1651/15, 2 BVR 2006/15, 2 BVR 980/16, DE 5 DE MAYO DE 2020*

ANTONIO BAR CENDÓN

Catedrático de Derecho Constitucional
Catedrático Jean Monnet *ad personam*
Universidad de Valencia
<https://orcid.org/0000-0001-5306-5121>

RESUMEN

El Tribunal Constitucional Federal alemán emitió el 5 de mayo de 2020 una larga y dura sentencia (2 BvR 859/15), que viene a contradecir y desautorizar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 11 de diciembre de 2018 (C-493/17, Weiss; ECLI:EU:C:2018:1000). El Tribunal Constitucional Federal no duda en calificar de incomprensible, carente de sentido y, desde luego, ultra vires la decisión del Tribunal de Justicia y el modo en el que se produjo el razonamiento del Alto Tribunal europeo. Lo que está en cuestión en el fondo es el Programa de Compras de Activos del Sector Público

* Enlace para consultar la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sala Segunda, 2 BVR 859/15, 2 BVR 1651/15, 2 BVR 2006/15, 2 BVR 980/16, de 5 de mayo de 2020: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html.

(PSPP) del BCE y la propia capacidad del BCE y del SEBC para adoptar ese tipo de decisiones, que pueden exceder su competencia como reguladores de la política monetaria de la UE, para introducirse de lleno en el campo de la política económica. En este trabajo, pues, se analizan y comparan los razonamientos que justifican las respectivas decisiones judiciales y se evalúan sus consecuencias.

Palabras clave: Tribunal Constitucional Federal, Tribunal de Justicia, Banco Central Europeo, Sistema Europeo de Bancos Centrales, Programa de Adquisición de Bonos de Titulización de Activos (ABSPP), Programa de Compras de Activos del Sector Público (PSPP).

Resoluciones analizadas: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, C-493/17, Weiss, ECLI:EU:C:2018:1000, de 11 de diciembre de 2018. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sala Segunda [Bundesverfassungsgericht, Zweiten Senats], 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, de 5 de mayo de 2020.

I. ANTECEDENTES

El Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, BVerfG o TCF) emitió el 5 de mayo de 2020 una larga y dura sentencia que supone, siquiera sea nominalmente, un fuerte golpe al proceso europeo de integración. La sentencia (2 BvR 859/15¹) es dura, por los términos empleados y por el tono general que rezuma. Se trata de una severa crítica al Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJ) y a su Sentencia de 11 de diciembre de 2018 (asunto C-493/17, *Weiss*; nomenclatura oficial:

¹ En realidad, la denominación de la Sentencia de la Segunda Sala –Zweiten Senats– del TCF, de 5 de mayo de 2020, es más larga, por cuanto versa sobre cuatro recursos acumulados: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15 y 2 BvR 980/16. Aquí vamos a referirnos a ella, de forma abreviada, como «2 BvR 859/15».

ECLI:EU:C:2018:1000²), en la que el TCF no duda en utilizar términos como *incomprensible*, *carente de sentido* y, desde luego, *ultra vires*, contra la decisión del TJ y el modo en el que se produjo el razonamiento del Alto Tribunal europeo. Críticas que denotan un elevado punto de arrogancia y que manifiestan un cierto menosprecio con respecto al Tribunal de Luxemburgo y, claro es, una consciente ignorancia del contenido y significado del ordenamiento jurídico de la UE. Todo ello, en un largo texto, de 93 páginas y 235 párrafos o fundamentos jurídicos.

La sentencia del TCF trae causa de una petición de decisión prejudicial planteada por el propio tribunal alemán ante el TJ sobre la validez de la Decisión (UE) 2015/774 del Banco Central Europeo, de 4 de marzo de 2015, sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios, en su versión modificada por la Decisión (UE) 2017/100 del Banco Central Europeo, de 11 de enero de 2017³, en relación con las previsiones del art. 4.2 TUE y de los arts. 123 y 125 TFUE. Esta petición de decisión prejudicial se hizo en el marco de un proceso suscitado por cuatro recursos de amparo en relación con la aplicabilidad en Alemania de diversas decisiones del Banco Central Europeo (BCE), con la participación del Deutsche Bundesbank (Banco Federal Alemán).

Dada la difícil situación financiera por la que atravesaba la UE en aquel momento, el 4 de septiembre de 2014, el Consejo de Gobierno del BCE decidió poner en marcha un programa de adquisición de bonos garantizados (denominado «tercer programa») y un programa de adquisición de bonos de titulización de activos (en inglés, *asset-backed securities*

² Aquí nos referiremos a ella, de manera abreviada, como «caso *Weiss*».

³ En realidad, la decisión del programa de compras de 2015 –Decisión (UE) 2015/774 sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (DO L 121, 14.5.2015)– fue modificada por cuatro decisiones del BCE, adoptadas todas ellas el 11 de enero de 2017: Decisión (UE) 2017/100, sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios; Decisión (UE) 2017/101, sobre la ejecución del tercer programa de adquisiciones de bonos garantizados; Decisión (UE) 2017/102, sobre la ejecución del programa de adquisiciones de bonos de titulización de activos, y Decisión (UE) 2017/103, sobre la ejecución del programa de compras de bonos corporativos (DO L 16, 20.1.2017).

purchase programme, ABSPP). La intención de estos programas de compras de activos era, pues, mejorar la transmisión de la política monetaria y facilitar la concesión de créditos a la economía de la zona del euro, coadyuvando con ello a facilitar las condiciones de los préstamos para los hogares y las empresas y, en fin, contribuir así a devolver las tasas de inflación a niveles más cercanos al 2 %, de conformidad con el objetivo primordial del BCE de mantener la estabilidad de precios. Poco después, el 22 de enero de 2015, el BCE decidió que las compras de activos deberían ampliarse para incluir un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (en inglés, *public sector asset purchase programme*, PSPP) (Decisión (UE) 2015/774 del Banco Central Europeo). Con arreglo al PSPP, el BCE y los bancos centrales nacionales podían, en la proporción que reflejase su respectiva participación en el capital clave del BCE, realizar compras simples de instrumentos de renta fija negociables a entidades de contrapartida en los mercados secundarios. Una vez más, la intención era proporcionar un estímulo monetario, evitando la caída acentuada de la inflación real en la zona del euro a mínimos históricos. En la interpretación del BCE, como se aprecia en los preámbulos de las decisiones mencionadas, el PSPP era una medida proporcionada para mitigar los riesgos en las perspectivas de evolución de los precios y de las condiciones monetarias y financieras en la zona del euro, apoyando así el consumo y la inversión; contribuyendo, en última instancia, a alcanzar una tasa de inflación de nivel inferior, pero cercano al 2%.

En su conjunto, el PSPP, el ABSPP y el tercer programa combinados –cuya duración estaba prevista hasta el final de septiembre de 2016– suponían un aporte de liquidez que alcanzaba los 60 000 millones de euros. Sin embargo, el 8 de diciembre de 2016, el BCE decidió ampliar el Programa de Adquisición de Activos Financieros (PAA), tanto en lo que se refería a su horizonte temporal –ampliándolo hasta el final de diciembre de 2017, o más allá, si fuera necesario– como en lo que se refería a su montante económico, estableciéndose que la liquidez proporcionada al mercado por las compras mensuales conjuntas debería alcanzar los 80 000 millones de euros hasta el final de marzo de 2017 y, desde abril

hasta el final de diciembre de 2017, debería mantenerse la cifra de 60 000 millones de euros (Decisión (UE) 2017/100 del Banco Central Europeo).

Por otra parte, desde un punto de vista estrictamente jurídico, es claro que el BCE operó de esta manera entendiendo que su actuación era plenamente legal y proporcionada al cumplimiento de los objetivos que le marcan los Tratados y los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (ESEBC). En concreto, el art. 282.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que *[e]l objetivo principal del SEBC será mantener la estabilidad de precios*, añadiendo inmediatamente que, *[s]in perjuicio de este objetivo, prestará apoyo a las políticas económicas generales de la Unión para contribuir a la consecución de los objetivos de ésta*. Y el art. 18.1 de los ESEBC⁴ establece que *el BCE y los bancos centrales nacionales podrán operar en los mercados financieros comprando y vendiendo directamente (al contado y a plazo), o con arreglo a pactos de recompra, prestando o tomando prestados valores y otros instrumentos negociables, ya sea en euros o en otras monedas, así como en metales preciosos*.

En este sentido, como reza el propio preámbulo de la Decisión (UE) 2017/100 del BCE, *[e]l PAA se adapta plenamente a las obligaciones de los bancos centrales del Eurosistema con arreglo a los Tratados, incluida la prohibición de financiación monetaria, y no impide el funcionamiento del Eurosistema de conformidad con el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia*. A lo que añade: *La adquisición de activos conforme al PAA es una medida proporcionada para mitigar los riesgos de las perspectivas de la evolución de los precios, ya que facilitará aún más las condiciones monetarias y financieras, incluidas las que afectan a las condiciones de los préstamos a las sociedades no financieras y los hogares de la zona del euro, apoyando así el consumo y la inversión agregados de la zona del euro y contribuyendo, en definitiva, a devolver a medio plazo las tasas de inflación a niveles inferiores pero próximos al 2%* (párrafo que repite al pie de la letra lo que ya decía el preámbulo de la Decisión (UE) 2015/774).

⁴ Protocolo (n.º 4) sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo [ad TFUE].

Sin embargo, los recurrentes acudieron en recurso de amparo ante el TCF alemán, al entender que las decisiones del BCE infringían las previsiones del art. 119 TFUE, en lo que se refiere a las competencias de la UE en materia de política económica y monetaria; del art. 123.1 TFUE, por lo que respecta a la prohibición de que el BCE y el SEBC concedan créditos o financien directamente a los Gobiernos de los Estados, o a cualquier otro tipo de autoridad pública, o que adquieran directamente de los mismos instrumentos de deuda; del art. 127 TFUE, en lo concerniente al objetivo y competencias del BCE y del SEBC, y, en la misma línea, de los arts. 17 a 24 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, en lo que se refiere a su capacitación para operar en los mercados financieros, comprando y vendiendo directamente valores y otros instrumentos negociables, así como para realizar operaciones de crédito con entidades de crédito y otros participantes en el mercado de capitales. Y, todo ello, por entender que, al infringir esas normas, no solo el BCE y el SEBC habían incurrido en *ultra vires*, sino que, por lo mismo, habían vulnerado el principio de distribución de competencias entre la UE y los Estados miembros y, por lo tanto, habían vulnerado el principio democrático consagrado en la Ley Fundamental de Alemania –su identidad constitucional–. Esto, además –en su opinión–, se había producido gracias a la participación directa del Banco Federal de Alemania en la ejecución de estas decisiones del BCE, y a la inacción del Gobierno y del Parlamento Federal alemanes, que habían aceptado, sin control alguno, su realización. Consecuentemente, todo ello suponía una flagrante vulneración de sus derechos fundamentales.

Es así como el TCF alemán no solo admitió a trámite esos recursos de amparo, sino que, al ver que eran preceptos básicos de los Tratados de la Unión lo que en el fondo se discutía, decidió plantear una cuestión prejudicial ante el TJ. La cuestión incluía una larga y detallada lista de preguntas y subpreguntas en las que, en sustancia, se venía a preguntar al TJ si las decisiones del BCE que regulaban el programa de compras de valores en el mercado secundario –en concreto, el PSPP– infringían los mencionados artículos 119, 123.1 y 127 TFUE y los artículos 17 a 24 de los Estatutos del BCE y del SEBC.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) emitió su sentencia el 11 de diciembre de 2018 (caso C-493/17, *Weiss*, ECLI:EU:C:2018:1000). Pero, y antes de entrar en el fondo de la cuestión, hubo de pronunciarse sobre admisibilidad de la petición de decisión prejudicial, a la que, sorpresiva y muy excepcionalmente, se opuso el Gobierno italiano tanto por cuestiones de forma como por cuestiones de fondo. En lo que se refiere al aspecto formal, entendía el Gobierno italiano –no sin razón– que la cuestión prejudicial suponía, en realidad, un recurso directo contra la validez de un acto de la Unión ante un tribunal nacional, cuando, de acuerdo con el art. 267 TFUE, solo es posible presentar una petición de decisión prejudicial sobre la validez de actos de la Unión si dicha petición tiene su origen en actos nacionales adoptados para su aplicación. Sin embargo, entiende el TJ que las peticiones de decisión prejudicial sobre la validez de un acto de la Unión son admisibles cuando el órgano jurisdiccional remitente –como sucede en este caso– conoce de un litigio real en el que se cuestiona, con carácter incidental, la validez de un acto de la Unión (y cita en su apoyo su Sentencia de 16 de junio de 2015, C-62/14, *Gauweiler*, EU:C:2015:400, apartado 29). Y, en lo que se refiere a la cuestión de fondo, entendía el Gobierno italiano que los recursos ponían en entredicho las decisiones adoptadas por el BCE en el marco de su facultad discrecional para dar ejecución a su Decisión 2015/774. Sin embargo, el TJ entendió que, conforme al principio de atribución de competencias formulado en el artículo 5.2 TUE, tanto el BCE como el SEBC deben actuar dentro de los límites de las facultades que les confiere el derecho primario, por lo que no pueden adoptar ni ejecutar un programa que no esté comprendido en el ámbito que este derecho atribuye a la política monetaria. Por ello, los actos del BCE y del SEBC se hallan sujetos, en las condiciones previstas por los Tratados, al control jurisdiccional del TJ (y, de nuevo, cita en su apoyo su Sentencia C-62/14, *Gauweiler*, EU:C:2015:400, apartado 41).

En todo caso, como parece evidente, fue el temor a perder el importante apoyo económico que suponía para Italia la aplicación del plan PSPP del BCE, en el caso de que este fuese anulado, lo que motivó la actuación del Gobierno italiano, más que su preocupación por la correcta

aplicación de los procedimientos procesales ante el TJ, en un asunto en el que, además, parecía –en principio– que se dilucidaba solo una cuestión de índole interna alemana.

Y, en fin, con respecto a la sustancia de la cuestión planteada, el TJ centra su razonamiento sobre nueve de las cuestiones planteadas por el TCF alemán. Y van a ser, precisamente, las respuestas que el TJ da a esas cuestiones lo que va a provocar la dura réplica del TCF –en su Sentencia 2 BvR 859/15–, que se manifiesta insatisfecho y sorprendido por lo que considera una endeble sentencia del TJ. Pero de ello nos ocupamos en el apartado que sigue.

II. COMENTARIO

En su conjunto, podría decirse que, mientras que el TJ atendió en sus razonamientos, primordialmente, a cuestiones de legalidad, procurando una nuda interpretación de las previsiones del TFUE y de los Estatutos del BCE y del SEBC, el TCF fue más allá y basó su argumentación en cuestiones de oportunidad, de política económica, de proporcionalidad y de eficacia. En otras palabras, trató de evaluar la adecuación las decisiones adoptadas y las previsiones jurídicas utilizadas a los fines de política monetaria y económica perseguidos, y la efectiva –y proporcionada– consecución de los objetivos buscados. Y esto, en mi opinión, no es ni la función ni el propósito de un tribunal de justicia, aunque sea de carácter constitucional y haya de aplicar unas normas tan polifacéticas como lo son una constitución o los Tratados constitutivos de la UE. Y es esta pérdida del enfoque lo que ha llevado al BVerfG a pronunciar una sentencia tan estridente como la que aquí analizamos.

1. El TJUE

Así, si nos atenemos a los puntos principales sobre los que el TJ centró su contestación a la cuestión prejudicial planteada por TCF alemán, estos fueron los siguientes:

1) En lo que se refiere al supuesto incumplimiento de la obligación de motivar adecuadamente sus decisiones, por parte del BCE, en vulneración de la exigencia establecida por el párrafo segundo del art. 296 TFUE, el TJ entendió que la motivación fue suficiente, por cuanto, si bien este precepto obliga a *revelar de manera clara e inequívoca el razonamiento del autor del acto controvertido, de modo que los interesados puedan conocer la justificación de la medida adoptada y el Tribunal de Justicia pueda ejercer su control, no se exige que especifique todas las razones de hecho o de Derecho pertinentes (párr. 31) y, [e]n particular, cuando se trata de un acto de aplicación general que refleja esencialmente el objetivo que se proponen conseguir las instituciones, no puede exigirse una motivación específica para cada una de las decisiones técnicas por las que hayan optado (párr. 32)*. A mayor abundamiento, y como ya hemos visto más arriba, *[e]n el presente asunto, en los considerandos 3 y 4 de la Decisión 2015/774 se hacen constar tanto el objetivo que subyace al PSPP como el contexto económico que justificó la creación de dicho programa y los mecanismos por los que este debe producir sus efectos (párr. 34)*.

2) En lo que se refiere a si la decisión del BCE excedió el marco de las competencias que le atribuyen los artículos 119 y 127 TFUE y los artículos 17 a 24 de los Estatutos del BCE y del SEBC, teniendo en cuenta, en particular, la magnitud de los efectos que se derivan del volumen de bonos que pueden adquirirse en virtud del PSPP y de la duración de este programa, el TJ afirmó que *conforme al artículo 282 TFUE, apartado 1, el BCE y los bancos centrales de los Estados miembros cuya moneda es el euro, que constituyen el Eurosistema, dirigen la política monetaria de la Unión, y, en particular, el BCE adopta las medidas necesarias para desempeñar sus cometidos con arreglo a los artículos 127 TFUE a 133 TFUE y 138 TFUE y a las condiciones establecidas en los Estatutos del SEBC y del BCE (y menciona en su apoyo las Sentencias de 27 de noviembre de 2012, Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, apartado 49, y de 16 de junio de 2015, Gauweiler, C-62/14, EU:C:2015:400, apartado 36) (párrs. 48 y 49)*. Ello supone que *corresponde al SEBC definir y ejecutar con independencia esa política, respetando el principio de atribución de competencias, cuya obser-*

vancia incumbe garantizar al Tribunal de Justicia en los términos previstos por los Tratados, mediante el ejercicio de su control jurisdiccional (véanse, en este sentido, las Sentencias de 10 de julio de 2003, Comisión vs. BCE, C-11/00, EU:C:2003:395, apartado 134, y de 16 de junio de 2015, Gauweiler, C-62/14, EU:C:2015:400, apartados 37, 40 y 41) (párr. 49). Y, en fin, con arreglo a los artículos 127 TFUE, apartado 1, y 282 TFUE, apartado 2, *el objetivo primordial de la política monetaria de la Unión es mantener la estabilidad de precios* y, por otro lado, *esas mismas disposiciones establecen que, sin perjuicio de este objetivo, el SEBC prestará apoyo a las políticas económicas generales de la Unión para contribuir a la consecución de los objetivos de esta, definidos en el artículo 3 TUE* (Sentencias de 27 de noviembre de 2012, Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, apartado 54, y de 16 de junio de 2015, Gauweiler, C-62/14, EU:C:2015:400, apartado 43) (párr. 51).

3) Sobre la separación de la política monetaria de la política económica y la exclusión de esta última del campo de acción del BCE y del SEBC, entiende el TJ que *los autores de los Tratados han optado por definir el objetivo principal de la política monetaria de la Unión —el mantenimiento de la estabilidad de precios— de manera general y abstracta, sin determinar con precisión el modo en que dicho objetivo debe concretarse desde el punto de vista cuantitativo* (párr. 55). A este respecto —añade el TJ— *procede señalar que el artículo 127 TFUE, apartado 1, prevé que, por un lado, sin perjuicio de su objetivo principal de mantener la estabilidad de precios, el SEBC apoyará las políticas económicas generales de la Unión y que, por otro lado, el SEBC debe actuar respetando los principios establecidos en el artículo 119 TFUE* (párr. 60). En este sentido, dice el TJ, *procede recordar que la dirección de la política monetaria implica influir de modo continuado en los tipos de interés y en las condiciones de refinanciación de los bancos, lo que necesariamente entraña consecuencias para las condiciones de financiación del déficit público de los Estados miembros* (Sentencia de 16 de junio de 2015, Gauweiler, C-62/14, EU:C:2015:400, apartado 110) (párr. 64). *Por lo tanto, para ejercer influencia sobre las tasas de inflación, el SEBC debe necesariamente recurrir a medidas que produzcan determi-*

nados efectos sobre la economía real, a cuya consecución también podría aspirarse, con otros fines, en el marco de la política económica (párr. 66). En estas circunstancias –concluye el TJ–, excluir la posibilidad de que el SEBC adopte estas medidas cuando sus efectos previsibles afecten a la política económica le impediría, en la práctica, utilizar los medios que le reconocen los Tratados para alcanzar los objetivos de la política monetaria y, especialmente en el contexto de una crisis económica que implique un riesgo de deflación, podría obstaculizar seriamente la realización de la misión que le incumbe en virtud del Derecho primario (párr. 67).

4) En lo que se refiere a la proporcionalidad de las decisiones del BCE en relación con los objetivos de la política monetaria, entiende el TJ que *de los artículos 119 TFUE, apartado 2, y 127 TFUE, apartado 1, en relación con el artículo 5 TUE, apartado 4, se desprende que un programa de compra de bonos incluido en el ámbito de la política monetaria solo puede adoptarse y aplicarse legítimamente en tanto en cuanto las medidas que contenga sean proporcionadas a los objetivos de dicha política (Sentencia de 16 de junio de 2015, Gauweiler, C-62/14, EU:C:2015:400, apartado 66). En este sentido, Por lo que respecta, en primer lugar, a la idoneidad del PSPP para alcanzar los objetivos del SEBC, se desprende del considerando 3 de la Decisión 2015/774, de documentos publicados por el BCE en el momento de su adopción y de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia que la Decisión 2015/774 se adoptó teniendo en cuenta diversos factores que aumentaban significativamente el riesgo de disminución de precios a medio plazo en el contexto de una situación de crisis económica que implicaba un riesgo de deflación (párr. 74). En estas circunstancias, habida cuenta de los efectos previsibles del PSPP y de que el objetivo del SEBC no podría haberse logrado mediante otro tipo de medidas de política monetaria, que implicaran una intervención más limitada, procede considerar que, por su propia naturaleza, el PSPP no va manifestamente más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (párr. 81). En este sentido, pues, el TJ no puede menos que considerar que las medidas adoptadas por el BCE fueron plenamente proporcionadas, tanto en lo que se refiere a los mecanismos*

financieros utilizados como en lo tocante a su volumen económico, y también a su extensión temporal.

5) Sobre la prohibición de la financiación directa de los Gobiernos de los Estados miembros y otras autoridades públicas, recogida en el art. 123 TFUE, la supuesta equivalencia entre la intervención del PSPP y la adquisición de bonos en el mercado primario, y la hipotética neutralización en los Estados miembros beneficiarios de la incitación a aplicar una sana política presupuestaria, entiende el TJ que la Decisión 2015/774 del BCE solo prevé la adquisición de bonos de las autoridades y organismos públicos exclusivamente de modo indirecto, en los mercados secundarios, por lo que la intervención del SEBC que prevé el PSPP no puede equipararse, en modo alguno, a una medida de asistencia financiera a un Estado miembro (párr. 104). A mayor abundamiento, afirma el TJ que *el SEBC no está facultado para adquirir bonos en los mercados secundarios en condiciones que confieran a su intervención, en la práctica, un efecto equivalente al de la adquisición directa de bonos a las autoridades y organismos públicos de los Estados miembros* (véase, en este sentido, la Sentencia de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, C-62/14, EU:C:2015:400, apartado 97). Y, por otro lado, *el SEBC debe adoptar garantías suficientes para conciliar su intervención con la prohibición de la financiación monetaria prevista en el artículo 123 TFUE, de modo que tal programa no sea capaz de neutralizar en los Estados miembros beneficiarios la incitación a aplicar una sana política presupuestaria, que es el objetivo de dicha disposición* (y, de nuevo, en este sentido, menciona la Sentencia de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, C-62/14, EU:C:2015:400, apartados 100 a 102 y 109) (párrs. 106 y 107). Por otra parte, *un Estado miembro no puede basarse en las facilidades de financiación que pueda ocasionar la ejecución del PSPP para renunciar a aplicar una sana política presupuestaria, sin correr el riesgo, en definitiva, de que los bonos que emita queden excluidos de este programa debido a la degradación de su calificación crediticia o de que el SEBC revenda bonos emitidos por dicho Estado miembro que haya adquirido anteriormente*. De todo ello se deduce –en la percepción del TJ– que *la Decisión 2015/774*

no tiene por efecto neutralizar en los Estados miembros beneficiarios la incitación a aplicar una sana política presupuestaria (párrs. 143 y 144).

6) Sobre la tenencia de bonos hasta su vencimiento y sobre la adquisición de bonos con un rendimiento negativo al vencimiento, entiende el TJ que, por lo que respecta, en primer lugar, a la posibilidad de que el SEBC conserve los bonos adquiridos en virtud del PSPP hasta su vencimiento, procede recordar que dicha práctica no está en absoluto excluida por el artículo 18, apartado 1, del Protocolo sobre el SEBC y el BCE y que *no implica renuncia alguna al cobro de su deuda al Estado miembro emisor cuando el bono llegue a vencimiento* (Sentencia de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, C-62/14, EU:C:2015:400, apartado 118). Por consiguiente, *el SEBC está facultado para determinar, en función de los objetivos y las características de un programa de operaciones de mercado abierto, si debe prever la conservación de los bonos adquiridos en el marco de este programa, sin que la reventa deba considerarse el principio y la conservación la excepción a este principio*. Y, además, *el que no exista obligación de proceder a la reventa de los bonos adquiridos no basta para demostrar la vulneración del artículo 123 TFUE, apartado 1* (párrs. 146-149). Y, en fin, con respecto a la adquisición de bonos soberanos con un rendimiento negativo al vencimiento, entiende el TJ que el art. 18, apartado 1, de los Estatutos del SEBC y el BCE no lo prohíbe y, además, en el contexto económico en que se adopta la Decisión 2015/774, autorizar la adquisición de bonos con un rendimiento negativo al vencimiento *no sólo no facilita que los operadores privados identifiquen los bonos que va a comprar el SEBC, sino que limita la certeza que puedan tener sobre esta cuestión, puesto que amplía el ámbito de los bonos que pueden adquirirse en el marco del PSPP*. Por otro lado, *la flexibilización de los criterios de rendimiento que lleva a cabo la Decisión 2017/100 permite reforzar las garantías adoptadas por el SEBC a este respecto*. Y, en fin, una vez más, *dado que los bonos con rendimiento negativo solo pueden ser emitidos por los Estados miembros cuya situación financiera sea evaluada positivamente por los operadores en los mercados de deuda soberana, no puede considerarse que la adquisición de tales bonos*

neutralice en los Estados miembros la incitación a aplicar una sana política presupuestaria (párrs. 156 y 157).

7) Finalmente, el TCF alemán preguntaba al TJ si es compatible con el artículo 4 TUE, apartado 2, y con los artículos 123 y 125 TFUE una decisión del BCE que prevea la distribución, entre los bancos centrales de los Estados miembros, de todas las pérdidas eventualmente sufridas por alguno de esos bancos centrales a raíz del impago de un Estado miembro, en un contexto en el que la importancia de dichas pérdidas requiera la recapitalización del banco central. El TJ, sin embargo, se negó a contestar a esta cuestión por entender que era hipotética, por carecer de relación alguna con la realidad, con el objeto del litigio principal (Sentencia de 10 de julio de 2018, Jehovan todistajat, C-25/17, EU:C:2018:551, apartado 31) (párrs. 165 y 166).

2. *El BVerfG*

2.1. El principio democrático

El punto de partida del razonamiento del TCF alemán –que, por otra parte, es lo que justifica la admisión de los recursos de los demandantes en el proceso que dio lugar a la cuestión prejudicial planteada por el propio TCF– es el carácter democrático del sistema constitucional alemán y el papel de los ciudadanos –del voto– en el seno de este. En este sentido, entiende el TCF que *El derecho de voto en las elecciones al Bundestag alemán, garantizado como derecho subjetivo en el artículo 38.1 GG, no se limita a la legitimación formal del poder estatal (federal), sino que protege también el contenido democrático básico del derecho de voto*⁵. Ello requiere que cualquier acto de poder público ejercido en Alemania tenga su origen, en última instancia, en sus ciudadanos. Esto, por otra parte, supone que los ciudadanos no puedan estar nunca sometidos a una autoridad

⁵ Los textos que se mencionan de la sentencia del TCF son traducción propia, no oficial. Por razones de brevedad, se mantienen las iniciales originales en alemán de la Ley Fundamental: GG (Grundgesetz).

política en cuyas decisiones sustantivas no puedan influir libremente y en condiciones de igualdad. Y eso se aplica a la UE y a lo que el TCF denomina «principio de integración europea» (*Integrationsverantwortung*). Así, afirma el TCF, *la legitimación democrática de toda autoridad pública ejercida en Alemania por parte del pueblo, forma parte del contenido esencial del principio de soberanía del pueblo y, por tanto, forma parte de la identidad constitucional de la Ley Fundamental protegida en el artículo 79.3 GG; no está sometida al alcance del proceso de integración europea, de acuerdo con el art. 23.1, tercera frase, en relación con el art. 79.3 GG (párrs. 98-101).*

De ello se deduce que *la Ley Fundamental no autoriza a los órganos estatales alemanes a transferir poder soberano a la Unión Europea, de tal modo que la Unión sea autorizada, en el ejercicio independiente de su poder, a crear nuevas competencias a su favor. En términos específicos, prohíbe atribuir a la Unión la competencia para decidir sobre sus propias competencias (Kompetenz- Kompetenz). En todo caso, las disposiciones flexibles de los tratados deben estar sujetas a garantías adecuadas que permitan a los órganos constitucionales alemanes ejercer efectivamente su responsabilidad con respecto al principio europeo de integración (Integrationsverantwortung). En definitiva, la manera y el alcance de la transferencia de competencias soberanas deben responder a principios democráticos y, cuando las competencias soberanas se transfieren a la Unión Europea de conformidad con el artículo 23.1 de la GG, es preciso velar por que el Bundestag alemán conserve para sí poderes y funciones de significado político sustantivo (párr. 102). Y, si esto es así en términos generales, lo es muy especialmente en lo que se refiere a sus poderes presupuestarios. Y ello, porque, como sostiene el TCF, corresponde al Bundestag alemán, como órgano directamente res-*

⁶ De acuerdo con los artículos mencionados, se consideran parte de la identidad constitucional del Estado alemán, y, por lo tanto, protegidos por el principio de intangibilidad: la dignidad humana y los derechos fundamentales (art. 1 GG); el principio democrático —el poder emana del pueblo—, el Estado de derecho —el poder legislativo está sometido al orden constitucional, y los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al derecho— y el carácter social del Estado (art. 20 GG), y la estructura federal del Estado y la participación de los *länder* en la legislación (art. 79.3 GG).

ponsable ante el pueblo, adoptar todas las decisiones esenciales en materia de ingresos y gastos; esta prerrogativa forma parte del núcleo duro de los párrafos 1 y 2 del art. 20 GG, que no está sometido al procedimiento de enmienda constitucional. Así, sostiene el TCF, una transferencia de poder soberano vulnera el principio democrático, al menos en aquellos casos en los que el tipo y el nivel de gastos públicos son determinados a nivel supranacional, privando al Bundestag de su prerrogativa decisoria (párr. 104).

La afirmación del principio democrático –así entendido–, como fundamento y límite de la transferencia de poder soberano a la UE, no es nueva y ha sido utilizada por el TCF alemán en todas las sentencias clave en las que el Alto Tribunal ha tenido que manifestarse sobre el proceso europeo de integración; así, la sentencia sobre el Tratado de Maastricht (2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, de 12 de octubre de 1993) y la sentencia sobre el Tratado de Lisboa (2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, de 30 de junio de 2009), pero también las decisiones sobre la unión monetaria europea (2 BvR 1877/97, 2 BvR 50/98, Orden de 31 de marzo de 1998), el Pacto por el Euro Plus (2 BvE 4/11, de 19 de junio de 2012), o el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (2 BvR 1390/12, de 12 de septiembre de 2012, y de 18 de marzo de 2014).

2.2. El principio de atribución

Con base en el principio democrático, así definido, el TCF desarrolla el contenido del principio de atribución y su salvaguardia. Así, sostiene el TCF que *los artículos 38.1, primera frase⁷, y 20.1, primera frase⁸, de la GG confieren a los electores un derecho frente al Gobierno federal y el Bundestag y, en su caso, el Bundesrat, que obliga a estos órganos constitucionales a controlar que las instituciones, órganos y organismos de la Unión respetan el*

⁷ «Los diputados del Bundestag alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto».

⁸ «La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático...».

programa de integración europeo (Integrationsprogramm), y se abstienen de participar en la adopción y aplicación de medidas que excedan los límites de ese programa de integración europeo, y que cuando esas medidas supongan una manifiesta y estructuralmente significativa extralimitación de las competencias de la UE, adopten los pasos necesarios para asegurar la conformidad con el programa de integración europeo (Integrationsprogramm), y el respeto de sus límites (párr. 105). En este sentido, pues, corresponde al Gobierno federal y al Bundestag el papel de realizar ese control para evitar que el orden de competencias entre el Estado y la UE se vea alterado y, en el caso de que lo sea, corresponde al TCF el papel de realizar el control de *ultra vires*, para asegurar que las normas se cumplan (párr. 109).

En este ámbito, el TCF fija una serie de principios operativos que merecen ser destacados, por cuanto inciden decisivamente en el caso en cuestión. En primer lugar, entiende que un cambio *estructuralmente significativo* en el orden de competencias en detrimento de los Estados miembros se produce cuando el ejercicio de la competencia en cuestión debería requerir una reforma de los tratados, de acuerdo con lo establecido en el art. 48 TUE, o la aplicación de la cláusula de poderes implícitos [art. 352 TFUE] (párr. 110). En segundo lugar, entiende el TCF que, si bien corresponde al TJ, en principio, el poder de interpretar y aplicar los Tratados de la UE, para asegurar la uniformidad y coherencia de la ley de la UE, en aquellos casos en los que la UE adoptara decisiones o interpretaciones legales que fuesen esencialmente equivalentes a una enmienda a los Tratados o a una expansión de las competencias de la UE, correspondería a las instituciones jurisdiccionales de los Estados miembros realizar el correspondiente control de *ultra vires*, y hacerlo, precisamente, porque los Estados miembros siguen siendo los «señores de los Tratados» y la UE no se ha convertido aún en un Estado federal. Y, además, como hemos visto más arriba, porque –desde el punto de vista particular de Alemania–, el principio democrático obliga a defender los derechos de los ciudadanos alemanes y la soberanía de sus instituciones, tal y como ha sido diseñada en la Ley Fundamental, frente a cualquier intento inconstitucional de alterar ese orden constitucional de compe-

tencias –la identidad constitucional de Alemania–. Es curioso observar, en este sentido, cómo el TCF formula aquí su tesis con delicadeza, pero de manera intransigente. Así, dice, *en principio, algunas tensiones son, por tanto, inherentes al dibujo o modelo de la Unión Europea y deberán ser resueltas de manera cooperativa, de conformidad con el espíritu de integración europea, y atenuadas por el respeto y la comprensión mutuos*; sin embargo, los Estados no pueden ceder su papel de «señores de los Tratados» y, por lo tanto, renunciar a su poder de control sobre la actuación de la UE. En este sentido, *si bien el Tribunal Constitucional Federal debe revisar las impugnaciones ultra vires sustanciales con respecto a actos de instituciones, órganos, oficinas y agencias de la Unión Europea, [...] la revisión ultra vires debe ejercerse con mesura, dando efecto a la apertura de la Constitución a la integración europea* (párrs. 111 y 112).

Y esta afirmación del TCF no deja de ser contradictoria en sus propios términos, dado que, si los Estados son verdaderamente los «señores de los Tratados», ellos fueron los que diseñaron un modelo donde el papel de controlar el respeto de la estructura de la división de competencias entre la UE y los Estados miembros –en otras palabras, el respeto de los propios Tratados, así creados– se atribuyó en exclusiva, no de manera condicionada, al Tribunal de Justicia de la UE. Él es, por tanto, la autoridad jurisdiccional e interpretadora suprema, incondicionada, del derecho de la UE, y no cabe admitir que su actuación quede sometida a una autoridad jurisdiccional inferior en este orden, que pueda decidir cuándo las decisiones del TJ son válidas –adecuadas a las previsiones de los Tratados– y, por lo tanto, vinculantes e irresistibles, y cuándo esas decisiones no se adecuan a los Tratados, exceden sus previsiones –son *ultra vires*– y, por lo tanto, son inválidas y pueden ser incumplidas. Si tal posibilidad se admitiese, el edificio de la UE se asentaría sobre bases inestables y terminaría derruyéndose. Y, en fin, si tal exceso de competencia se cometiera –y ello no deja de ser una posibilidad inconcebible, de puro laboratorio–, no estaríamos ya en el mundo del derecho, sino en el mundo de la política, y ese tipo de conflicto se resuelve de otra manera y en otros ámbitos.

Con base en este conjunto normativo, pues, entiende el TCF que el Gobierno federal y el Bundestag alemán violaron los derechos de los denunciantes, al no tomar las medidas adecuadas para impugnar la Decisión (UE) 2015/774 del BCE, modificada por las Decisiones (UE) 2015/2101, (UE) 2015/2464, (UE) 2016/702 y (UE) 2017/100, lo que les legitimaba plenamente para presentar los recursos de amparo que dieron lugar al procedimiento en cuestión. Y ello porque, en sus decisiones, el BCE ni evaluó ni justificó que las medidas previstas en estas cumplieran con el principio de proporcionalidad. Como consecuencia de ello, el TCF entiende que las mencionadas decisiones del BCE constituyen un supuesto de *manifiesta y estructuralmente significativa* superación de las competencias asignadas al BCE por el art. 119 y los arts. 127 y siguientes del TFUE, y por los arts. 17 y siguientes del Estatuto del SEBC. En este sentido, el TCF alemán califica la opinión del TJ, expuesta en su Sentencia de 11 de diciembre de 2018, como *incomprensible* y emitida en *ultra vires* (párr. 116). En definitiva, en los propios términos del TCF, *[e]n el ejercicio de su responsabilidad en materia de integración europea (Integrationsverantwortung), el Gobierno Federal y el Bundestag están obligados, en su calidad de órganos constitucionales, a tomar las medidas adecuadas para garantizar el respeto del programa de integración europeo (Integrationsprogramm)*. Lo que equivale al respeto estricto de la distribución de competencias acordada en los Tratados. Y, en este sentido, tenían la obligación de comprobar si la ejecución del PSPP suponía algún riesgo para el respeto de ese programa de integración europeo y de la responsabilidad presupuestaria del Bundestag.

Como conclusión, dice el TCF alemán, *el Bundesbank no puede, en principio, participar en la implementación y ejecución de la Decisión (UE) 2015/774 ni en las Decisiones subsiguientes (UE) 2015/2101, (UE) 2015/2464, (UE) 2016/702 y (UE) 2017/100* (párr. 116).

2.3. El principio de proporcionalidad

De todos los argumentos interpretativos utilizados por el TCF alemán para criticar la sentencia del TJ y afirmar con toda rotundidad sus tesis,

el principio de proporcionalidad es, sin duda alguna, el más intensamente utilizado. Es curioso que un principio que, en términos generales, ocupa en el derecho de la UE un lugar casi insignificante, aplastado como está, en el art. 5.4 del TUE y en la práctica cotidiana de la UE, por el principio de subsidiariedad, haya pasado a convertirse en el argumento principal de esta sentencia tan relevante del TCF alemán.

Para el TCF, la violación del principio de proporcionalidad está en la base de las –en su opinión– equivocadas interpretaciones del derecho de la UE adoptadas por el TJ y, sobre todo, en la base de la conducta del BCE y del SEBC sometida a enjuiciamiento. En la visión del TCF, la ignorancia que el TJ hace de los efectos reales que el PSPP tiene en la práctica le impide comprobar si el SEBC y el BCE han respetado los límites de su competencia en materia de política monetaria. Y se lo impide precisamente porque, al ignorar esas consecuencias prácticas, no ha podido aplicar el principio de proporcionalidad previsto en el art. 5.4 TUE y su función correctora o limitadora, a efectos de salvaguardar las competencias de los Estados miembros. *La interpretación realizada por el TJUE* –concluye el TCF, con cierta exageración– *deja sin sentido el principio de atribución establecido en el art. 5.1, primera frase y en el art. 5.2 TUE* (párr. 123).

2.4. La política monetaria no es la política económica

En esta línea argumental, el TCF entiende que el BCE y el SEBC no han distinguido bien en su actuación lo que es la política monetaria de la UE y lo que es la política económica que, en sustancia, es una política de los Estados miembros (una política que, de acuerdo con el art. 119.1 TFUE, *se basa en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros*). De hecho, acudiendo de nuevo al principio de proporcionalidad, entiende el TCF que *La forma específica en la que el TJUE aplica el principio de proporcionalidad, en el caso que nos ocupa, hace que dicho principio pierda todo su valor a los efectos de distinguir, en relación con el PSPP, entre la competencia exclusiva en política monetaria, conferida a la UE por el art. 3.1.c TFUE, y la atribución limitada a la UE*

de la competencia para la coordinación general de las políticas económicas, conservando los Estados miembros la competencia sobre la política económica en términos generales (art. 4.1 TUE; art. 5.1 TFUE) (párr. 127). Así, dice el TCF, La total ignorancia de los efectos de política económica del PSPP significa que la determinación de los objetivos del SEBC no es comprensible desde una perspectiva metodológica. Como resultado, la revisión de proporcionalidad carece de sentido, dado que la idoneidad y la necesidad del PSPP no se equilibran en relación con los efectos de política económica –distintos del riesgo de pérdidas– derivados del programa, en detrimento de las competencias de los Estados miembros, y que estos efectos adversos no se comparan con los efectos beneficiosos que el programa pretende lograr (párr. 133). Así, añade el TCF, basándose en el principio de proporcionalidad para distinguir entre política monetaria y política económica (art. 5.1, segunda frase, y art. 5. 4 TEU) se puede concluir que los efectos de un programa pueden resultar desproporcionados. Por tanto, evaluar las consecuencias de dicho programa es un paso necesario en la delimitación de competencias. Sin embargo, el enfoque dado por el TJUE no requiere ponderar la contribución real del PSPP al logro de los objetivos perseguidos (párr. 139). Y, así, aplicado de esta manera, el principio de proporcionalidad ni es un medio adecuado para compensar los límites insuficientes de las competencias del SEBC en términos de sus elementos («amplia discrecionalidad»), ni para sopesar la invasión de las competencias de los Estados miembros [...]. Más bien, el enfoque del TJUE implica en última instancia que el BCE es libre de elegir cualquier medio que considere adecuado, incluso si los beneficios son escasos –en comparación con otros medios alternativos posibles–, aunque los daños colaterales sean elevados (párr. 140).

El problema se encuentra, pues, en la estrecha interrelación existente entre la política monetaria y la política económica, y en las consecuencias inmediatas en la política económica que se puedan derivar –y habitualmente se derivan– de la utilización de la política y las medidas monetarias. De hecho, en la interpretación dada por el TJ se afirma que, dadas las previsiones de los artículos 119 y 127 TFUE, los autores de los Tratados no pretendían establecer una separación absoluta entre

las políticas económica y monetaria y, más bien al contrario, la segunda debe servir de apoyo para la primera. Como establece textualmente el art. 119.2 TFUE, la política monetaria y de tipos de cambio, sin perjuicio de su objetivo propio, que es mantener la estabilidad de precios, deberá tener también como objetivo *el apoyo a la política económica general de la Unión, de conformidad con los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia*. Sin embargo, a pesar de todo ello, el TCF insiste en considerar que el programa PSPP del BCE, en la medida en que, por sus consecuencias evidentes –y, quizá, por el objetivo buscado–, incide de lleno en la política económica de los Estados, excede el ámbito de competencias del BCE, que debe limitarse a la aplicación estricta de la política monetaria: el control de la inflación y el mantenimiento de la estabilidad de precios. Esto debía haber sido apreciado así por el TJ; sin embargo, como critica el TCF, *el TJUE considera irrelevantes los indicios que se oponen a la clasificación del programa como una medida de política monetaria y, de entrada, se abstiene de realizar una comprobación y valoración global con el fin de distinguir entre esas dos áreas políticas [...]; como resultado –dice el TCF–, el TJUE no realiza una revisión efectiva sobre si el BCE excede sus competencias* (párr. 141).

En conclusión, entiende el TCF que *[l]a interpretación del principio de proporcionalidad realizada por el TJUE en su Sentencia de 11 de diciembre de 2018 y la determinación del mandato del SEBC basada en él, exceden manifiestamente el mandato judicial conferido al TJUE en el art. 19.1, segunda frase TUE, y resultan en un cambio estructuralmente significativo del orden de competencias en detrimento de los Estados miembros. En este sentido, la referida sentencia constituye así un acto ultra vires que no es vinculante para el Tribunal Constitucional Federal* (párr. 154).

2.5. Ausencia de fuerza vinculante de la sentencia del TJ

Como consecuencia de todo lo dicho, en la medida en que, para el TCF alemán, el programa PSPP es un acto *ultra vires*, debido a la –en su opinión– incapacidad manifiesta del BCE de demostrar que el mencionado programa es proporcionado, en los términos previstos por el art.

5.4 TUE, la exigencia de su responsabilidad con respecto a la integración europea (*Integrationsverantwortung*) requiere del Gobierno federal y del Bundestag tomar los pasos conducentes a exigir que el BCE realice la correspondiente evaluación de proporcionalidad del PSPP. Esta obligación, añade el TCF, *no pone en conflicto la independencia atribuida tanto al BCE como al Bundesbank (arts. 130 y 282 TFUE, art. 88.2 GG)*. Por el contrario, *el Gobierno federal y el Bundestag deben comunicar de manera clara su posición legal al BCE, o tomar otras medidas que aseguren que la conformidad con los Tratados sea restaurada (párr. 232)*.

En conclusión, sostiene el TCF que, *En la medida en que el Tribunal Constitucional Federal considere que un acto de las instituciones, órganos, departamentos y agencias de la Unión Europea excede los límites establecidos por el programa europeo de integración (Integrationsprogramm), en conjunción con el art. 23.1, segunda frase⁹, y art. 20.2, primera frase¹⁰, GG, este acto ultra vires no participa de la precedencia de la aplicación del derecho de la UE (Anwendungsvorrang). Como consecuencia, el acto ultra vires no se aplicará en Alemania y no tiene ningún efecto vinculante para los órganos constitucionales, las autoridades administrativas y los tribunales alemanes. Estos órganos, tribunales y autoridades no pueden participar ni en el desarrollo ni en la implementación, ejecución u operacionalización de actos ultra vires. Y esto, añade el TCF, también se aplica al Bundesbank, tanto más cuando está llamado a asesorar al Gobierno federal en asuntos de política monetaria de conformidad con el § 13 (1) BBankG (párr. 234). Y cita el Alto Tribunal su abundante jurisprudencia en este sentido (BVerfG 89, 155 <188>; 126, 286 <302 et seq.>; 134, 366 <387 y 387 párr. 30>; 142, 123 <207 párr. 162>).*

Así, el TCF da un plazo de no más de tres meses para que *el Consejo de Gobierno del BCE adopte una nueva decisión que demuestre de manera comprensible y fundamentada que los objetivos de política monetaria per-*

⁹ «... la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat».

¹⁰ «Todo poder del Estado emana del pueblo».

seguidos por el BCE no son desproporcionados con respecto a los efectos de política económica y fiscal resultantes del programa. En la misma condición, el Bundesbank debe asegurarse de que los bonos ya comprados bajo el PSPP y mantenidos en su cartera se vendan sobre la base de una estrategia –posiblemente a largo plazo–, coordinada con el SEBC (párr. 235). En ese plazo, sin embargo, el Bundesbank ya no podrá participar en la ejecución y de las decisiones del BCE mencionadas (Decisión (EU) 2015/774, modificada por las Decisiones (EU) 2015/2101, (EU) 2015/2464, (EU) 2016/702 y (EU) 2017/100, y la Decisión de 12 de septiembre de 2019), ni realizar más compras de bonos ni contribuir a otro aumento del volumen de compra mensual, hasta que el Consejo de Gobierno del BCE adopte la mencionada nueva decisión (párr. 235).

III. CONCLUSIONES

El conflicto jurisdiccional planteado por las decisiones contradictorias del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG, Sala Segunda, 2 BvR 859/15, de 5 de mayo de 2020) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala, C-493/17, *Weiss*, ECLI:EU- :C:2018:1000, de 11 de diciembre de 2018), y el tema de fondo que lo provoca, no es algo nuevo. Todo comenzó en el año 2012, cuando el BCE inició el programa de compra de bonos soberanos en los mercados secundarios, mediante una decisión de su Consejo de Gobierno del 6 de septiembre de aquel año. (Entonces el programa fue conocido como Outright Monetary Transactions, OMT). Se trataba de aliviar el peso de la deuda pública de los Estados más afectados por la crisis financiera, que se había iniciado en los EE. UU. a finales de 2008 y que comenzó a extenderse por Europa a partir de 2009. En el caso de Alemania, esto dio lugar a una serie de recursos de inconstitucionalidad y de procedimientos por conflicto entre órganos constitucionales internos, que llegaron al Tribunal Constitucional Federal. Este, al cuestionarse las competencias del BCE, decidió –por primera vez en su historia– plantear una cuestión prejudicial (Resolución de 14 de enero de 2014) ante el TJ, el cual emitió

una amplia y bien fundamentada sentencia –mencionada varias veces en este trabajo– (C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400, de 16 de junio de 2015), en la que afirmó la legalidad de la actuación del BCE y, por lo tanto, la validez de sus decisiones. En este caso, el TCF, aunque no de buena gana, aceptó la decisión del TJ (BVerfG, Sala Segunda, 2 BvR 2728/13, BvE 13/13, BvR 2731/13, BvR 2730/13, BvR 2729/13, de 21 de junio de 2016).

Lo que es nuevo ahora es que, ante una situación muy similar, tanto en los procedimientos judiciales seguidos como en la sustancia del asunto sobre el que han recaído las respectivas decisiones judiciales, la respuesta del TCF haya sido tan diferente. Y no es rechazable pensar que fue, quizá, el conocimiento previo de la importante sentencia C-62/14, *Gauweiler*, del TJ, y su detallada argumentación a favor de la competencia del BCE y la legalidad de su programa de compra de bonos lo que permitió al TCF tener su contraargumentación preparada y articular su contestación al TJ. En este caso, pues, la decisión del TCF alemán (2 BvR 859/15) parece querer marcar un terreno de autonomía de decisión propio, poniendo unos límites competenciales y una condicionalidad a la validez de las decisiones del TJ que suponen una grave y flagrante vulneración del orden jurídico de la UE. Esto es así hasta tal punto que, si la validez de las decisiones del TJ estuviese de manera sistemática sometida al control de legalidad de los tribunales nacionales –constitucionales o supremos–, el edificio del ordenamiento jurídico-político de la UE terminaría hundándose, al basarse sobre tan frágil, diverso e imprevisible fundamento.

Por lo demás, el TCF se ha metido él mismo en un terreno pantanoso, como es el de la política económica, para manejarse en el cual carece de instrumentos. Pues no es competencia propia de un tribunal de justicia pronunciarse sobre cuestiones de oportunidad o de eficacia para evaluar la legalidad de determinadas decisiones, y distinguir –como en este caso–, sobre la base de un principio jurídicamente indeterminado, como lo es, en sustancia, el principio de proporcionalidad, entre lo que es política monetaria y lo que es política económica, a efectos de deter-

minar la validez de unas decisiones que solo deben ser evaluadas desde el punto de vista del principio de legalidad.

Por lo demás, si el BCE y el SEBC debían actuar dentro del marco de sus competencias, tal y como son establecidas por los Tratados y por sus Estatutos –lo cual parece que es así y, desde el punto de vista legal, también lo reconoce el TCF–, y si el problema se encuentra, en opinión del TCF, en que no han justificado suficientemente sus decisiones, no hay más que realizar una somera lectura de los detallados preámbulos de las decisiones cuestionadas del BCE para darse cuenta de que no es así y de que esa justificación se ha realizado de manera exhaustiva, al menos en el marco de lo legalmente exigible. Pero, a mayor abundamiento, el BCE publica habitualmente unas detalladas daciones de cuentas en las que justifica con extraordinaria precisión todas sus decisiones, y esto ha ocurrido también en el caso de las decisiones cuestionadas (i. e., *Account of the monetary policy meeting of the Governing Council of the European Central Bank held in Frankfurt am Main on Wednesday and Thursday, 3-4 June 2020*, de 16 páginas; donde, por cierto, no se hace una sola mención a la entonces reciente sentencia del TCF alemán).

Y, dados los términos conminatorios en los que el TCF alemán planteó la solución del problema, ¿cuál es –o ha sido ya– la salida? Si nos fijamos solo en los tres principales protagonistas de esta historia, en primer lugar, en lo que se refiere al propio Bundesbank, su presidente, Jens Weidmann, hizo público un brevísimo comunicado en el que, con respecto a la obligación impuesta por el TCF de justificar en el plazo de tres meses la proporcionalidad del programa PSPP, dijo que, *al mismo tiempo que respeto la independencia del Consejo de Gobierno del BCE, apoyaré los esfuerzos que se hagan para cumplir con ese requerimiento*¹¹. Y, en

¹¹ Deutsche Bundesbank (5 mayo, 2020). *Statement by Bundesbank President Jens Weidmann on the judgement of the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht)*. Recuperado de <https://www.bundesbank.de/en/press/press-releases/statement-by-bundes-bank-president-jens-weidmann-on-the-judgement-of-the-federal-constitutional-court-bundesverfassungsgericht--832414>. (Traducción propia, no oficial).

este sentido, se dirigió a la dirección del BCE solicitando su autorización para hacer públicos documentos internos del Bundesbank que abundasen en la justificación de su actuación; autorización que el BCE le concedió de manera inmediata, con la condición de que los aspectos no públicos de esos documentos fueran tratados en términos confidenciales¹².

En segundo lugar, el Consejo de Gobierno del BCE emitió también un comunicado en el que, ignorando el requerimiento del TCF, se limitaba a reafirmar su función y la legalidad de su actuación: *El Consejo de Gobierno sigue plenamente comprometido a hacer todo lo necesario dentro de su mandato para asegurar que la inflación se eleve a niveles consistentes con su objetivo a medio plazo y que las medidas de política monetaria tomadas a pos del objetivo de mantener la estabilidad de precios se transmitan a todas las partes de la economía y a todos los ámbitos de la zona del euro. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció en diciembre de 2018 que el BCE está actuando dentro de su mandato con respecto a la estabilidad de precios*¹³. Y, extendiéndose en sus explicaciones, la presidenta del BCE, Christine Lagarde, afirmó en una rueda de prensa, poco después, que *[e]l BCE está sujeto a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El PSPP ha sido juzgado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de acuerdo con nuestro mandato. Hemos tomado buena nota de la sentencia, que está dirigida al Gobierno alemán y al Parlamento alemán, y estamos seguros de que se encontrará una buena solución. Una buena solución que no comprometerá la independencia del BCE, no comprometerá la primacía del derecho de la Unión Europea o la sentencia del*

¹² Yves Mersch (miembro del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo y vicepresidente del Consejo de Supervisión del Banco Central Europeo) (julio, 2020). *In the spirit of European cooperation*. Comunicación presentada en Salzburg Global webinar. Recuperado de <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2020/html/ecb.sp200702-87ce377373.en.html>

¹³ Banco Central Europeo (5 mayo, 2020). *ECB takes note of German Federal Constitutional Court ruling and remains fully committed to its mandate*. Recuperado de <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.pr200505-00a09107a9.en.html>. (Traducción propia, no oficial)

*Tribunal de Justicia de la Unión Europea*¹⁴. Y es de reseñar que esto lo hacía la presidenta del BCE al mismo tiempo que —en vez de retraerse ante el tono conminatorio de la sentencia del TCF alemán— anunciaba una notable expansión del programa del BCE de compras de emergencia para la pandemia (Pandemic Emergency Purchase Programme, PEPP), casi duplicando la cifra inicialmente prevista de 750 000 millones de euros, con 600 000 millones más, para pasar a un total de 1 350 billones de euros.

Y, en fin, en tercer lugar, el propio TJ emitió un comunicado de prensa, tres días después de la publicación de la sentencia del TCF alemán, el 8 de mayo de 2020, en el que afirmó lo siguiente:

En general, se recuerda que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una sentencia dictada con carácter prejudicial por este Tribunal vincula al juez nacional para la resolución del litigio principal. Con el fin de garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia, creado a tal fin por los Estados miembros, es el único competente para declarar que un acto de una institución de la Unión es contrario al Derecho de la Unión. Las divergencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de dichos actos pueden llegar a comprometer la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión y perjudicar la seguridad jurídica. Al igual que otras autoridades de los Estados miembros, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a garantizar el pleno efecto del Derecho de la Unión. Solo así puede garantizarse la igualdad de los Estados miembros en la Unión creada por ellos¹⁵.

A mayor abundamiento, la presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, emitió también su propio comunicado, en el que

¹⁴ Christine Lagarde (presidenta del Banco Central Europeo) y Luis de Guindos (vicepresidente del Banco Central Europeo) (4 junio, 2020). *Introductory Statement*. Conferencia de prensa, Banco Central Europeo, Frankfurt am Main. Recuperado de <https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2020/html/ecb.is200604-b479b8cfff.en.html>. (Traducción propia, no oficial)

¹⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (8 mayo, 2020). *Comunicado de prensa a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020* (Comunicado de prensa n.º 58/20). Recuperado de <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058es.pdf>

no solo reafirma los tres principios básicos de la UE puestos en cuestión (*la unión monetaria es una competencia exclusiva de la Unión; el Derecho de la UE tiene primacía sobre el Derecho nacional; y las decisiones del Tribunal de Justicia son vinculantes para todos los tribunales nacionales*), sino que anunció que la Comisión estaba estudiando con detalle la sentencia del TCF y que analizaba los pasos que había que seguir, entre los cuales incluía la apertura de un procedimiento sancionador contra Alemania¹⁶.

En definitiva, pues, a pesar de la gravedad del problema planteado, las instituciones europeas, por un lado, menospreciaron la decisión del TCF alemán y tendieron a considerar el problema como una cuestión de índole interna de Alemania. Sin embargo, intentando favorecer la posición interna del Bundesbank, trataron también de proveerle de toda la información complementaria sobre el PSPP que fuera necesaria, en la idea de que, después de todo, esa información era ya bien conocida por el TCF, desde el mismo inicio de la cuestión. Y, por otro lado –como no podía ser de otra manera–, reafirmaron el carácter vinculante de la decisión del TJ.

En conclusión, se puede decir que el golpe de la sentencia del TCF alemán al proceso de integración de la UE ha sido duro, pero también carente de todo fundamento y eficacia. En realidad, lo exagerado de su actuación es solo parangonable con la endeblez de su alambicada y reiterativa argumentación jurídica. Se trata, pues, de un conflicto que, si bien tiene una corta trayectoria jurídica, sí podría tener graves consecuencias políticas, dado que nos encontramos en un momento muy duro para la economía y las finanzas de la UE y de sus Estados miembros. Es un momento en el que se ha hecho –se está haciendo– un esfuerzo enorme de solidaridad entre los Estados y de flexibilización de la normativa que rige el mercado interior y las políticas económica y monetaria de la UE. Y esto puede dar lugar a conflictos entre Estados o en la aplicación del derecho de la UE. No es la hora, pues, de pronunciamientos estridentes

¹⁶ Comisión Europea (10 mayo, 2020). *Statement by President von der Leyen* (Statement/20/846). Recuperado de https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_20_846

de corte nacionalista, sino más bien la hora de la cooperación y del diálogo institucional, y también del diálogo entre tribunales.

Como concluía el mencionado comunicado de la Comisión, *la Unión Europea es una comunidad de valores y de Derecho, que deben ser mantenidos y defendidos en todo momento. Eso es lo que nos mantiene unidos.*

LISTADO DE COLABORADORES*

ISABEL MARÍA ABELLÁN MATESANZ

SARA SIEIRA MUCIENTES

MANUEL FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES

FERNANDO CASTILLO LÓPEZ

LUIS MOLINA MORENO

ANTONIO BAR CENDÓN

* 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*.

